

Zbirka izabranih presuda — Kritički pogled na primjenu antidiskriminacijskih jamstava u praksi Suda pravde Europske unije

AUTOR: GORAN SELANEC, S.J.D.



[Centar za|mirovne|studije]

ZAGREB, SRPANJ 2013.

IZDAVAČ

Centar za mirovne studije

ZA IZDAVAČA

Cvijeta Senta

AUTOR

Goran Selanec

PRIJEVOD

Nika Bačić

PRIJEVOD PRESUDE C-81/12 ACCEPT (STR. 60)

Vlatka Vedrič, stalni sudski tumač za engleski i njemački jezik

LEKTURA

Nevena Erak

KOREKTURA

Cvijeta Senta

DIZAJN

kuna zlatica

TISAK

Kerschoffset Zagreb d.o.o.

NAKLADA

500

ZAHVALJUJEMO PRAVNOM FAKULTETU SVEUČILIŠTA U ZAGREBU I PROF. DR. SC. SINIŠI RODINU TE SVIM STUDENTICAMA I STUDENTIMA POLAZNICIMA KOLEGIJA.

CIP ZAPIS DOSTUPAN U RAČUNALNOM KATALOGU NACIONALNE I SVEUČILIŠNE KNJIŽNICE U ZAGREBU POD BROJEM 849978. ISBN 978-953-7729-19-6

Zagreb, srpanj 2013.



OVA PUBLIKACIJA NASTALA JE U SKLOPU PROVEDBE PROJEKTA "JAČANJE ORGANIZACIJA CIVILNOG DRUŠTVA ZA UČINKOVITU PROVEDBU I PRAĆENJE PROVEDBE ANTIDISKRIMINACIJSKE POLITIKE U RH" FINANCIRANOG KROZ PROGRAM PRETPRISTUPNE POMOĆI EU – IPA 2008 EUROPSKE UNIJE KOJEG PROVODI CENTAR ZA MIROVNE STUDIJE. STAVOVI IZNESENI U NJOJ NE PREDSTAVLJAJU SLUŽBENI STAV EUROPSKE UNIJE VEĆ SU ISKLJUČIVO STAJALIŠTE IZDAVAČA.



URED ZA UDRUGE REPUBLIKE HRVATSKE

Sadržaj

Uvod — 4

- I. Načelo jednakosti u postupanju kao temelj pravnog poretka
Europske unije — 6
 - 1.1. Jamstvo jednakosti u postupanju kao temeljno načelo pravnog
poretka EU — 6
 - 1.2. Načelo jednakosti u postupanju kao temeljno (ljudsko) pravo — 19
 - 1.3. Načelo jednakosti u postupanju kao odraz vrijednosnog
uravnoteživanja — 32
-

- II. Jamstvo zabrane diskriminacije — 44
 - 2.1. Opći okvir — 44
 - 2.2. Izravna diskriminacija — 45
 - 2.3. Neizravna diskriminacija — 96
-

Zaključak — 120

O autoru — 120

Uvod

Zbirka odabranih presuda antidiskriminacijskih odluka Europskoga suda pravde nastala je kao dio projekta „Jačanje organizacija civilnog društva za učinkovitu provedbu i praćenje provedbe antidiskriminacijskih politika u RH“ i zamišljena je ponajprije kao podrška nastavnom predmetu Pravo jednakosti u pravnom poretku Europske unije, koji se u sklopu projekta izvodio na Katedri za europsko javno pravo Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Zbirka se sastoji od ograničenog broja izabranih presuda koje su uvrštene u zbirku jer pružaju posebno vrijedan uvid u određeni aspekt primjene antidiskriminacijskoga prava EU u praksi Suda pravde Europske unije. Svako presudi prethodi kraći analitički tekst. Tekst nije zamišljen kao klasični komentar presude. Njegova svrha nije detaljna analiza konkretne presude. Popratni tekst polazi od pretpostavke da svaka odluka najbolje govori za sebe. Kao i svaki drugi pravni tekst, izabrane odluke otvorene su za različita čitanja i podložne različitim interpretacijama. U tom smislu, na čitatelju je da sam ili sama procijeni koje implikacije presude smatra korisnima. Čitatelj u tom izazovu neće biti ostavljen bez ikakve podrške. Svaki popratni tekst uputit će na određeni aspekt konkretne presude kojoj prethodi, koji stručna javnost smatra aspektom od iznimne doktrinarne važnosti za uspješnu primjenu antidiskriminacijskoga prava. No to nije prvenstvena uloga popratnog teksta.

Tekst koji prati izabrane presude ima nekoliko ciljeva. Prvo, popratni tekst pruža poseban uvid u pozadinu svake presude. Tekst polazi od pretpostavke kako je svaka sudska odluka dobrim dijelom rezultat konkretnoga društvenog konteksta unutar kojega se spor pojavio i unutar kojega je odlučen. To ne znači da će čitatelj dobiti historijski opis relevantnih činjenica ili političkih odnosa. Uvid koji pruža popratni tekst jest pravno-analitički, odnosno, usredotočen je na razumijevanje interakcije između pojedinačnih interesa, društvenih ciljeva i vrednota koji su se u pozadini konkretne odluke natjecali ili se i dalje natječu za prvenstvo kroz njezin tekst. Analitički pristup koji stoji iza popratnog teksta temelji se na pretpostavci kako upravo ovakva interakcija, a ne pravni tekst za sebe i po sebi, određuje konkretno značenje specifičnog antidiskriminacijskog jamstva. U tom smislu, zbirka presuda pripada specifičnom pravcu pravnog shvaćanja koji se kolokvijalno naziva pravnim realizmom. Zbirka je prva publikacija te vrste u Hrvatskoj.

Popratni tekst također pruža kritički pogled u način na koji Sud pravde Europske unije poima i primjenjuje EU antidiskriminacijska jamstva. U tom pogledu, popratni je tekst posebno usredotočen na vrijednosno uravnotežavanje kao način donošenja sudskih odluka. Naglašavajući ključnu ulogu vrijednosnog uravnotežavanja kao načina sudske primjene antidiskriminacijskih jamstava, zbirka u prvi plan dovodi činjenicu da hrvatska dominantna pravna kultura sudovanje poima na iznimno drugačiji način. Hrvatska pravna kultura sudovanje poima na tradicionalan način karakterističan za kontinentalnu porodicu srodnih pravnih poredaka srednje i istočne Europe, koji svoje zajedničke korijene vide u rimskom pravu. Među ovim pravnim porecima sudovanje je shvaćeno prvenstveno kao objektivna primjena pravne upute koja je predodređena pravnim tekstom zakonske odredbe. Prema ovom shvaćanju, pravni tekst ima fiksirano, predodređeno, odnosno, ispravno značenje. Zadaća sudova je da prepoznaju to značenje i uputu koje im ono prenosi te na temelju utvrđenih činjenica spora tu generalnu uputu pretoče putem logičkog zaključivanja u konkretnu presudu koja vrijedi za konkretne stranke. To nije način na koji Sud pravde Europske unije poima primjenu antidiskriminacijskih jamstava EU. U tom smislu, antidiskriminacijsko pravo EU značajan je izazov za hrvatske sudove.

Popratni tekst ima kritički ton. Njegova je svrha uputiti na sve prednosti, ali i nedostatke određenog pristupa na kojem se temelji neka presuda. Kritički ton popratnog teksta ne teži pukoj dekonstrukciji. Putem kritički orijentirane analize izabranih presuda, popratni tekst ima za cilj uputiti na praktične posljedice koje iz konkretnog pristupa primjeni antidiskriminacijskih jamstava EU ili iz konkretne presude slijede za sudove i stranke u antidiskriminacijskim sporovima. U tom pogledu, cilj kritičkog pristupa jest osnaživanje domaćih aktera u ovom području prava koje u Hrvatskoj još uvijek nije dovoljno razvijeno.

Zbirka je podijeljena na dva dijela. Prvi dio usredotočen je na ulogu koju načelo jednakosti u postupanju ima za funkcioniranje pravnog poretka EU. Načelo jednakosti u postupanju ima izuzetnu vrijednost za autoritet i uspješnost pravnog poretka EU. Ono je na neki način jamac njegova legitimiteta. Takva uloga daje načelu jednakosti u postupanju vrlo specifičnu vrijednost iz koje slijede vrlo specifične posljedice za stranke u sporovima u kojima načelo igra određenu ulogu. Jednako tako, takav specifičan karakter načela od sudova zahtijeva posebnu pažnju.

Drugi dio usredotočen je na konkretnu primjenu dva najvažnija antidiskriminacijska jamstva kroz praksu Suda pravde Europske unije i konkretne implikacije koje ta praksa ima za nacionalne sudove i stranke u antidiskriminacijskim postupcima koji se vode pred njima. Zbirka je usredotočena na primjenu jamstava zabrane izravne i neizravne diskriminacije iz vrlo praktičnih razloga. S obzirom na to da je važan dio zbirke osigurati prijevod relevantnih presuda Suda pravde Europske unije, a da prosječni broj stranica po presudi iznosi oko dvadesetak stranica, jednostavno nije bilo mjesta za opsežniju kolekciju koja bi uključivala i druga antidiskriminacijska jamstva poput različitih oblika uznemiravanja, višestruke diskriminacije, viktimizacije itd. Istovremeno, koncepti izravne i neizravne diskriminacije kamen su temeljac antidiskriminacijskog prava. Uz dobro razumijevanje ova dva instrumenta, ostali aspekti antidiskriminacijskog prava vrlo su često samo nadogradnja.

Usprkos navedenoj vrijednosti koje koncepti izravne i neizravne diskriminacije imaju za antidiskriminacijsko pravo uopće, zbirka također na kritički način razmatra konvencionalno poimanje ova dva jamstva. Štoviše, zbirka uporno propituje široko prihvaćeno i ustaljeno konvencionalno stajalište kako između ova dva jamstva postoje jasne konceptualne i praktične razlike. Kroz tekstove koji prate izabrane presude koje se odnose na primjenu jamstva zabrane izravne ili neizravne diskriminacije, zbirka pokušava pokazati da su granice između ova dva jamstva iznimno fleksibilne, što ima dalekosežne praktične posljedice za one koji se bave antidiskriminacijskim pravom u praksi. U tom smislu, zbirka je jasan pokazatelj onima koji ovu vrstu kritičke pravne analize smatraju „teorijom” koja nema previše veze sa stvarnom praksom. Zbirka na neki način okreće ovu postavku i pokazuje kako stvarna praksa možda nema previše veze s potencijalom koji joj ova jamstva stavljaju na raspolaganje.

Zbirka sadrži određeni broj prijevoda izabranih presuda Suda pravde Europske unije. No uz ove cjelovite prijevode zbirka se referira, nekad u opsežnijem a nekad u kraćem obliku, na niz dodatnih presuda Suda pravde. To je njezina dodana vrijednost.

1. Načelo jednakosti u postupanju kao temelj pravnog poretka Europske unije

1.1 Jamstvo jednakosti u postupanju kao temeljno načelo pravnog poretka EU

Načelo jednakosti u postupanju tj. zabrane diskriminacije ima poseban značaj za funkcioniranje pravnog poretka Europske unije. Njegova je uloga u integraciji zajedničkog europskog tržišta neprikosnoven. Ono što nazivamo pravnom doktrinom četiriju tržišnih sloboda – slobode kretanja osoba, robe, usluga, kapitala - nije ništa drugo no rezultat dugoročne upotrebe načela jednakosti u postupanju putem pravnih mehanizama radi postizanja ekonomskog cilja slobodnog tržišta kada za to nije bilo volje od strane nacionalno fokusiranih političkih elita u državama članicama. U tom smislu nije iznenađujuće što načelo jednakosti u postupanju ima posebnu važnost za pravni poredak Europske unije. Koristeći se načelom jednakosti u postupanju, pravni poredak Europske unije ne samo da je pridonio (na prilično učinkovit način) izgradnji intergriranog europskog tržišta već i više od toga, gradeći zajedničko tržište putem načela jednakosti u postupanju, pravni poredak Europske unije izgradio je svoj autoritet, ali i legitimitet koji ima danas.

Tu ulogu „legitimizatora” načelo jednakosti u postupanju zadržalo je sve do danas. Cijeli niz odluka koje su našle mjesto u ovom udžbeniku presuda (casebook) potvrđuje ovu tvrdnju. Načelo jednakosti u postupanju nije bilo ključno samo za izgradnju zajedničkog tržišta u ekonomskom smislu. Ono je bilo jednako važno za stvaranje „socijalno osjetljivog lica” europske integracije. Europska integracija nikada ne bi bila uspješna da ekonomsku dimenziju nije pratila izgradnja uvjerljive socijalne dimenzije. Sloboda kretanja robe, usluga, kapitala, a ponajprije ljudi koji traže ekonomski uspješno tržište, ne bi opstala u ovom obliku koji EU nudi svojim građanima i građankama da se integracija svela isključivo na tržišno natjecanje kapitala gdje bi pozicija zaposlenika bila potpuno podređena volji poslodavca. Kako bi pokazala to neophodno „socijalno osjetljivo lice”, europska integracija iskoristila je svoje iskustvo iz ekonomske sfere i čvrsto se oslonila na pravni poredak i njegovu sposobnost da iskoristi načelo jednakosti u postupanju za postizanje društvene legitimacije politika i odluka Europske unije.

U srcu ovog projekta oduvijek je bio Sud pravde Europske unije (SPEU). SPEU je bio ključan autor okvira koje zajedničko tržište ima danas. Putem cijelog niza svojih odluka koje u pravu EU imaju gotovo mitski status (baš kao što u pravnom poretku SAD-a ima niz odluka Vrhovnog suda), sud je „gurao“ ekonomsku integraciju kada za to nije bilo prepostavljene političke volje među ključnim političkim akterima. Iako će to mnogi zvati sudskim aktivizmom, za SPEU to je prvenstveno bila obveza koja je slijedila iz obećanja koje su političke elite kao nositelji vlasti dali građanima i građankama potpisujući ono što danas nazivamo Ugovorom o Europskoj uniji i Ugovorom o funkcioniranju Europske unije, a tada smo zvali ugovor o Europskoj ekonomskoj zajednici. SPEU, kao jedan od nositelja vlasti u političkom i pravnom poretku Europske unije, niti je želio, s obzirom na tragičnu povijesnu lekciju iz koje je ideja integracije niknula, niti je smatrao da ima mandat ostaviti uspjeh europske integracije na potpuno raspolaganje nacionalno fokusiranoj volji političkih elita.

Prvi put u razvoju Europske unije socijalna dimenzija europske tržišne integracije spomenuta je u sada već mitskoj presudi C-43/75 *Defrenne*, u kojoj je 1976. godine Sud uspostavio izravno primjenjivo jamstvo zabrane diskriminacije žena u pogledu plaća, koje su do tada na europskim tržištima tradicionalno za svoj rad, koji su obavljale s jednakom voljom, znanjem i energijom kao i muškarci, primale manju nagradu. Od odluke *Defrenne* nadalje projekt europske integracije

dobio je svoje socijalno lice na uvjerljiv način iako za njega nije bilo neke čvrste osnove u samom tekstu pravnih odredaba osnivačkog ugovora koje su bile fokusirane prvenstveno, pa skoro i isključivo, na ekonomski aspekt integracije.

Defrenne nije bila „slučajna” odluka niti u kojem smislu te riječi. Prije svega, Sud je bio svjestan činjenice da sav trud koji je uložio u stvaranje podloge za ekonomsku integraciju zajedničkog tržišta može biti uzalud ako bi ga građani i građanke shvatili kao socijalno nepravičan. Kako bismo do kraja shvatili odluku *Defrenne*, u obzir treba uzeti činjenicu da je u vrijeme njezina donošenja zapadna Europa bile usred ekonomske krize koja je po oštirini pandan ovoj današnjoj. S ekonomskom su krizom, baš kao i u današnjem razdoblju, došli socijalni nemiri, a dok je danas perjanica građanskog pokreta učvršćivanje demokratskog ideala društvene jednakosti i uključivosti, pokret LGBT, tada dok je to bio feministički pokret. Sud je znao cijeniti tu činjenicu. Drugo, Sud je također bio svjestan da je socijalna dimenzija nerijetko funkcionalno povezana s ekonomskom dimenzijom integracije. Jamstvo jednakih plaća za rad jednake vrijednosti bez obzira na spol bio je izvrstan primjer te povezanosti. Bez jamstva jednakosti plaća za žene nije postojalo „poravnano igralište” kao preduvjet za pravično ekonomsko natjecanje proizvođača tj. poslodavaca. Sve dok su poslodavci u nekim državama članicama mogli diskriminirati žene, u drugima nisu uživali komparativnu prednost u obliku nižih troškova proizvodnje. S obzirom na svoje korijene, ideja europske integracije teško je mogla politički preživjeti dopuštajući socijalnu „utrku do dna” koju je takva situacija poticala.

Treće, iskustvo koje je Sud paralelno stjecao putem prakse koja se odnosila na područje ekonomske integracije pokazalo mu je da projekt izgradnje Europske unije zahtjeva izuzetno učinkovit i utjecajan pravni poredak u čijem će središtu biti sudska zaštita „pojedince” i interesa te osobe. Slijedom toga Sud je iskoristio privlačnost koju ideal jednakosti pobuđuje kod velikog broja ljudi te odlukama kojima je osigurao pravnu primjenjivost i učinkovitost ovog načela ujedno je izgradio i postavke koje su ključne za autoritet prava EU nad nacionalnim pravnim poretcima. U odluci *Defrenne* Sud je tako uspostavio načelo izravne primjenjivosti ugovornih odredba koje nisu izričito propisivale neko pravo za pojedince, ali je iz obveze koje su nametale državama članicama bilo moguće zaključiti koji je konkretan interes građana i građanki Ugovor htio zaštititi. U takvim slučajevima, a obveza država članica da putem svojih zakonodavnih propisa osiguraju jednakost plaća žena i muškaraca bila je primjer takvog slučaja, nacionalni sudovi dobili su obvezu izravno primijeniti takve „neindividualizirane” odredbe Ugovora i osigurati njihovu nadređenost nad cjelokupnim nacionalnim zakonodavstvom svoje države članice. Nema sumnje da se takvoj dalekosežnoj odluci kojom je ograničen manevarski prostor država članica bilo puno teže suprostaviti jer se radilo o osiguravanju učinkovite zaštite žena od spolne diskriminacije.

Sud je vrlo često koristio taj „legitimizirajući” aspekt načela jednakosti u postupanju, osobito u području jednakosti spolova, kako bi učvrstio ili potvrdio autoritet pravnog poretka EU nad nacionalnim pravnim poretcima. Čitav niz odredbi koje su našle mjesto u ovom udžbeniku presuda zorno pokazuju ovu strategiju Suda pravde Europske unije. Naravno, ne treba sumnjati da je svakom novom potvrdom nadređenosti pravnog poretka sud EU dodatno učvrstio svoj autoritet kao njegova najvažnijeg čuvara. U tom smislu, postoji čvrsta veza između načela jednakosti u postupanju i autoriteta Suda.

S obzirom na značaj koji je načelo jednakosti u postupanju imalo za Sud i njegov položaj, nije iznenađujuće kako je Sud u svojoj praksi dosljedno naglašavao kako je načelo jednakosti u postupanju temeljno načelo pravnog poretka EU. Istovremeno, Sud nikada nije precizno definirao što to konkretno znači za građane i građanke i njihovu sposobnost da se izravno naslone na to načelo u konkretnim sporovima u kojima su štitili svoje interese. Sve do relativno nedavno nije bilo jasno koji je praktični doseg tog načela. Je li načelo samo interpretativni instrument koji „nadahnjuje” sudove pri tumačenju drugih odredbi ili je njegov doseg širi? Postoje li situacije u kojima bi načelo postalo samostojeće pravo s izravnim učinkom pred nacionalnim sudovima? Djelomične odgovore dobili smo tek u zadnjih 10 godina i to u predmetima *Mangold* i *Kücükdeveci*. U oba je predmeta SPEU iskoristio temeljnu vrijednost načela jednakosti u postupanju kako bi

odredbama pravnih akata (konkretno Direktiva) koje nisu postale izravno primjenjive pred nacionalnim sudovima dao upravo taj učinak iako formalno nisu zadovoljile uvjete za izravnu primjenjivost. Drugim riječima, temeljna vrijednost načela jednakosti u postupanju daje, metaforički rečeno, „super-naboj” onim odredbama koje su konkretizirale njegov sadržaj *putem redovnog zakonodavnog postupka* radi što jasnijeg ostvarenja tog postupka u praksi. Obje presude sugeriraju određeni limit načela jednakosti u postupanju. Čini se da za sada pojedinci nisu u mogućnosti izravno se pozivati na načelo jednakosti u postupanju kao samostojeće izravno primjenjivo jamstvo temeljem kojeg bi sudovi štitili njihove interese.

Da bi načelo dobilo učinak izravne primjenjivosti, ono mora biti primjenjivo na spor koji je u „dosegu prava EU”. Nakon presude *Kücükdeveci* čini se da će spor doći u doseg prava EU kada je pitanje koje spor postavlja pred sud uređeno nekim pravnim aktom koji je sam postao izravno primjenjiv u državama članicama. Drugim riječima, da bi načelo jednakosti u postupanju i samo postalo izravno primjenjivo, stranke spor moraju podvesti pod neku odredbu Osnivačkih ugovora, uredbe ili direktive. Kada je riječ o direktivi, važno je da joj je protekao *orginalni* implementacijski rok bez obzira je li država članica direktivu provela ili ne, pa čak i onda kada je država članica iskoristila mogućnost produljenja orginalnog roka za implementaciju.

Onog trena kada spor uđe u doseg prava EU načelo jednakosti u postupanju počinje proizvoditi svoj „super-naboj”. Ono što pokazuju odluke *Mangold* i *Bartch* jest da odredbe direktive kojima se razrađuje sadržaj načela jednakosti u postupanju, a kojoj nije prošao dopunski implementacijski rok koji je iskoristila država članica, ipak jesu primjenjive od dana protoka orginalnog implementacijskog roka, bez obzira na to što je država članica iskoristila danu mogućnost produljenja. Ono što pokazuje odluka *Kücükdeveci* jest da odredbe direktiva kojima se razrađuje sadržaj načela jednakosti u postupanju imaju isti učinak kao i odredbe Osnivačkih ugovora. Drugim riječima, izravno su primjenjive kako u vertikalnim sporovima (između tijela nad kojima država članica vrši kontrolu i privatnih osoba) tako i u horizontalnim sporovima (između privatnih osoba). Opisani učinak može se predstaviti i iz druge perspektive. Naime, onog trena kada države članice iskoriste svoju ugovornu ovlast i odluče putem zakonodavstva EU zajednički urediti neko područje u nadležnosti EU, načelo jednakosti u postupanju postaje samostojeće izravno primjenjivo jamstvo. Dok je kod Osnivačkih ugovora taj trenutak odavno došao, kod uredbi on dolazi njihovim stupanjem na snagu (u načelu objava u Službenom listu), dok kod direktiva taj trenutak dolazi s istekom implementacijskog roka. Kada je spor ušao u doseg prava EU, nisu direktive te koje postaju vertikalno i horizontalno primjenjive, već taj učinak ima samo načelo jednakosti u postupanju. Iz ove perspektive, odluka *Kücükdeveci* u biti je pokazala da je tumačeći konkretan sadržaj načela jednakosti u postupanju Sud jednostavno uvažio dogovor koji je postignut između svih aktera unutar redovnog zakonodavnog procesa na razini Europske unije. Drugim riječima, *stoga* jer se u konkretnom predmetu Sud složio da načelo jednakosti u postupanju ima značenje koje je propisivala konkretna odredba direktive, ona je to značenje na taj način i konkretizirala. U nekom drugom sporu koji ulazi u doseg prava EU načelo jednakosti u postupanju vrlo lako može imati konkretne implikacije koje se razlikuju od onog što propisuje neka direktiva koja ga je namjeravala sadržajno konkretizirati. Hoće li do toga doći ovisi prvenstveno o vrijednosnoj ocjeni Suda pravde Europske unije.

U prilog ovoj perspektivi ide i činjenica da se Sud izričito u svom obrazloženju presude pozvao na odredbe Povelje o temeljnim pravima Europske Unije (Povelja) usprkos činjenici da su i *Mangold* i *Kücükdeveci* odluke koje se odnose na sporove do kojih je došlo prije stupanja na snagu Povelje.¹ Ono što zazivanje Povelje stoga čini posebno zanimljivim jest činjenica da su odredbe

¹ Povelja o temeljnim pravima Europske unije S.L. 2010/C 83/02 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF>
Za hrvatski prijevod vidi <http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf>.

Povelje, kao pravnog akta jednake vrijednosti osnivačkim ugovorima, izravno primjenjive.²

Povelja u stavku 1. svog čl. 21. navodi:

Zabranjuje se bilo kakva diskriminacija na temelju spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog podrijetla, genetskih osobina, jezika, vjere ili uvjerenja, političkoga ili bilo kakvoga drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije.

2 Povelja u stavku 1. svog čl. 21. navodi:

Zabranjuje se bilo kakva diskriminacija na temelju spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog podrijetla, genetskih osobina, jezika, vjere ili uvjerenja, političkoga ili bilo kakvoga drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invalidnosti, dobi ili seksualne orijentacije.

U čl. 20. Povelja također propisuje da su „svi pred zakonom jednaki“.

C-555/07 Küçükdeveci ECR [2010] I-00365**Predmet C-555/07****Seda Küçükdeveci****protiv****Swedex GmbH & Co. KG**

(Zahtjev za prethodnu odluku: Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Nacionalni radni sud u Düsseldorfu))

(Načelo nediskriminacije na temelju dobi – Direktiva 2000/78/EC – Nacionalno zakonodavstvo o otkazu koje ne uzima u obzir trajanje radnog odnosa prije nego što radnik navrší 25. godinu života u računanju otkaznog roka – Opravdanje mjere – Nacionalno zakonodavstvo suprotno direktivi – Uloga nacionalnog suda)

Sažetak presude

1. *Socijalna politika – Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Zabrana diskriminacije na temelju dobi*

(Direktiva Vijeća 2000/78)

2. *Pravo Zajednice – Načela – Jednako postupanje – Diskriminacija na temelju dobi – Zabrana – Dužnost nacionalnih sudova*

1. Pravo Europske unije, osobito načelo nediskriminacije na temelju dobi, kojemu je izričaj dala Direktiva 2000/78 o uspostavljanju općeg okvira za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju, mora se tumačiti tako da isključuje nacionalno zakonodavstvo koje predviđa da se trajanje radnog odnosa prije nego što radnik navrší 25. godinu života ne uzima u obzir pri izračunu otkaznog roka.

(vidi paragraf 43, operativni dio1)

2. Na nacionalnom je sudu, koji provodi postupak između pojedinaca, da osigura poštivanje načela nediskriminacije na temelju dobi, kojem je izričaj dala Direktiva 2000/78, ne primjenjujući, ako je potrebno, bilo koju suprotnu odredbu nacionalnog zakonodavstva, neovisno o tome hoće li upotrijebiti svoju ovlast, u slučajevima spomenutim u drugom paragrafu članka 267. UFEU, da traži od Suda pravde Europske unije prethodnu odluku o tumačenju tog načela. Na fakultativnu prirodu takvoga zahtjeva ne utječu procesni uvjeti nacionalnog prava zbog kojih sud može ne primijeniti nacionalnu odredbu koju smatra suprotnom Ustavu.

(vidi paragrafe 55-56, operativni dio 2)

PRESUDA SUDA (Veliko vijeće)

19. siječnja 2010.

(Načelo nediskriminacije na temelju dobi – Direktiva 2000/78/EC – Nacionalno zakonodavstvo o otkazu koje ne uzima u obzir trajanje radnog odnosa prije nego što radnik navrší 25. godinu života u računanju otkaznog roka – Opravdanje mjere – Nacionalno zakonodavstvo suprotno direktivi – Uloga nacionalnog suda)

U predmetu C-555/07,

ZAHTJEV za prethodnu odluku na temelju članka 234. EZ upućen od Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Nacionalni radni sud u Düsseldorfu) (Njemačka), donesen na temelju odluke od 21. studenog 2007., primljen na sud 13. prosinca 2007., u postupku

Seda Küçükdeveci

protiv

Swedex GmbH & Co. KG,

SUD (Veliko vijeće),

sastavljeno od V. Skourisa, predsjednika, J.N. Cunha Rodriguesa, K. Lenaerts, J.-C. Bonichota, R. Silve de Lapuerta, P. Lindha (izvjestitelj) i C. Toadera, predsjednika vijeća, C.W.A. Timmermansa, A. Rosasa, P. Kūrisa, T. von Danwitz, A. Arabadjieva i J.-J. Kasela, sudaca,

nezavisni odvjetnik: Y. Bot,
 zapisničar: K. Malacek, administrator,
 uzimajući u obzir pisani postupak i ročište održano 31. ožujka 2009.,
 nakon razmatranja primjedbi podnesenih u ime:

- Swedex GmbH & Co. KG, po M. Nebelingu, odvjetniku,
 - njemačke Vlade, po M. Lummu and J. Mölleru kao zastupnicima,
 - češke Vlade, po M. Smoleku kao zastupniku,
 - danske Vlade, po J. Bering Liisbergu kao zastupniku,
 - Irske, po D. O’Haganu kao zastupniku, i N. Traversu BL and A. Collinsu SC,
 - nizozemske Vlade, po C. Wisselsu and M. de Molu kao zastupnicima,
 - Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, po I. Raou kao zastupniku, i J. Stratfordu, odvjetniku,
 - Komisije Europske Zajednice, po V. Kreuschitzu i J. Enegrenu kao zastupnicima,
- nakon saslušanja Mišljenja nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 7. srpnja 2009.,
 donosi sljedeću

Presudu

- 1 Ovaj zahtjev za prethodnom odlukom odnosi se na tumačenje načela nediskriminacije na temelju dobi i Direktive Vijeća 2000/78/EC od 27. studenog 2000. o uspostavljanju općeg okvira za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju (OJ 2000 L 303, str. 16.).
- 2 Zahtjev je podnesen u postupku između gđe Küçükdeveci i njezina bivšeg poslodavca Swedex GmbH & Co. KG (‘Swedex’) o izračunu otkaznog roka primjenjivog na njezin otkaz.

Pravni kontekst

Propisi Europske unije

- 3 Direktiva 2000/78 usvojena je na temelju članka 13. EZ. Recitali 1,4 i 25 preambule direktive glase:
 - „(1) U skladu s člankom 6. Ugovora o Europskoj uniji, Europska unija utemeljena je na načelima slobode, demokracije, poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda te vladavini prava, načelima zajedničkim svim državama članicama, te poštuje temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda [potpisanoj u Rimu 4. studenog 1950.] i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, kao opća načela prava Zajednice.
 - ...
 - (4) Pravo svih osoba na jednakost pred zakonom i zaštitu od diskriminacije čini opće pravo priznato Općom deklaracijom Ujedinjenih Naroda, Konvencijom Ujedinjenih Naroda o eliminaciji svih oblika diskriminacije protiv žena, Poveljom Ujedinjenih Naroda o građanskim i političkim pravima te o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima te Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, kojoj su potpisnice sve države članice. Konvencija br. 111 Međunarodne organizacije rada (ILO) zabranjuje diskriminaciju u području zapošljavanja i zanimanja.
 - ...
 - (25) Zabrana dobne diskriminacije bitan je dio postizanja ciljeva postavljenih u Smjernicama o zapošljavanju i poticanju različitosti u strukturi radne snage. Međutim, razlike u postupanju vezane za dob mogu biti opravdane pod određenim okolnostima te stoga zahtijevaju posebne odredbe koje mogu varirati u skladu sa situacijom u državi članici. Stoga je ključno razlikovati razlike u postupanju koje su opravdane, posebno prema opravdanoj politici zapošljavanja, ciljevima tržišta rada i stručnog osposobljavanja, te diskriminaciju koja mora biti zabranjena.”
- 4 Prema članku 1. Direktive 2000/78, njezina je svrha utvrditi opći okvir za borbu protiv diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije koja se odnosi na zapošljavanje i zanimanje, s ciljem započinjanja s primjenom načela jednako postupanja u državama članicama.

5 Članak 2. Direktive glasi:

- „1. Radi potreba ove Direktive, „načelo jednakog postupanja” značiti će zabranu bilo kojeg oblika izravne ili neizravne diskriminacije na bilo kojoj osnovi iz članka 1.
2. Radi potreba stavka 1.:
- (a) smatrat će se da izravna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji, temeljem bilo koje osnove iz članka 1.”

6 Članak 3. (1) direktive navodi:

„Unutar granica područja nadležnosti prenesenih na Zajednicu, ova Direktiva primjenjivati će se na sve osobe, s obzirom na javni i privatni sektor, uključujući javna tijela, u odnosu na:

...

- (c) Zapošljavanje i uvjete rada, uključujući otkaz i plaću;

...”

7 Članak 6. (1) direktive navodi:

„Bez obzira na članak 2. (2), države članice mogu omogućiti da se razlike u postupanju na temelju dobi neće smatrati diskriminacijom ako su, u kontekstu nacionalnog prava, objektivno i razumno opravdane legitimnim ciljem, uključujući opravdanom politikom zapošljavanja, ciljevima tržišta rada i stručnog osposobljavanja, te ako su sredstva ostvarivanja tog cilja primjerena i nužna.

Takve razlike u postupanju mogu uključivati, između ostalog:

- (a) postavljanje posebnih uvjeta za pristup zapošljavanju i stručnom osposobljavanju, zapošljavanju i radnim odnosima, uključujući otkaz i uvjete plaće, za mlade ljude, starije radnike i osobe koje brinu o drugima, radi promicanja njihove stručne integracije ili osiguravanja njihove zaštite;
- (b) određivanje minimalnih uvjeta u pogledu dobi, radnog iskustva ili duljine radnog staža za pristup zapošljavanju ili određenim prednostima vezanim uz zaposlenost;
- (c) određivanje najviše dobi za zapošljavanje koja se temelji na zahtjevima osposobljavanja za položaj u pitanju ili na potrebi za razumnim trajanjem radnog odnosa prije mirovine.

8 Direktiva je, u skladu s prvim stavkom članka 18., trebala biti provedena u pravne sustave država članica najkasnije do 2. prosinca 2003. Međutim, drugi stavak članka 18. propisuje:

„Kako bi se u obzir uzele posebne okolnosti, države članice mogu, ako je to nužno, dobiti dodatno razdoblje od tri godine od 2. prosinca 2003., što je ukupno šest godina, za provedbu odredbi ove Direktive o diskriminaciji na temelju dobi i invaliditeta. U tom će slučaju odmah obavijestiti Komisiju...”

9 Savezna Republika Njemačka iskoristila je tu mogućnost, tako da su odredbe direktive vezane za diskriminaciju na temelju dobi i invaliditeta trebale biti provedene u toj državi članici najkasnije do 2. prosinca 2006.

Nacionalno zakonodavstvo

Opći zakon o jednakom postupanju

10 Članci 1, 2 i 10 Općeg zakona o jednakom postupanju (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) od 14. kolovoza 2006. (BGBl. 2006 I, str. 1897.), koji su proveli Direktivu 2000/78, propisuju:

„Članak 1 – Svrha zakona

Svrha je ovog zakona spriječiti ili ukloniti diskriminaciju na temelju rase, etničkog podrijetla, spola, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije.

Članak 2 – Opseg

...

- (4) U pogledu otkaza, isključivo se primjenjuju odredbe o općoj i posebnoj zaštiti protiv otkaza.

...

Članak 10 – Dopustivo različito postupanje na temelju dobi

Bez obzira na članak 8., različito postupanje na temelju dobi također je dopušteno ako je objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem. Sredstva ostvarivanja tog cilja moraju biti prikladna i nužna. Takve razlike u postupanju mogu osobito uključivati sljedeće:

...

1. određivanje posebnih uvjeta za pristup zapošljavanju i stručnom osposobljavanju, zapošljavanju i zanimanju, uključujući uvjete plaća i prestanka radnih odnosa, za mlade ljude, starije radnike i osobe koje brinu o drugima, radi promicanja njihove stručne integracije ili osiguravanja njihove zaštite,

...”

Zakonodavstvo o otkaznom roku

11 Članak 622. Njemačkoga građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch, ‘BGB’) navodi:

„(1) Radnik može se dati otkaz kojim se raskida radni odnos uz otkazni rok u trajanju od četiri tjedna od 15. dana ili od kraja kalendarskog mjeseca.

(2) Kod otkaza poslodavca, otkazni rok, ako je radni odnos u poslovanju ili poduzeću

1. trajao dvije godine, iznosi jedan mjesec od kraja kalendarskog mjeseca,
2. trajao pet godina, iznosi dva mjeseca od kraja kalendarskog mjeseca,
3. trajao osam godina, iznosi tri mjeseca od kraja kalendarskog mjeseca,
4. trajao 10 godina, iznosi četiri mjeseca od kraja kalendarskog mjeseca,
5. trajao 12 godina, iznosi pet mjeseci od kraja kalendarskog mjeseca,
6. trajao 15 godina, iznosi šest mjeseci od kraja kalendarskog mjeseca,
7. trajao 20 godina, iznosi sedam mjeseci od kraja kalendarskog mjeseca.

Pri izračunavanju trajanja radnog odnosa ne uzimaju se u obzir razdoblja prije nego što je radnik navršio 25. godinu života.”

Glavni postupak i zahtjev za prethodnom odlukom

12 Gđa Küçükdeveci rođena je 12. veljače 1978. Bila je u Swedexu zaposlena od 4. lipnja 1996., drugim riječima od 18. godine.

13 Swedex ju je otpustio pismom od 19. prosinca 2006. koje je, uzimajući u obzir zakonski otkazni rok, stupilo na snagu 31. siječnja 2007. Poslodavac je izračunao otkazni rok kao da je radnica imala tri godine radnog staža iako je kod njih bila zaposlena 10 godina.

14 Gđa Küçükdeveci osporavala je svoj otkaz pred Arbeitsgericht Mönchengladbach (Radni sud u Mönchengladbachu). Pred sudom je tvrdila da joj je otkazni rok trebao biti četiri mjeseca od 31. prosinca 2006., do 30. travnja 2007., sukladno točki 4. druge rečenice članka 622. (2) BGB-a. Taj rok odgovarao je desetogodišnjoj službi. Spor je u glavnom postupku, dakle, između dva pojedinca, gđe Küçükdeveci s jedne strane te Swedexa s druge.

15 Prema gđi Küçükdeveci, iz razloga što propisuje da se trajanje radnog odnosa prije navršene 25. godine života ne uzima u obzir pri izračunu otkaznog roka, druga rečenica članka 622. (2) BGB-a mjera je koja diskriminira na temelju dobi, suprotno pravu Europske unije, te mora biti neprimjenjiva.

16 Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Viši radni sud u Düsseldorfu) utvrdio je, odlučujući u žalbenom postupku, da je razdoblje za provedbu Direktive 2000/78 bilo isteklo do datuma otkaza. Taj je sud također smatrao kako članak 622. BGB-a sadrži razliku u postupanju izravno povezanu s dobi te, iako nije siguran je li to protivno Ustavu, smatra da je upitna usklađenost s pravom Europske unije. Nije siguran mora li u tom pogledu moguće postojanje izravne diskriminacije na temelju dobi biti utvrđeno pozivanjem na primarno pravo Europske unije, kako naizgled preporuča presuda u predmetu C-144/04 *Mangold* [2005] ECR I-9981, ili pozivanjem na Direktivu 2000/78. Napominjući da je nacionalna odredba

u pitanju jasna te da se ne može tumačiti, ako bi to bilo potrebno, na način usklađen s direktivom, sud također nije siguran mora li prethodno, kako bi mogao ne primijeniti tu odredbu u sporu između pojedinaca te kako bi osigurao zaštitu legitimnih očekivanja osoba na koje se zakon primjenjuje, podnijeti Sudu zahtjev za prethodnom odlukom, tako da Sud može potvrditi da odredba nije u skladu s pravom Europske unije.

17 U tim je okolnostima Landesarbeitsgericht Düsseldorf odlučio zastati s postupkom te uputiti sljedeća pitanja Sudu na prethodnu odluku:

„(1) (a) Krši li nacionalna odredba, prema kojoj se otkazni rokovi kojih se radnici moraju pridržavati progresivno produžuju sa trajanjem radnog odnosa, ali se zanemaruje trajanje radnog odnosa radnika prije navršene 25. godine života, zabranu prava Zajednice o diskriminaciji na temelju dobi, osobito primarno pravo Zajednice ili Direktivu 2000/78...?

(b) Može li činjenica da su poslodavci obvezni pridržavati se samo osnovnog otkaznog roka pri raskidu radnih odnosa sa mlađim radnicima biti opravdana na temelju priznatog operativnog interesa poslodavaca za fleksibilnošću pri odabiru osoblja – interesa na koji bi duži otkazni rokovi negativno djelovali – te na temelju toga da mlađim radnicima nije priznata zaštita dostupna starijim radnicima (temeljem dužih otkaznih rokova) s obzirom na radni status ili razmještaj, naprimjer jer se, s obzirom na dob i/ili manje socijalnih, obiteljskih i privatnih obveza, smatra da su profesionalno i osobno fleksibilniji i mobilniji?

(2) Ako se na pitanje 1(a) odgovori pozitivno, a na pitanje 1(b) negativno:

U pravnim postupcima između pojedinaca, mora li sud države članice ne primijeniti zakonsku odredbu koja je izravno protivna pravu Zajednice ili će se legitimna očekivanja ovlaštenih osoba – primijenit će se nacionalni zakoni na snazi – uzeti u obzir tako da odredba postane neprimjenjiva tek nakon što Sud pravde odluči o osporavanoj odredbi ili sadržajno sličnoj odredbi?”

Pitanja temeljem kojih je zatraženo prethodno tumačenje

Pitanje 1

18 Prvim pitanjem nacionalni sud u osnovi pita predstavlja li nacionalno zakonodavstvo kao što je ono u glavnom postupku, prema kojem trajanje radnog odnosa koje je radnik ostvario prije navršene 25. godine nije uzeto u obzir pri izračunu otkaznog roka, različito postupanje na temelju dobi zabranjeno pravom Europske unije, posebice primarnim pravom ili Direktivom 2000/78. Osobito je nesigurno je li takvo zakonodavstvo opravdano temeljem obveze pridržavanja samo osnovnih otkaznih rokova u slučaju otkaza mlađim radnicima, ponajprije kako bi se poslodavcima omogućilo fleksibilnije upravljanje osobljem, što ne bi bilo moguće s dužim otkaznim rokovima, te zatim i jer je razumnije zahtijevati veću osobnu i profesionalnu mobilnost od mlađih radnika nego od starijih.

19 Kako bi se odgovorilo na navedeno pitanje, nužno je prvo utvrditi, kako predlaže nacionalni sud, treba li pitanje razmatrati s obzirom na primarno pravo Europske unije ili s obzirom na Direktivu 2000/78.

20 Kao prvo, Vijeće Europske unije usvojilo je Direktivu 2000/78 na temelju članka 13. EZ, i Sud je presudio da ta direktiva sama ne uspostavlja načelo jednakog postupanja u području zapošljavanja i zanimanja, koje proizlazi iz različitih međunarodnih instrumenata i iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, već da ima isključivu svrhu utvrditi, u tom području, opći okvir za borbu protiv diskriminacije na različitim temeljima, uključujući dob. (vidi *Mangold*, paragraf 74).

21 U tom kontekstu, Sud je potvrdio postojanje načela nediskriminacije na temelju dobi koje treba smatrati općim načelom prava Europske unije (vidi *Mangold*, paragraf 75). Direktiva 2000/78 daje posebni izričaj tom načelu (vidi, analogno, predmet 43/75 *Defrenne* [1976] ECR 455, paragraf 54).

22 Također treba primijetiti da članak 6. (1) UEU predviđa da Povelja temeljenih prava Europ-

- ske unije ima jednaku pravnu snagu kao i Ugovori. Prema članku 21. (1) Povelje „svaka diskriminacija utemeljena na ... dobi ... jest zabranjena”.
- 23 Da bi se načelo nediskriminacije na temelju dobi primjenjivalo u predmetu kao što je onaj u glavnom postupku, predmet mora biti u dosegu prava Europske unije.
- 24 Suprotno situaciji u predmetu C-427/06 *Bartsch* [2008] ECR I-7245, navodno diskriminatorno ponašanje u ovom se predmetu, na temelju nacionalnog zakonodavstva u pitanju, dogodilo po isteku roka propisanog određenim državama članicama za provođenje Direktive 2000/78, koji je za Saveznu Republiku Njemačku istekao 2. prosinca 2006.
- 25 Tog datuma direktiva je, kao svoj učinak, dovela nacionalno zakonodavstvo koje je sporno u glavnom postupku, a koje se odnosi na pitanje uređeno direktivom, u ovom slučaju na uvjete otkaza, u doseg prava Europske unije.
- 26 Nacionalna odredba kao što je druga rečenica članka 622. (2) BGB-a, ako predviđa da se u računanju otkaznog roka trajanje radnog odnosa ostvareno prije navršene 25. godine života radnika ne uzima u obzir, utječe na uvjete otkaza radnika. Takvu odredbu treba smatrati odredbom koja predviđa pravila o uvjetima otkaza.
- 27 Slijedi da je zabrana svake diskriminacije na temelju dobi, kao što je izraženo u Direktivi 2000/78, opće načelo prava Europske unije, što mora biti utemeljeno na ispitivanju isključuje li pravo Europske unije nacionalno zakonodavstvo kao što je ono u glavnom postupku.
- 28 Kao drugo, u pogledu pitanja sadrži li zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku razlikovanje u postupanju na temelju dobi, treba podsjetiti da prema članku 2. (1) Direktive 2000/78, a radi potreba te direktive, „načelo jednakog postupanja“ znači zabranu bilo kojeg oblika izravne ili neizravne diskriminacije na bilo kojem temelju navedenom u članku 1. direktive. Članak 2. (2)(a) direktive navodi da, za potrebe članka 2. (1), izravna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji, temeljem bilo koje osnove iz članka 1. (vidi predmet C-411/05 *Palacios de la Villa* [2007] ECR I-8531, paragraf 50, i predmet C-388/07 *Age Concern England* [2009] ECR I-0000, paragraf 33).
- 29 U ovom predmetu, druga rečenica članka 622. (2) BGB-a predviđa manje povoljno postupanje prema radnicima koji su započeli radni staž prije 25. godine života. Stoga ta nacionalna odredba uvodi razlikovanje u postupanju između osoba s jednakom dužinom radnog staža, ovisno o dobi u kojoj su se pridružili poduzeću.
- 30 Stoga bi u slučaju dvaju radnika, od kojih svaki ima 20 godina radnog staža, onaj koji se pridružio poduzeću s 18 godina imao pravo na otkazni rok od 5 mjeseci, dok bi otkazni rok bio 7 mjeseci za onoga koja se pridružio s 25 godina. Štoviše, kao što primjećuje nezavisni odvjetnik u točki 36. svog Mišljenja, nacionalno zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku obično stavlja mlade radnike u lošiju poziciju od starijih, tako da prvi – kao što pokazuje situacija gde Küçükdeveci – može, usprkos nekoliko godina dužem radnom stažu u poduzeću, biti isključen od pogodnosti progresivnog produljenja otkaznog roka u slučaju otkaza u skladu s dužinom radnog odnosa, od kojih će stariji radnici, za razliku od mladih, moći imati koristi.
- 31 Slijedi da nacionalno zakonodavstvo u pitanju sadrži razlikovanje u postupanju na temelju dobi.
- 32 Kao treće, mora se ispitati može li ta razlika u postupanju predstavljati diskriminaciju zabranjenu načelom nediskriminacije na temelju dobi kojem je izričaj dala Direktiva 2000/87.
- 33 Prvi subparagraf članka 6. (1) Direktive 2000/87 navodi da različito postupanje na temelju dobi ne predstavlja diskriminaciju ako je, u kontekstu nacionalnog prava, objektivno i razumno opravdano legitimnim ciljem, uključujući opravdanu politiku zapošljavanja, ciljeve tržišta rada i stručnog osposobljavanja te ako su sredstva za postizanje tog cilja prikladna i nužna.

- 34 Prema informaciji koju je pružio nacionalni sud te izjavama koje je na raspravi dala njemačka Vlada, članak 622. BGB-a potječe iz zakona iz 1926. Zakon je postavio granicu na 25, što je rezultat kompromisa između, prvo, vlade tog vremena, koja je htjela jedinstveno produljenje otkaznog roka za tri mjeseca kod otkaza radnicima starijim od 40 godina, drugo, pristaša progresivnog produljenja tog roka za sve radnike, i, treće, pristaša progresivnog produljenja otkaznog roka bez uzimanja u obzir trajanja radnog odnosa, svrha čega je djelomično oslobođenje poslodavaca od dugih otkaznih rokova za radnike mlađe od 25 godina.
- 35 Nacionalni sud navodi da druga rečenica članka 622. (2) BGB-a odražava procjenu zakonodavca da mladi radnici općenito reagiraju mnogo lakše i brže na gubitak posla te se od njih može zahtijevati veća fleksibilnost. Kraći otkazni rok za mlađe radnike također olakšava njihovo zapošljavanje jer podiže fleksibilnost upravljanja osobljem.
- 36 Ciljevi kakve su spomenuli njemačka Vlada i nacionalni sud jasno potpadaju pod politiku zapošljavanja i tržišta rada u smislu članka 6. (1) Direktive 2000/78.
- 37 Preostaje utvrditi, u skladu s tekstom te odredbe, jesu li sredstva takvog opravdanog cilja „prikladna i nužna”.
- 38 Države članice uživaju široku diskreciju u izboru mjera sposobnih za ostvarivanje postavljenih ciljeva u području socijalne politike i politike zapošljavanja (vidi *Mangold*, paragraf 63 i *Palacios de la Villa*, paragraf 68).
- 39 Nacionalni je sud naznačio da je cilj nacionalnog zakonodavstva kao što je onaj u glavnom postupku pružiti poslodavcima veću fleksibilnost u upravljanju osobljem kroz smanjivanje njihova tereta u odnosu na otkaze mlađim radnicima, od kojih je razumno očekivati veći stupanj osobne i profesionalne mobilnosti.
- 40 Međutim, zakonodavstvo nije prikladno za postizanje navedenog cilja jer se primjenjuje na sve radnike koji su se pridružili poduzeću prije navršene 25. godine života, neovisno o njihovoj dobi u vrijeme otkaza.
- 41 S obzirom na cilj koji je zakonodavac htio postići u vrijeme usvajanja nacionalnog zakonodavstva, u pitanju u glavnom postupku, koji je iznijela njemačka Vlada, da se pojača zaštita radnika ovisno o dužini njihovog staža u poduzeću, jasno je da je, prema tom zakonodavstvu, produljenje otkaznog roka u skladu s dužinom radnog staža odgođeno za sve radnike koji su se pridružili poduzeću prije navršene 25. godine života, čak i ako osoba u pitanju ima dug radni staž u poduzeću u vrijeme otkaza. Zakonodavstvo se, stoga, ne može smatrati prikladnim za postizanje tog cilja.
- 42 Trebalo bi nadodati da, kao što naglašava nacionalni sud, nacionalno zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku nejednako utječe na mlade radnike, odnosno utječe na mlade ljude koji su rano ušli u aktivni život nakon malo ili bez stručnog osposobljavanja, ali ne utječe na one koji kasnije počnu raditi nakon dugog razdoblja provedenog na osposobljavanju.
- 43 Iz svega navedenog slijedi da je odgovor na prvo pitanje da se pravo Europske unije, osobito načelo nediskriminacije na temelju dobi, kojemu je izričaj dala Direktiva 2000/78, mora tumačiti tako da isključuje nacionalno zakonodavstvo, kao što je ono u glavnom postupku, koje predviđa da se trajanje radnog odnosa ostvareno prije nego što radnik navrší 25. godinu života ne uzima u obzir pri izračunu otkaznog roka.

Pitanje 2

- 44 Drugim pitanjem nacionalni sud pita mora li, kada odlučuje u postupcima između pojedinaca, kako bi ne primijenio nacionalnu odredbu koju smatra suprotnom pravu Europske unije te osigurao zaštitu legitimnih očekivanja osoba podvrgnutih zakonu, prvo podnijeti zahtjev sudu na temelju članka 267. UFEU, tako da Sud može potvrditi da je zakonodavstvo protivno pravu Europske unije.
- 45 S obzirom na, prvo, ulogu nacionalnog suda koji donosi presudu u postupcima između

- pojedinaца u kojima je očito da je nacionalno zakonodavstvo u pitanju protivno pravu Europske unije, Sud je presudio da je na nacionalnim sudovima da pruže pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz prava Europske unije te da osiguraju potpunu učinkovitost tih pravila (vidi, u tom smislu, spojene premete C-397/01 do C-403/01 *Pfeiffer and Others* [2004] ECR I-8835, paragraf 111, i predmet C-268/06 *Impact* [2008] ECR I-2483, paragraf 42).
- 46 U tom smislu, što se tiče postupaka između pojedinaca, Sud je dosljedno presuđivao da direktiva sama ne može nametnuti obveze pojedincima te da se na nju, stoga, ne može osloniti protiv pojedinca (vidi, između ostalog, predmet 152/84 *Marshall* [1986] ECR 723, paragraf 48; predmet C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I-3325, paragraf 20; i *Pfeiffer and Others*, paragraf 108).
- 47 Međutim, obveza država članica iz direktive, radi postizanja rezultata predviđenog tom direktivom te njihove dužnosti da poduzmu sve prikladne mjere, bilo opće ili posebne, kako bi osigurale njezino ispunjenje, obvezuje sva tijela vlasti država članica uključujući, u odnosu na pitanja u njihovoj nadležnosti, i sudove (vidi, između ostalog, u tom smislu, predmet 14/83 *von Colson and Kamann* [1984] ECR 1891, paragraf 26; predmet C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135, paragraf 8; *Faccini Dori*, paragraf 26; predmet C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie* [1997] ECR I-7411, paragraf 40; *Pfeiffer and Others*, paragraf 110; i spojene predmete C-378/07 do C-380/07 *Angelidaki and Others* [2009] ECR I-0000, paragraf 106).
- 48 Slijedi da je, u primjeni nacionalnog prava, nadležni nacionalni sud obavezan tumačiti, koliko je moguće, u svjetlu teksta i smisla direktive u pitanju, kako bi postigao rezultat kojem teži direktiva i na taj način postupao u skladu s trećim stavkom članka 288. UFEU (vidi, u tom smislu, *von Colson and Kamann*, paragraf 26; *Marleasing*, paragraf 8; *Faccini Dori*, paragraf 26; i *Pfeiffer and Others*, paragraf 113). Zahtjev da nacionalno pravo bude tumačeno u skladu s pravom Europske unije svojstveno je sustavu Ugovora budući da dozvoljava nacionalnim sudovima da, u okviru svoje nadležnosti, osiguraju punu učinkovitost prava Europske unije kada odlučuju u određenom sporu. (vidi, u tom smislu, *Pfeiffer and Others*, paragraf 114).
- 49 Prema nacionalnom sudu, međutim, drugu rečenicu članka 622. (2) BGB-a nije moguće tumačiti u skladu s Direktivom 2000/78 zbog njezine jasnoće i preciznosti.
- 50 Ovdje je potrebno napomenuti da Direktiva 2000/78, kako je navedeno u članku 20., ne uspostavlja, već samo daje izričaj načelu jednakog postupanja u zapošljavanju i zanimanju te da je načelo nediskriminacije na temelju dobi opće načelo prava Europske unije iz razloga što predstavlja posebnu primjenu općeg načela jednakog postupanja (vidi, u tom smislu, *Mangold*, paragrafi 74 – 76).
- 51 U tim okolnostima na nacionalnom je sudu koji presuđuje o sporu koji uključuje primjenu načela nediskriminacije na temelju dobi, kojem je izričaj dala Direktiva 2000/78, da pruži, u okviru svoje nadležnosti, pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz prava Europske unije te da osigura punu učinkovitost tog prava, ne primjenjujući, ako je potrebno, bilo koju odredbu nacionalnog prava suprotnu tom načelu (vidi, u tom smislu, *Mangold*, paragraf 77).
- 52 S obzirom na, drugo, obvezu nacionalnog suda koji presuđuje u postupku između pojedinaca da podnese zahtjev Sudu za prethodnom odlukom o tumačenju prava Europske unije prije nego što je ovlašten ne primijeniti nacionalnu odredbu koju smatra suprotnom tom pravu, očito je iz zahtjeva za prethodnom odlukom da se ovaj aspekt pitanja pojavio jer prema nacionalnom pravu nacionalni sud ne može odbiti primjenu nacionalne odredbe na snazi osim ako je ta odredba prethodno proglašena neustavnom od strane Bundesverfassungsgericht (Saveznog ustavnog suda).
- 53 Potreba za osiguravanjem pune učinkovitosti načela nediskriminacije na temelju dobi, kojem je izričaj dala Direktiva 2000/78, znači da nacionalni sud mora odbiti primjenu nacionalne odredbe unutar dosega prava Europske unije koju smatra neusklađenom s tim načelom, i koju ne može tumačiti u skladu s tim načelom, a da nije obavezan ili spriječen

- uputiti Sudu zahtjev za prethodnom odlukom prije nego što to učini.
54. Mogućnost da traži od Suda prethodnu odluku prije nego što ne primijeni nacionalnu odredbu suprotnu pravu Europske unije, koju nacionalnom sudu daje drugi stavak članka 267. UFEU, ne može se, međutim, transformirati u obvezu jer nacionalno pravo ne dopušta da sud ne primijeni odredbu koju smatra suprotnom Ustavu osim ako je odredba prethodno proglašena neustavnom od strane Ustavnog suda. Zbog načela prvenstva prava Europske unije, koje se također odnosi na načelo nediskriminacije na temelju dobi, suprotno nacionalno zakonodavstvo unutar dosega prava Europske unije ne smije se primijeniti (vidi, u tom smislu, *Mangold*, paragraf 77).
55. Slijedi da nacionalni sud, koji provodi postupak između pojedinaca, nije obvezan, ali je ovlašten, podnijeti zahtjev Sudu za prethodnom odlukom o interpretaciji načela nediskriminacije na temelju dobi, kojem je izričaj dala Direktiva 2000/78, prije nego što ne primijeni odredbu nacionalnog zakona koju smatra suprotnom tom načelu. Na fakultativnu prirodu podnošenja zahtjeva ne utječu uvjeti nacionalnog prava zbog kojih sud može ne primijeniti nacionalnu odredbu koju smatra suprotnom Ustavu.
56. U svjetlu prethodno rečenog, odgovor je na drugo pitanje da je na nacionalnom sudu, koji provodi postupak između pojedinaca, da osigura poštivanje načela nediskriminacije na temelju dobi, kojem je izričaj dala Direktiva 2000/78, ne primjenjujući, ako je potrebno, bilo koju suprotnu odredbu nacionalnog zakonodavstva, neovisno o tome hoće li upotrijebiti svoju ovlast da, u slučajevima spomenutim u drugom paragrafu članka 267. UFEU, traži od Suda pravde Europske unije prethodnu odluku o tumačenju tog načela.

Troškovi

41. Budući da su ovi postupci za stranke u glavnom postupku dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud. Troškovi nastali zbog podnošenja prigovora Sudu, osim troškova tih stranaka, nisu nadoknadiivi.

Na tim temeljima, Sud (Veliko vijeće) odlučuje:

1. **Pravo Europske unije, osobito načelo nediskriminacije na temelju dobi, kojemu je izričaj dala Direktiva Vijeća 2000/78/EC od 27. studenog 2000. o uspostavljanju općeg okvira za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju, mora se tumačiti tako da isključuje nacionalno zakonodavstvo koje predviđa da se trajanje radnog odnosa ostvareno prije nego što radnik navrší 25. godinu života ne uzima u obzir pri izračunu otkaznog roka.**
2. **Na nacionalnom je sudu, koji provodi postupak između pojedinaca, da osigura poštivanje načela nediskriminacije na temelju dobi, kojem je izričaj dala Direktiva 2000/78, ne primjenjujući, ako je potrebno, bilo koju suprotnu odredbu nacionalnog zakonodavstva, neovisno o tome hoće li upotrijebiti svoju ovlast da, u slučajevima spomenutim u drugom paragrafu članka 267. UFEU, traži od Suda pravde Europske unije prethodnu odluku o tumačenju tog načela.**

1.2 Načelo jednakosti u postupanju kao temeljno (ljudsko) pravo

Odluka *Kücükdeveci* (kao i *Mangold* ili *Bartch*) konkretna je podrška tvrdnji da se Sud koristi načelom jednakosti u postupanju kao načelom od posebne vrijednosti za funkcioniranje pravnog poretka, kako bi odredbama prava EU osigurao što učinkovitiju primjenu čime učvršćuje autoritet pravnog poretka EU prema nacionalnim poretcima država članica. Sve tri odluke u tom su smislu samo nastavak strategije koju je Sud počeo razvijati od samog početka odlukama kao što su, naprimjer, *Van Gend en Loos* ili *Cassis de Dijon* u ekonomskoj fazi izgradnje zajedničkog tržišta bez prepreka, odnosno odlukama kao što su *Defrenne* u fazi izgradnje „socijalno osjetljivog lica“ Europske unije.

Istovremeno, odluka *Kücükdeveci* ne pruža odgovor na bitno pitanje vezano uz doseg načela jednakosti u postupanju. Ima li to načelo ikakav učinak u sporovima koji nisu ušli u „doseg prava EU“? Odgovor je da, ima.

Najbolji primjer tog dosega možemo vidjeti u predmetu *Maruko*. *Maruko* je predmet koji se odnosi na diskriminaciju temeljem seksualne orijentacije. U središtu predmeta bio je spor oko odredbe njemačkog zakonodavstva koja je naizgled dozvoljavala poslodavcima da pristup mirovinskim pravima, koja ostaju iza preminulog zaposlenika za kojeg je poslodavac uplaćivao doprinose u privatni mirovinski fond, ograniči isključivo na preživjelog bračnog druga. S obzirom na to da je brak u Njemačkoj definiran kao zajednica žene i muškarca, takva praksa poslodavca onemogućila je pristup mirovinskim pravima preživjelim partnerima istospolnih obiteljskih zajednica.

Jedno od ključnih pitanja koje je *Maruko* postavio pred SPEU odnosilo se na pitanje podjele regulatornih nadležnosti između Europske unije i države članice. Niz država članica tvrdio je kako Sud ne bi smio donijeti odluku kako konkretna situacija predstavlja diskriminaciju temeljem seksualne orijentacije jer bi na taj način *de facto* ograničio nadležnosti država članice koje one nikad nisu prenijele Europskoj uniji. Ovaj argument temeljio se na činjenici kako pitanje uređenja građanskog statusa kao što je pitanje definicije braka predstavlja isključivu nadležnost država članica u koju Europska unija ne može zadirati. Što konkretno znači brak kao građanski status ne ovisi samo o spolu osoba koje stupaju u brak već i o konkretnim pravima i obvezama koje je država članica vezala uz taj status. Ono što su proponenti ovog stajališta u biti tvrdili jest, ako se želi izbjeći situacija gdje će državama članicama *de facto* ostati nadležnost da definiraju brak „samo u imenu“, da im se mora priznati nadležnost da definiraju i konkretna prava koja bi dala pravi, sadržajni smisao instituciji braka koji bi tu instituciju sadržajno razlučio od ostalih životnih zajednica kao što je istospolno partnerstvo.

Sud je odbacio takvo tumačenje podjele nadležnosti. U ključnom paragrafu 59. svojeg obrazloženja Sud je u svom klasičnom stilu „promjene perspektive“ istaknuo kako se „*priznaje da su građanski status i pripadajuće povlastice pitanja koja ulaze u nadležnost država članica*“. No, odmah nakon tog priznanja naglasio je da ta pozicija ima i svoju drugu stranu prema kojoj se „*u ostvarivanju te nadležnosti države članice moraju usuglasiti s pravom Zajednice te, osobito, s odredbama vezanim za načelo nediskriminacije*.“ Ovakva promjena perspektive nalazi svoju podršku u načelu nadređenosti prava EU nacionalnom pravu. Kada bi države članice mogle tumačiti svoje isključive nadležnosti na tako isključiv način koji su zastupale u sudskoj raspravi u predmetu *Maruko*, načelo nadređenosti, a s njim i učinkovitost pravne zaštite koje pravni poredak EU jamči građanima, došlo bi u pitanje. No, to nije jedina podrška koju uživa promjena perspektive. Kao što je navedeno, Sud je naglasio da države članice moraju usuglasiti način na koji koriste svoje nadležnosti *osobito* s odredbama vezanim za načelo diskriminacije. Razlog za taj „osobiti“ aspekt antidiskriminacijskih odredbi nalazimo u presudama koje su prethodile odluci *Maruko*. Promjena perspektive koju je Sud naglasio u obrazloženju svoje odluke u predmetu *Maruko* vuče svoje korijene (ponovno) iz odluka koje je Sud ranije donio u području jednakosti spolova. U predmetu C-13/94 *P. v. S.* Sud je odlučio kako nepovoljno postupanje od strane poslodavca uvjetovano činjenicom da je zaposlenica započela tranziciju iz jednog roda u drugi rod diskriminacija

koja je u „*bitnome, ako ne isključivo*“ uvjetovana spolom osobe.³ Obrazlažući ovakav zaključak, Sud je naglasio kako je „*dosljedno odlučivao da pravo pojedinca da ne trpi diskriminaciju temeljem spola temeljno ljudsko pravo čije poštovanje Sud ima dužnost osigurati*“, pritom se pozivajući na svoju odluku u predmetu *149/77 Defrenne*. Slijedom navedenoga, Sud je zaključio da bi, kada bi se Direktiva koja propisuje zabranu diskriminacije temeljem spola tumačila na način koji ne bi osigurao zaštitu od nepovoljnog postupanja temeljem transrodnog identiteta, takvo tumačenje prema toj osobi bilo jednako kao i negacija zaštite njezina „*dostojanstva i slobode na koju ona ima pravo i koju Sud ima dužnost osigurati*“.

Ovakav pristup dobio je svoju potvrdu te pokazao svoje dalekosežne učinke u presudi C-117/01 *K.B.*⁴ U *K.B.* predmetu tužiteljica je tvrdila kako je odluka mirovinskog fonda kojom je njezinoj partnerici uskraćen pristup pravu na mirovinu u slučaju smrti tužiteljice diskriminacija na temelju spola jer je odluka uvjetovana činjenicom kako je njena partnerica prošla postupak tranzicije iz jednog roda odnosno spola u drugi. Mirovinski fond svoju je odluku pravdao činjenicom kako pravo na mirovinu preminulog partnera imaju samo bračni drugovi. S obzirom na to da je englesko zakonodavstvo onemogućavalo pristup braku osobama od koje je jedna promjenila spolnu pripadnost na način da su obje osobe nakon tranzicije bile istog spola, mirovinski fond tvrdio je kako sporna odluka ne predstavlja diskriminaciju temeljem spola jer jednako pogađa i žene i muškarce koji su se odlučili na promjenu spolnog identiteta. U raspravi pred sudom Europska komisija zauzela je sličan stav tvrdeći kako sporno postupanje jest nepovoljno, ali nije uvjetovano spolom osobe, već činjenicom da tužiteljica i njezin partner ne mogu sklopiti brak prema engleskom zakonodavstvu. Svjesna propusnosti ovakvog argumenta (jer brak nisu mogle sklopiti zbog spolne pripadnosti), Komisija je tvrdila kako je Sud u svojoj odluci *Grant* „implicitno priznao“ kako je definicija braka stvar obiteljskog prava koje je u isključivoj nadležnosti država članica. Drugim riječima, Komisija je tvrdila upravo ono što su tvrdile i neke države članice u raspravi u predmetu *Maruko*.

Sud nije prihvatio ovakvu argumentaciju. Sud je priznao kako države članice imaju nadležnost ograničiti određene povlastice isključivo za bračne drugove isključujući sve druge oblike suživota osoba koje nisu sklopile brak. Sud je također priznao kako odluka o ograničavanju pristupa mirovini preminulog partnera samo na bračne drugove nije spolna diskriminacija „per se“ jer jednako pogađa i žene i muškarce. No, mijenjajući u svom stilu kut gledanja, Sud je također naglasio kako se u konkretnom sporu radi o nejednakosti u postupanju koje možda ne potkopava pravo koje u konkretnom slučaju pravni poredak EU jamči građanima (pristup mirovini preminulog partnera bez diskriminacije na temelju spola) na izravan način, ali utječe na uvjete za priznavanje tog prava (pristup instituciji braka). Iz te perspektive, jasno je kako tužiteljica i njezin partner stoga nisu mogli sklopiti brak jer država članica nije priznavala činjenicu promjene spolnog identiteta kao pravno relevantnu te su njih dvoje i dalje tretirani kao osobe istog spola. Sud je naglasio kako je takva praksa povreda ljudskog prava na pristup braku koje jamči Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava (koja je prema ranijoj praksi Suda izvor prava koje jamči pravni poredak EU), što je zaključio i sam Europski sud za zaštitu ljudskih prava u svojoj presudi *Goodwin*. Vodeći se ovom tvrdnjom, Sud je našao da s obzirom na to da nacionalno zakonodavstvo krši temeljno ljudsko pravo, odredbe i praksa koje priječe partneru tužiteljice da u slučaju njene smrti ostvari pristup njezinoj mirovini povređuje jamstva zabrane diskriminacije na temelju spola.

Iako presuda *Maruko* izričito ne spominje temeljna ljudska prava kao svoju podlogu (jer takvo što nije bilo niti potrebno kako bi Sud opravdao svoju odluku), ona ima svoje korijene i svoju podršku u navedenoj sudskoj praksi.

³ C-13/94 *P v S and Cornwall County Council* ECR [1996] I-02143. Dostupan na <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?check-texts=checkbox&val=212232%3Acs&pos=1&page=1&lang=en&pgs=10&nbl=1&list=212232%3Acs%2C&hwords=p%2Bv%2Bs%257E&action=GO&visu=%23texte>.

⁴ *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health* ECR [2004] I-00541. Dostupan na <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-117/01#>

C-267/06 Maruko ECR [2008] I-01757**Predmet C-267/06****Tadao Maruko****protiv****Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen**

(Zahtjev za prethodnom odlukom: Bayerisches Verwaltungsgericht München (Bavarski upravni sud u Münchenu))

(Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78/EC – Obiteljska mirovina prema obveznom mirovinskom sustavu – Koncept „plaće” – Odbijanje jer osobe u pitanju nisu u braku – Istospolni partneri – Diskriminacija na temelju seksualne orijentacije)

Sažetak presude

1. *Socijalna politika – Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78 – Djelokrug*

(članak 141. EZ; Direktiva Vijeća 2000/78)

2. *Socijalna politika – Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78 (Direktiva Vijeća 2000/78, članci 1. i 2.)*

1. Obiteljska mirovina ulazi u djelokrug Direktive Vijeća 2000/78 o općem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju ako je ta mirovina isplaćena prema obveznome mirovinskom sustavu kojim upravlja mirovinski fond za određenu kategoriju radnika; ako taj sustav proizlazi iz kolektivnog ugovora sklopljenog radi nadopune novčanih prava iz socijalnog osiguranja plativih prema nacionalnom zakonodavstvu općeg djelokruga; ako je taj sustav financiran isključivo od strane radnika i poslodavaca iz sektora u pitanju, bez ikakvog sufinanciranja od strane države, i namijenjen, u skladu s tim ugovorom, toj kategoriji radnika; te ako je iznos mirovine utvrđen s obzirom na razdoblje članstva u radnika koji je bio partner ovlašteniku i to u ukupnom iznosu doprinosa koje je taj radnik uplatio.

Takva se mirovina, dakle, mora klasificirati kao plaća u smislu članka 141. EZ, a na taj zaključak ne utječe činjenica da je mirovinski fond javno tijelo ili činjenica da je članstvo u sustavu kojim se stječe pravo na obiteljsku mirovinu obvezatno.

(vidi paragrafe 49-51, 53-57, 61, operativni dio 1)

2. Kombinacija odredba članaka 1. i 2. Direktive 2000/78 o općem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju isključuje zakonodavstvo prema kojemu, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima obiteljsku mirovinu jednaku onoj odobrenoj preživjelom bračnom drugu, iako, prema nacionalnom pravu, životno partnerstvo stavlja osobe istog spola u položaj usporediv s onim bračnih drugova što se tiče te obiteljske mirovine. Na nacionalnom je sudu da utvrdi je li preživjeli životni partner u položaju usporedivim s onim bračnog druga koji je ovlašten za obiteljsku mirovinu predviđenu prema obveznom mirovinskom sustavu kojom upravlja mirovinski sustav u pitanju.

(vidi paragrafe 69, 73, operativni dio 2)

PRESUDA SUDA (Veliko vijeće)

1. travnja 2008.

(Jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju – Direktiva 2000/78/EC – Obiteljska mirovina prema obveznom mirovinskom sustavu – Koncept „plaće” – Odbijanje jer osobe u pitanju nisu u braku – Istospolni partneri – Diskriminacija na temelju seksualne orijentacije)

U predmetu C-267/06,

ZAHTJEV za prethodnim mišljenjem na temelju članka 234. EZ upućen od Bayerisches Verwaltungsgericht München (Bavarski Upravni sud u Münchenu) (Njemačka), donesen na temelju odluke od 1. lipnja 2006., primljen na Sud 20. lipnja 2006., u postupku

Tadao Maruko

protiv

Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen,

SUD (Veliko vijeće),

sastavljen od V. Skourisa, predsjednika, P. Janna, C.W.A. Timmermansa, A. Rosasa, K. Lenaertsa i L. Bay Larsena, predsjednika vijeća, K. Schiemanna, J. Makarczyka, P. Kūrisa, J. Klučka (izvjestitelja), A. Ó Caoimha, P. Lindha and J.-C. Bonichota, sudaca,

nezavisni odvjetnik: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

zapisničar: J. Swedenborg, administrator,

uzimajući u obzir pisani postupak i ročište održano 19. lipnja 2007.,

nakon razmatranja primjedbi podnesenih u ime:

- gospodina Maruka, po H. Graupneru, R. Wintemuteu and M. Brunsu, odvjetnicima,
 - Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen, po C. Drawsu and P. Rammertu kao zastupnicima, uz pomoć A. Bartoscha and T. Gruppa, odvjetnika,
 - nizozemske Vlade, po C. Wisselsu kao zastupniku,
 - Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, po V. Jacksonu kao zastupniku, i po T. Wardu, odvjetniku,
 - Komisije Europske Zajednice, po J. Enegrenu i I. Kaufmann-Bühleru kao zastupnicima,
- nakon saslušanja Mišljenja nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 6. rujna 2007., donosi sljedeću

Presudu

1 Ovaj zahtjev za prethodnom odlukom odnosi se na tumačenje članka 1., članka 2. (2)(a) i (b) (i) te članka 3.(1)(c) i (3) Direktive Vijeća 2000/78/EC od 27. studenog 2000. o uspostavljanju općeg okvira za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju (OJ 2000 L 303, str. 16.; „Direktiva 2000/78” ili „Direktiva”)

2 Zahtjev je podnesen u postupku između gospodina Maruka i Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen (Njemačka kazališna mirovinska institucija, „Vddb”) o odbijanju posljednjeg da prizna pravo gospodina Maruka na udovčevu mirovinu kao dijela obiteljske mirovine predviđene prema obveznom mirovinskom sustavu kojemu je pripadao umrli životni partner.

Pravni kontekst

Propisi Zajednice

3 Recitali 13 i 22 preambule Direktive 2000/78 glase:

„(13) Ova Direktiva ne primjenjuje se na sustave socijalne sigurnosti i socijalne zaštite čije se naknade ne tretiraju kao prihodi u smislu koji taj izraz ima radi primjene članka 141. Ugovora o EZ, niti na uplate od strane države kojima se želi omogućiti pristup zapošljavanju ili zadržavanje posla.

...

(22) Ova Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalne zakone o bračnome statusu i pripadajuće povlastice.”

4 Članak 1. Direktive 2000/78 predviđa:

„Svrha je ove Direktive utvrditi opći okvir za borbu protiv diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije koja se odnosi na zapošljavanje i zanimanje, s ciljem započinjanja s primjenom načela jednakog postupanja u državama članicama.”

5 Prema članku 2. Direktive:

„1. Radi potreba ove Direktive, „načelo jednakog postupanja” značit će zabranu bilo kojeg oblika izravne ili neizravne diskriminacije na bilo kojoj osnovi iz članka 1.

2. Radi potreba stavka 1.:

(a) smatrat će se da izravna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji, temeljem bilo koje osnove iz članka 1.;

(b) smatrat će se da postoji neizravna diskriminacija kada bi naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa mogla staviti osobe određene vjere ili uvjerenja, određenog invaliditeta, određene dobi, ili određene seksualne orijentacije u nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe, osim ako su:

(i) odredba, kriterij ili praksa objektivno opravdani legitimnim ciljem, a sredstva postizanja tog cilja su opravdana i nužna, ...

...”

6 Članak 3. Direktive glasi:

„Unutar granica područja nadležnosti prenesenih na Zajednicu, ova Direktiva primjenjivat će se na sve osobe, s obzirom na javni i privatni sektor, uključujući javna tijela, u odnosu na:

...

(c) Zapošljavanje i uvjete rada, uključujući otkaz i plaću;

...

3. Ova Direktiva ne primjenjuje se na uplate bilo koje vrste iz državnih ili sličnih sustava, uključujući i državne sustave socijalne sigurnosti i socijalne zaštite.

...”

7 Prema prvom paragrafu članka 18. Direktive 2000/78, države članice dužne su usvojiti zakone, propise i upravne odredbe potrebne za provođenje direktive najkasnije do 2. prosinca 2003., ili, što se tiče odredbi o kolektivnim ugovorima, mogu povjeriti provođenje Direktive socijalnim partnerima. Međutim, u tom slučaju države članice dužne su osigurati da, ne kasnije od 2. prosinca 2003., socijalni partneri ugovorima uvedu potrebne mjere, s time da se od država članica u pitanju zahtjeva da poduzmu sve mjere potrebne kako bi omogućile da u svako vrijeme budu sposobne garantirati rezultate nametnute Direktivom. Također, bez odlaganja moraju obavijestiti Komisiju Europske zajednice o tim mjerama.

Nacionalno zakonodavstvo

Zakon o registriranom životnom partnerstvu

8 Članak 1. Zakona o registriranom životnom partnerstvu (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) od 16. veljače 2001. (BGBl. 2001 I, str. 266.), izmijenjen i dopunjen Zakonom od 15. prosinca 2004. (BGBl. 2004 I, str. 3396., ‘LPartG’), propisuje:

„(1) Dvije osobe istog spola osnivaju partnerstvo kada obje očituju, osobno i u prisutnosti drugoga, da žele živjeti zajedno u partnerstvu za cijeli život (kao životni partneri). Očitovanja ne smiju biti uvjetna niti za određeno razdoblje. Očitovanja su djelotvorna ako su dana pred nadležnim tijelom.

(2) Partnerstvo ne može biti valjano osnovano:

1. s osobom koja je maloljetna ili je u braku ili već živi u partnerstvu s trećom osobom;
2. između rođaka u uzlaznoj ili silaznoj liniji;
3. između braće i sestara s istom majkom i istim ocem, s istom majkom ili s istim ocem;
4. ako, u vrijeme osnivanja partnerstva, partneri odbiju prihvatiti dužnosti iz članka 2.

...”

9 Članak 2. LpartG-a propisuje:

„Životni partneri moraju se podržavati i brinuti jedan o drugome te se međusobno obvezati na životno partnerstvo. Svaki će prihvatiti svoje odgovornosti s obzirom na drugoga.”

10 Prema članku 5. tog Zakona:

„Oba životna partnera dužna su odgovarajuće doprinositi zajedničkim potrebama partnerstva svojim radom i svojom imovinom. Druga rečenica članka 1360., članak 1360a i članak 1360b Građanskog zakonika, te drugi stavak članka 16., analogno se primjenjuju.”

11 Članak 11. (1) tog Zakona propisuje:

„Osim ako drugačije nije propisano, životni partneri smatrat će se članovima obitelji drugog životnog partnera.”

Zakonodavstvo o mirovini udovice ili udovca

12 LpartG-om njemačko je zakonodavstvo uvelo izmjene i dopune VI. knjige Zakonika o socijal-

noj sigurnosti – zakonski starosni mirovinski sustavi (Sozialgesetzbuch VI – Gesetzliche Rentenversicherung).

13 Članak 46. VI. knjige, u izdanju na snazi od 1. siječnja 2005 (Zakonik o socijalnoj sigurnosti), propisuje:

„(1) Udovice ili udovci koji se nisu preudali imat će pravo, nakon smrti osiguranog bračnog druga, na malu mirovinu udovice ili udovca, ukoliko je osigurani bračni drug bio osiguran tijekom općeg kvalifikacijskog razdoblja. Ovo je pravo ograničeno maksimalnim trajanjem od 24 kalendarska mjeseca od mjeseca nakon osiguranikove smrti.

...

(4) Radi utvrđivanja prava na mirovinu udovice ili udovca osnivanje životnog partnerstva tretirat će se kao jednako kao osnivanje braka, životno partnerstvo jednako kao brak, preživjeli partner jednako kao udovica ili udovac, a životni partner jednako kao bračni drug. Raskid ili poništenje novoga partnerstva tretirat će se jednako kao odgovarajući raskid ili poništenje braka.”

14 VI. knjiga sadrži i ostale slične odredbe o tretiranju životnog partnerstva jednako kao braka, osobito članak 47. (4), članak 90. (3), članak 107. (3) te članak 120.e (1).

Kolektivni ugovor za njemačka kazališta

15 Članak 1. Kolektivnog ugovora za njemačka kazališta (Tarifordnung für die Deutschen Theater) od 27. listopada 1937. (Reichsarbeitsblatt 1937 VI, str. 1080.; „Kolektivni ugovor”) predviđa: „(1) Svaka pravna osoba koja obavlja kazališnu djelatnost unutar Reicha mora plaćati, u ime kazališnih profesionalaca zaposlenih u prostoru kazališta, doprinose za starosnu i obiteljsku mirovinu, u skladu s odredbama koje slijede, te dati pisanu obavijest o uplaćenim doprinosima svakom kazališnom profesionalcu u svom osoblju.

(2) U dogovoru sa zainteresiranim ministrima Reicha, ministar za narodno prosvjetljenje i propagandu odredit će osiguravajuću instituciju te utvrditi uvjete osiguranja (propise). Također će odrediti datum od kojeg se doprinosi moraju uplaćivati, što je obvezujuće prema ovom Ugovoru.

(3) Za potrebe ovog Ugovora, kazališni profesionalci su osobe koje su, prema Zakonu o komori Reicha za kulturu i ostalom mjerodavnom zakonodavstvu, obvezni članovi Kazališne komore Reicha (scenski odjel), posebice: producenti, glumci, dirigenti, redatelji, scenaristi, ravnatelji zborova, treneri, scenografi, šaptači i osobe sličnog zanimanja, tehničko osoblje (naprimjer, vodeći ljudi u pomoćnom osoblju, osobe zadužene za kulisu i scensku dekoraciju, kostimografi i osobe sličnog zanimanja, ako su odgovorni za rad svog odjela), zajedno s koreografima, članovima zbora, plesačima i frizerima.”

16 Članak 4. Kolektivnog ugovora predviđa:

Kazališni operater i kazališni profesionalac snosit će svaki po polovicu premije osiguranja. Kazališni operater mora doznačiti premije osiguranja osiguravajućoj instituciji.”

Statut Vddb-a

17 Članci 27, 32 i 34 Statuta Vddb-a predviđaju:

„Članak 27. – Osobine mirovine i opći uvjeti

(1) Pravo na mirovinu nastaje u sljedećim slučajevima: nesposobnost za rad ili invalidnost, prijevremena mirovina, dob uobičajena za odlazak u mirovinu te smrt.

(2) U praksi, institucija će isplaćivati mirovinu udovici (članci 32. i 33.) i udovcu (članak 34.) putem obiteljske mirovine ako je, netom prije slučaja temeljem kojeg je nastalo pravo na mirovinu, osigurana osoba bila obvezno osigurana, svojevóljno osigurana ili produženo osigurana, te ako je proteklo kvalifikacijsko razdoblje...

...

Članak 32 – Mirovina udovice

(1) Supruga osiguranog ili umirovljenog muškarca, ako je brak postojao na dan muškarčeve smrti, imati će pravo na mirovinu udovice.

...

Članak 34. – Mirovina udovca

(1) Suprug osigurane ili umirovljene žene, ako je brak postojao na dan ženine smrti, imat će pravo na mirovinu udovca.

...”

18 Članak 30. (5) Statuta Vddb-a propisuje postupak za određivanje iznosa mirovine s obzirom na koji se računa i obiteljska mirovina.

Glavni postupak i pitanja upućena na prethodnu odluku

19 8. studenog 2001., u skladu s člankom 2. LpartG-a u njegovoj početnoj verziji, gospodin Maruko sklopio je životno partnerstvo s kostimografom.

20 Životni partner gospodina Maruka bio je član Vddb-a od 1. rujna 1959. te je svojevolumno nastavljao pridonositi toj instituciji čak i u razdobljima kad nije bio obavezan biti članom.

21 Životni partner gospodina Maruka umro je 12. siječnja 2005.

22 Pismom od 17. veljače 2005., gospodin Maruko prijavio se Vddb-u za mirovinu udovca. Odlukom od 28. veljače 2005., Vddb je odbio njegovu prijavu na temelju toga što njihovi propisi ne priznaju takvo pravo preživjelim životnim partnerima.

23 Gospodin Maruko podnio je tužbu Bayerisches Verwaltungsgericht München (Bavarskom upravnom sudu u Münchenu), sudu koji je podnio zahtjev za prethodnom odlukom. Prema gospodinu Maruku, Vddb-ovo odbijanje krši načelo jednakog postupanja s obzirom na to da, od 1. siječnja 2005., njemačko zakonodavstvo podvrgava životno partnerstvo i brak jednakim uvjetima, osobito uvođenjem članka 46. (4) u Zakonik o socijalnoj sigurnosti. Oспорavati osobi čiji je životni partner umro pravo na obiteljsku mirovinu pod istim uvjetima kao preživjelom bračnom drugu diskriminacija je na temelju seksualne orijentacije te osobe. Prema mišljenju gospodina Maruka, životni su partneri stavljeni u nepovoljniji položaj od bračnih drugova, iako se, kao i bračni drugovi, moraju podržavati i brinuti jedan o drugome, iako su međusobno obvezani na životno partnerstvo te iako svaki prihvaća odgovornosti s obzirom na drugoga. Pravila o imovini životnih partnera u Njemačkoj su jednaka onima o imovini bračnih drugova.

24 Nacionalni sud želi saznati, prvo, može li se mirovinski sustav kojim upravlja Vddb smatrati jednakim državnim sustavu socijalnog osiguranja u smislu članka 3. (3) Direktive 2000/78 te je li taj sustav izvan djelokruga te direktive. Sud tvrdi da je činjenica što je članstvo u Vddb-u zakonska obveza te što ne dolazi u obzir pregovaranje takvog članstva u bilo kojem kazališnom poduzeću pokazatelj te jednakosti. Međutim, nacionalni sud također je napomenuo da, izvan razdoblja provedenih u radnom odnosu, kazališni profesionalci imaju mogućnost svojevolumno nastaviti članstvo u mirovinskom sustavu; da je sustav utemeljen na načelu kapitalizacije; da kazališno poduzeće i osigurana osoba plaćaju svaki po polovici doprinosa; te da Vddb upravlja i uređuje svoje aktivnosti autonomno, bez upletanja saveznog zakonodavstva.

25 Nacionalni sud tvrdi da se, u pogledu strukture Vddb-a i odlučnog utjecaja kazališnih poduzeća i osiguranih osoba nad njegovim radom, naginje mišljenju da Vddb ne upravlja sustavom jednako kao što se upravlja državnim sustavom socijalnog osiguranja, u smislu članka 3. (3) Direktive 2000/78.

26 Nacionalni sud želi saznati, drugo, može li se obiteljsku mirovinu u pitanju smatrati „plaćom” u smislu članka 3. (1) Direktive 2000/78, što bi opravdalo primjenu Direktive. Nacionalni sud tvrdi da, kao opće pravilo, u svjetlu prakse Suda mirovina koja se isplaćuje preživjelima ulazi u djelokrug tog koncepta „plaće”. Prema nacionalnom sudu, na takvo tumačenje ne utječe činjenica da se obiteljsku mirovinu u pitanju ne isplaćuje radniku, nego njegovom preživjelom partneru jer je pravo na takvu mirovinu korist koja proizlazi iz radnikova članstva u mirovinskom sustavu kojim upravlja Vddb, tako da mirovina pripada preživjelom partneru radnika na temelju radnog odnosa poslodavca i radnika u pitanju.

27 Nacionalni sud želi saznati, treće, isključuje li kombinacija odredbi članka 1. i članka 2. (2) (a) Direktive 2000/78 odredbe propisa kao što su oni Vddb-a, prema kojima osoba čiji je životni partner umro ne prima obiteljsku mirovinu jednaku onoj ponuđenoj preživjelom bračnom drugu, iako su, kao i bračni drugovi, životni partneri živjeli u zajednici međusobne potpore i pomaganja koja je formalno osnovana za cijeli život.

28 Prema nacionalnom sudu, iz razloga što ovaj slučaj ulazi u djelokrug Direktive 2000/78 i što postoji diskriminacija, gospodin Maruko može se osloniti na odredbe Direktive.

29 Nacionalni sud dodaje da je, za razliku od heteroseksualnih parova koji mogu sklopiti brak te koji, ako nastupi osigurani slučaj, imaju pravo na obiteljsku mirovinu, osiguranoj osobi i tužitelju u glavnom postupku zbog njihove seksualne orijentacije nemoguće zadovoljiti uvjete vezane za brak o kojima ovisi pravo na takvu mirovinu prema mirovinskom sustavu kojim upravlja Vddb. Prema mišljenju nacionalnog suda, moguće je da kombinacija odredbi članaka 1. i 2. (2) (a) Direktive 2000/78 isključuje odredbe kao što su one iz Statuta Vddb-a prema kojima se pravo na tu mirovinu ograničava na preživjele bračne drugove.

30 Ako kombinacija odredbi članaka 1. i 2. (2)(a) Direktive 2000/78 isključuje takve odredbe u propisima kao što su oni Vddb-a, nacionalni sud želi saznati, četvrto, je li diskriminacija na temelju seksualne orijentacije dopuštena u smislu recitala 22. preambule te direktive.

31 Nacionalni sud primjećuje da sadržaj tog recitala nije odražen u izreci Direktive 2000/78. Zanima ga može li takav recital ograničiti djelokrug Direktive. Nacionalni sud smatra da, u pogledu važnosti načela jednakog postupanja prava Zajednice, nije prikladno široko tumačiti recitale Direktive. Povezano s time, nacionalni sud želi saznati je li, u predmetu pred njim, Vddb-ovo odbijanje da isplati obiteljsku mirovinu osobi čiji je životni partner umro diskriminacija koja je dopustiva iako se temelji na seksualnoj orijentaciji.

32 Peto, nacionalni sud želi saznati je li, u skladu s predmetom C-262/88 *Barber* ([1990] ECR I-1889), pravo na obiteljsku mirovinu ograničeno na razdoblja nakon 17. svibnja 1990. Nacionalni sud tvrdi da odredbe nacionalnog prava u pitanju u glavnom postupku potpadaju pod članak 141. EZ te da se na izravan učinak tog članka može osloniti samo s obzirom na mirovine isplative za razdoblja zaposlenosti nakon 17. svibnja 1990. Nacionalni se sud u tom pogledu poziva na predmet C-200/91 *Coloroll Pension Trustees* ([1994] ECR I-4389).

33 U tim okolnostima Bayerisches Verwaltungsgericht München odlučio je zastati s postupkom i uputiti sljedeća pitanja Sudu pravde na prethodnu odluku:

„1. Je li obvezni profesionalni mirovinski sustav, kao što je sustav u ovom predmetu kojim upravlja Vddb, sustav sličan državnim sustavima u smislu članka 3. (3) Direktive Vijeća 2000/78 ... ?

2. Mogu li se mirovine koje preživjelima isplaćuje obvezna profesionalna mirovinska institucija u obliku mirovine udovice/udovca smatrati plaćom u smislu članka 3. (1)(c) Direktive 2000/78 ... ?

3. Isključuje li članak 1. zajedno s člankom 2. (2)(a) Direktive 2000/78 ... propise koji uređuju dodatni mirovinski sustav prema kojem registrirani partner ne prima nakon smrti njegova partnera obiteljsku mirovinu jednaku onoj koja je na raspolaganju bračnim drugovima iako, kao i bračni drugovi, registrirani partneri žive u zajednici međusobne potpore i pomaganja koja je formalno osnovana za cijeli život?

4. Ako se na prethodna pitanja pozitivno odgovori: Je li diskriminacija na temelju seksualne orijentacije dopustiva prema preambuli Direktive 2000/78 ... ?

5. Je li pravo na obiteljsku mirovinu ograničeno na razdoblja nakon 17. svibnja 1990. u svjetlu sudske prakse iz predmeta *Barber* [citiran iznad]?”

Pitanja upućena na prethodnu odluku

Prvo, drugo i četvrto pitanje

34 Prvim, drugim i četvrtim pitanjem, na koje je primjereno zajedno odgovoriti, nacionalni sud želi saznati, u biti, spada li obiteljska mirovina plativa prema profesionalnom mirovinskom sustavu kao što je onaj kojim upravlja Vddb u djelokrug Direktive 2000/78.

Primjedbe podnesene Sudu

35 S obzirom na prvo i drugo upućeno pitanje, Vddb smatra da je sustav kojim upravlja zakonski sustav socijalnog osiguranja te da se obiteljsku mirovinu u pitanju u glavnom postupku ne može smatrati „plaćom” u smislu članka 3. (1)(c) Direktive 2000/78. Ta je mirovina, dakle, izvan djelokruga te direktive.

36 U prilog tom stajalištu, VddB tvrdi, među ostalim, da je tijelo uređeno javnim pravom i dio je savezne državne uprave te da je mirovinski sustav u pitanju u glavnom postupku obvezni sustav utemeljen na zakonu. VddB nadodaje da Kolektivni ugovor ima zakonsku snagu te je integriran, zajedno sa Statutom VddB-a, u unifikacijski ugovor od 31. kolovoza 1990. te da se obavezno članstvo primjenjuje na kategorije radnika definirane u općim uvjetima. Obiteljska mirovina u pitanju u glavnom postupku nije izravno povezana s određenim zaposlenjem, već s općim stajalištima socijalne politike. Ne ovisi izravno o proteku razdoblja zaposlenosti, a iznos nije određen s obzirom na posljednju isplaćenu plaću.

37 Komisija smatra, s druge strane, da obiteljska mirovina u pitanju u glavnom postupku spada u djelokrug Direktive 2000/78, budući da se isplaćuje s obzirom na radni odnos između osobe i njegovog poslodavca, posljedica čega je obvezno članstvo zaposlenika u VddB-u. Iznos mirovine utvrđuje se s obzirom na osigurano razdoblje i uplaćene doprinose.

38 Što se tiče četvrtog pitanja, i gospodin Maruko i Komisija primjećuju da sadržaj recitala 22. preambule Direktive 2000/78 nije odražen u izreci Direktive. Prema gospodinu Maruku, da su propisi Zajednice htjeli isključiti sve mirovine vezane uz građanski status iz djelokruga Direktive 2000/78, sadržaj bi tog recitala bio predmet pojedine odredbe u izreci Direktive. Prema Komisiji, taj recital samo navodi da Europska unija nema nadležnost u pogledu građanskog statusa.

39 VddB i Vlada Ujedinjenog Kraljevstva smatraju da, među ostalim, recital 22. preambule Direktive 2000/78 sadrži jasnu i opću iznimku te da određuje djelokrug Direktive. Direktiva se ne primjenjuje na odredbe nacionalnog zakona o građanskom statusu ili o povlasticama koje ovise o tom statusu, kao što je obiteljska mirovina u pitanju u glavnom postupku.

Odgovor Suda

40 Jasno je prema članku 3. (1) i (3) Direktive 2000/78 da se Direktiva primjenjuje na sve osobe s obzirom na javni i privatni sektor, uključujući javna tijela, između ostalog, u odnosu na uvjete plaće te se ne primjenjuje na uplate bilo koje vrste iz državnih ili sličnih sustava, uključujući i državne sustave socijalne sigurnosti i socijalne zaštite.

41 Djelokrug Direktive 2000/78 mora se razumjeti na način da – u svjetlu tih odredba citanih zajedno s recitalom 13. preambule Direktive – isključuje sustave socijalne sigurnosti i socijalne zaštite, čije povlastice nisu jednake „plaći” u smislu primjene članka 141. EZ ili uplatama bilo koje vrste od strane države s ciljem omogućavanja pristupa zapošljavanju ili zadržavanja posla.

42 Mora se, stoga, utvrditi može li se obiteljsku mirovinu odobrenu prema profesionalnom mirovinskom sustavu kao što je onaj kojim upravlja VddB smatrati jednakom „plaći” u smislu članka 141. EZ.

43 Članak 141. EZ predviđa da „plaća” znači redovna osnovna ili minimalna zarada ili dohodak te svaka druga naknada u gotovini ili u naravi, koji radnik prima izravno ili neizravno, s obzirom na svoju zaposlenost, od svog poslodavca.

44 Kao što je Sud već odlučio (vidi predmet C-109/91 *Ten Oever* [1993] ECR I-4879, paragraf 8, i predmet C-7/93 *Beune* [1994] ECR I-4471, paragraf 21), činjenica da su neke naknade isplaćene nakon prestanka radnog odnosa ne sprječava ih da se smatraju „plaćom” u smislu članka 141. EZ.

45 Time je Sud priznao da obiteljska mirovina, odobrena prema profesionalnom mirovinskom sustavu koji je uređen kolektivnim ugovorom, ulazi u djelokrug članka 141. EZ. Sud je naveo da činjenica što se takva mirovina, po svojoj definiciji, isplaćuje preživjelome a ne radniku, ne može utjecati na takvo tumačenje jer, kako ta mirovina proizlazi iz članstva umrlog bračnog druga u tom sustavu, mirovina pripada preživjelome na temelju radnog odnosa poslodavca i umrlog bračnog druga te se isplaćuje preživjelome zbog zaposlenosti njegovog bračnog druga. (vidi *Ten Oever*, paragrafi 12 i 13; *Coloroll Pension Trustees*, paragraf 18; predmet C-147/95 *Evrenopoulos* [1997] ECR I-2057, paragraf 22; i predmet C-379/99 *Menauer* [2001] ECR I-7275, paragraf 18).

46 Štoviše, radi utvrđivanja potpada li starosna mirovina – temeljem koje se, ako nastane potreba, kao što je nastala u ovom slučaju, izračunava obiteljska mirovina – u djelokrug članka 141. EZ, Sud je naveo da, od kriterija za identifikaciju mirovinskog sustava koje je stvorio obzirom na

okolnosti, kriterij koji se može pokazati odlučnim jest isplaćuje li se starosna mirovina radniku zbog radnog odnosa između njega i njegovog bivšeg poslodavca, odnosno kriterij zaposlenosti, utemeljen na tekstu tog članka (vidi, u tom smislu, *Beune*, paragraf 43; *Evrenopoulos*, paragraf 19; predmet C-366/99 *Griesmar* [2001] ECR I-9383, paragraf 28; predmet C-351/00 *Niemi* [2002] ECR I-7007, paragrafi 44 i 45; te spojene predmete C-4/02 i C-5/02 *Schönheit and Becker* [2003] ECR I-12575, paragraf 56).

47 Priznaje se da se taj kriterij ne može smatrati isključivim budući da se mirovine isplaćene prema zakonskom sustavu mirovinskog osiguranja mogu, u potpunosti ili djelomično, smatrati plaćom s obzirom na rad (*Beune*, paragraf 44; *Evrenopoulos*, paragraf 20; *Griesmar*, paragraf 29; *Niemi*, paragraf 46; and *Schönheit and Becker*, paragraf 57).

48 Međutim, okolnosti socijalne politike, državne organizacije, etike ili čak proračunskih potrebi koje su utjecale ili su mogle utjecati na osnivanje sustava od strane države ne mogu prevladati ako se mirovina odnosi samo na određenu kategoriju radnika, ako je izravno povezana s ostvarenim radnim stažom te ako se njezin iznos računa s obzirom na posljednju isplaćenu plaću (*Beune*, paragraf 45; *Evrenopoulos*, paragraf 21; *Griesmar*, paragraf 30; *Niemi*, paragraf 47; and *Schönheit and Becker*, paragraf 58).

49 S obzirom na obvezni profesionalni mirovinski sustav kojim upravlja Vddb, mora se primijetiti, prvo, da potječe iz Kolektivnog ugovora koji je, prema informacijama koje je pružio nacionalni sud, sklopljen kao nadopuna novčanim pravima iz socijalnog osiguranja plativim prema nacionalnom zakonodavstvu općeg djelokruga.

50 Drugo, opće je stajalište da se taj sustav financira isključivo od strane radnika i poslodavaca u odnosnom sektoru, bez ikakvog sufinanciranja od strane države.

51 Treće, jasno je iz dokumenata podnesenih Sudu da je sustav namijenjen, u skladu s člankom 1. Kolektivnog ugovora, kazališnim profesionalcima zaposlenim u njemačkim kazalištima.

52 Kao što je naveo nezavisni odvjetnik u točki 70. svojeg Mišljenja, priznanje prava na obiteljsku mirovinu zahtjeva da je bračni drug osobe koja će primati mirovinu bio član Vddb-a prije smrti. To je članstvo obavezno za kazališne profesionalce zaposlene u njemačkim kazalištima. Članovi su također i određene osobe koje svojevrijem odlučuju postati članovima Vddb-a, ako je takvo članstvo moguće, odnosno ako osobe u pitanju mogu dokazati da su prethodno bile zaposlene u kazalištu u Njemačkoj određeni broj mjeseci.

53 Ti obvezni i svojevrijem članovi, dakle, čine pojedinu kategoriju radnika.

54 Nadalje, što se tiče kriterija da mirovina mora biti izravno povezana s razdobljem ostvarenog radnog staža, mora se primijetiti da je, prema članku 30. (5) Statuta Vddb-a, iznos starosne mirovine, temeljem koje se računa obiteljska mirovina, određen s obzirom na razdoblje radnikovog članstva, što je logična posljedica strukture profesionalnog mirovinskog sustava u pitanju koju čine dvije vrste članstva, kao što je rečeno u paragrafima 52. i 53. ove presude.

55 Iznos te starosne mirovine nije određen zakonom; štoviše, prema članku 30. (5) Statuta Vddb-a, izračunat je temeljem ukupnog iznosa doprinosa uplaćenih za vrijeme radnikovog članstva, na koji se primjenjuje indeksirani faktor.

56 Slijedi da, kao što je nezavisni odvjetnik istaknuo u točki 72. svojeg Mišljenja, obiteljska mirovina u glavnom postupku proizlazi iz radnog odnosa životnog partnera gospodina Maruka te se stoga mora smatrati „plaćom” u smislu članka 141. EZ.

57 Na taj zaključak ne utječe činjenica da je Vddb javno tijelo (vidi, u tom smislu, *Evrenopoulos*, paragrafi 16 i 23) ili činjenica da je članstvo u sustavu kojim nastaje pravo na obiteljsku imovinu u pitanju u glavnom postupku obvezatno (vidi, s tim učinkom, *Evrenopoulos*, paragrafi 16 i 23).

58 Što se tiče važnosti recitala 22. preambule Direktive 2000/78, taj recital navodi da Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalne zakone o bračnom statusu i pripadajuće povlastice.

59 Priznaje se da su građanski status i pripadajuće povlastice pitanja koja ulaze u nadležnost država članica i pravo Zajednice ne umanjuje tu nadležnost. Međutim, mora se napomenuti da se u ostvarivanju te nadležnosti države članice moraju usuglasiti s pravom Zajednice te, osobito, s odredbama vezanim za načelo nediskriminacije (vidi, u tom smislu, predmet C-372/04 *Watts*

[2006] ECR I-4325, paragraf 92, i predmet C-444/05 *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185, paragraf 23).

60 Budući da se obiteljska mirovina kao što je ona u pitanju u glavnom postupku smatra „plaćom” u smislu članka 141. EZ te da ulazi u djelokrug Direktive 2000/78, iz razloga navedenih u paragrafima 49 do 57 ove presude, recital 22 preambule Direktive 2000/78 ne može utjecati na primjenu Direktive.

61 U tim okolnostima, odgovor na prvo, drugo i četvrto pitanje mora biti da obiteljska mirovina odobrena prema profesionalnom mirovinskom sustavu kao što je onaj kojim upravlja Vddb ulazi u djelokrug Direktive 2000/78.

Treće pitanje

62 Trećim pitanjem nacionalni sud želi saznati isključuje li kombinacija članaka 1. i 2. Direktive 2000/78 zakonodavstvo kao što je ono u pitanju u glavnom postupku prema kojem, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima obiteljsku mirovinu jednaku onoj koja je odobrena preživjelom bračnom drugu, iako, kao i bračni drugovi, životni partneri žive u zajednici međusobne potpore i pomaganja koja je formalno osnovana za cijeli život.

Primjedbe podnesene Sudu

63 Gospodin Maruko i Komisija smatraju da odbijanje da se preživjelim životnim partnerima odobri obiteljska mirovina u pitanju u glavnom postupku predstavlja neizravnu diskriminaciju u smislu Direktive 2000/78, budući da dvije osobe istog spola ne mogu sklopiti brak u Njemačkoj te se, vezano uz to, ne mogu kvalificirati za tu mirovinu, pravo na koju je rezervirano za preživjele bračne drugove. Prema njihovu su mišljenju bračni drugovi i životni partneri u usporedivom pravnom položaju koji opravdava odobravanje te mirovine preživjelim životnim partnerima.

64 Prema Vddb-u, ne postoji ustavna obveza na jednako tretiranje braka i životnog partnerstva ako se tiče zakona o socijalnoj sigurnosti ili o mirovinama. Životno je partnerstvo institucija sui generis te je novi oblik građanskog statusa. Ne može se zaključiti iz njemačkog zakonodavstva da postoji obaveza jednako postupati prema životnim partnerima, s jedne strane, i bračnim drugovima, s druge.

Odgovor Suda

65 U skladu s člankom 1., svrha je Direktive 2000/78 borba protiv određenih oblika diskriminacije u odnosu na zapošljavanje i zanimanje, uključujući ono na temelju seksualne orijentacije, s ciljem započinjanja s primjenom načela jednakog postupanja u državama članicama.

66 Prema članku 2. Direktive 2000/78, „načelo jednakog postupanja” znači zabranu bilo kojeg oblika izravne ili neizravne diskriminacije na bilo kojoj osnovi iz članka 1. Direktive. U skladu s člankom 2. (2)(a) Direktive 2000/78, izravna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji, temeljem bilo koje osnove iz članka 1. Direktive. Članak 2. (2)(b)(i) navodi da neizravna diskriminacija postoji kada bi naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa mogla staviti osobe određene vjere ili uvjerenja, određenog invaliditeta, određene dobi ili određene seksualne orijentacije u nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe, osim ako su ta odredba, kriterij ili praksa objektivno opravdani legitimnim ciljem, a sredstva postizanja tog cilja opravdana su i nužna.

67 Jasno je prema informacijama pruženim u zahtjevu za prethodnim mišljenjem da je, od 2001. – godine kada je LpartG, u svojoj početnoj verziji, stupio na snagu – Savezna Republika Njemačka izmijenila svoj pravni sustav kako bi dozvolila osobama istog spola da žive u zajednici međusobne potpore i pomaganja koja je formalno osnovana za cijeli život. Odlučivši ne dozvoliti tim osobama sklapanje braka, koji je ostao dostupan isključivo osobama različitog spola, ta je država članica za osobe istog spola stvorila drugačiji režim, životno partnerstvo, čiji se uvjeti postupno ujednačavaju s onima koji se primjenjuju na brak.

68 Nacionalni je sud primijetio da je Zakon od 15. prosinca 2004. pridonio postupnom ujednačavanju režima uspostavljenog za životno partnerstvo s onim primjenjivim na brak. Tim je zakonom njemačko zakonodavstvo izmijenilo i dopunilo VI. knjigu Zakonika o socijalnoj sigurnosti

– zakonski starog mirovinskog sustava, uvođenjem, među ostalim, četvrtog paragrafa u članak 46. te knjige, prema kojem je jasno da se životno partnerstvo tretira jednako braku u pogledu mirovine udovice ili udovca iz te odredbe. Shodno su izmijenjene i dopunjene ostale odredbe VI. knjige.

69 Nacionalni sud smatra da, u pogledu ujednačavanja braka i životnog partnerstva, što smatra postupnim napretkom u priznavanju jednakosti, kao posljedicom pravila uvedenih LpartG-om te, posebice, izmjenama i dopunama prema Zakonu od 15. prosinca 2004., životno partnerstvo, iako nije identično braku, stavlja osobe istoga spola u situaciju usporedivu s onom bračnih drugova u pogledu obiteljske mirovine u pitanju u glavnom postupku.

70 Međutim, nacionalni sud smatra da je pravo na tu obiteljsku imovinu ograničeno, prema odredbama Statuta Vddb-a, na preživjele bračne drugove te je uskraćeno preživjelim životnim partnerima.

71 U tom su slučaju životni partneri stavljeni u nepovoljniji položaj od preživjelih bračnih drugova s obzirom na pravo na obiteljsku mirovinu.

72 Ako nacionalni sud odluči da su preživjeli bračni drugovi i preživjeli životni partneri u usporedivu položaju s obzirom na obiteljsku mirovinu, mora se smatrati da, kao posljedica toga, zakonodavstvo kao što je ono u pitanju u glavnom postupku izravna diskriminacija na temelju seksualne orijentacije, u smislu članka 1. i 2. (2)(a) Direktive 2000/78.

73 Iz navedenog slijedi da odgovor na treće pitanje mora biti da kombinacija odredba članka 1. i 2. Direktive 2000/78 isključuje zakonodavstvo prema kojemu nakon smrti životnog partnera preživjeli partner ne prima obiteljsku mirovinu jednaku onoj odobrenoj preživjelom bračnom drugu, iako prema nacionalnom pravu životno partnerstvo stavlja osobe istog spola u položaj usporediv onome bračnih drugova što se tiče te obiteljske mirovine. Na nacionalnom je sudu da utvrdi je li preživjeli životni partner u položaju usporedivom onome bračnog druga koji je ovlašten za obiteljsku mirovinu predviđenu prema obveznom mirovinskom sustavu kojom upravlja Vddb.

Peto pitanje

74 Petim pitanjem nacionalni sud želi znati mora li se, u slučaju da sud odluči da Direktiva 2000/78 isključuje zakonodavstvo kao što je ono u pitanju u glavnom postupku, pravo na obiteljsku imovinu u pitanju u glavnom postupku vremenski ograničiti, osobito na razdoblja nakon 17. svibnja 1990., na temelju sudske prakse iz *Barbera*.

Primjedbe podnesene Sudu

75 Vddb smatra da se predmet koji je doveo do presude u *Barberu* razlikuje, u činjenicama i u pravu, od predmeta u glavnom postupku te da se Direktivi 2000/78 ne može dati retroaktivan učinak odlukom da se Direktiva primjenjuje od datuma koji prethodi datumu isteka roka odobrenog državama članicama za njezino provođenje.

76 Komisija smatra da nije potrebno odgovoriti na peto pitanje. Tvrdi da se predmet koji je doveo do presude u *Barberu* razlikuje, u činjenicama i u pravu, od predmeta u glavnom postupku te primjećuje da Direktiva 2000/78 ne sadrži odredbu koja odstupa od načela nediskriminacije na temelju seksualne orijentacije. Komisija tvrdi da je, nasuprot ovom predmetu, u predmetu koji je doveo do presude u *Barberu* pozornost skrenuta na financijske posljedice nove interpretacije članka 141. EZ. Komisija tvrdi da, u mjeri u kojoj LpartG nije stupio na snagu do 1. kolovoza 2001. te budući da je njemačko zakonodavstvo od 1. siječnja 2005. uvelo jednako postupanje prema životnim partnerima i braku, s obzirom na pravila o socijalnoj sigurnosti, profesionalni mirovinski sustavi nisu financijski opterećeni uzimanjem u obzir te jednakosti.

Odgovor Suda

77 Jasno je iz sudske prakse da Sud iznimno može, uzimajući u obzir velike teškoće koje njegova odluka može stvoriti radi prošlih događaja, biti potaknut ograničiti mogućnost svim zainteresiranim osobama oslanjanje na tumačenje odredbi koje Sud daje kao odgovor na zahtjev za prethodnom odlukom. Ograničenje takve vrste može dozvoliti samo Sud, u dotičnoj presudi o

traženom tumačenju (vidi, u tom smislu, *Barber*, paragraf 41, i predmet C-292/04 *Meilicke and Others* [2007] ECR I-000, paragraf 36).

78 Ništa u dokumentima pred Sudom ne sugerira da će financijska ravnoteža sustava kojim upravlja VddB biti retroaktivno poremećena ako učinci ove presude nisu na vrijeme ograničeni.

79 Iz navedenog slijedi da odgovor na peto pitanje mora biti da ne postoji potreba ograničiti vremenske učinke ove presude.

Troškovi

41 Budući da su ovi postupci, za stranke u glavnom postupku, dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud. Troškovi nastali zbog podnošenja prigovora Sudu, osim troškova tih stranaka, nisu nadoknadivi.

Na tim temeljima, Sud (Veliko vijeće) odlučuje:

1. **Obiteljska mirovina utvrđena prema profesionalnom mirovinskom sustavu kao što je onaj kojim upravlja *Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen* ulazi u djelokrug Direktive Vijeća 2000/78 od 27. studenog 2000. o općem okviru za jednako postupanje u zapošljavanju i zanimanju.**
2. **Kombinacija odredba članaka 1. i 2. Direktive 2000/78 isključuje zakonodavstvo prema kojemu, nakon smrti životnog partnera, preživjeli partner ne prima obiteljsku mirovinu jednaku onoj odobroj preživjelom bračnom drugu, iako, prema nacionalnom pravu, životno partnerstvo stavlja osobe istog spola u položaj usporediv s onime bračnih drugova što se tiče te obiteljske mirovine. Na nacionalnom je sudu da utvrdi je li preživjeli životni partner u položaju usporedivom s onim bračnog druga koji je ovlašten za obiteljsku mirovinu predviđenu prema obveznom mirovinskom sustavu kojom upravlja *Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*.**

1.3 Načelo jednakosti u postupanju kao odraz vrijednosnog uravnotežavanja

Dosadašnja rasprava i prijevodi odluka zorno prikazuju činjenicu na koju će mnogi hrvatski sudovi gledati s visokim stupnjem sumnjičavosti, baš kao i sudovi onih pravnih poredaka koji sudovanje shvaćaju prvenstveno kao „logičku” primjenu naredbe koja je jezično izražena pisanim tekstom odredbe na utvrđeni činjenični supstrat koji je također unaprijed određen sadržajem pisanog pravnog teksta odredbe. Radi se o činjenici da konkretni učinci (a time i značenje) načela jednakosti u postupanju, odnosno, zakonodavnih jamstava koja su vezana uz to načelo ne ovise o pravnom tekstu, već o vrednotama koje prema procjeni Suda zasluže zaštitu u konkretnim okolnostima slučaja. Vrednote koje utječu na pristup Suda načelu jednakosti u postupanju, odnosno, antidiskriminacijskim jamstvima općenito, učestalo se nalaze u tenziji i traže od Suda da u konkretnom predmetu, tumačeći i primjenjujući načelo jednakosti, u postupanju osiguraju prednost jednoj nad ostalima.

Vrijednosno uravnotežavanje kao pristup primjeni načela jednakosti u postupanju bilo je prisutno od samog početka i odluke *Defrenne* 43/75, gdje je Sud potvrdio svoje ranije stajalište zauzeto u praksi koja se odnosila na izgradnju zajedničkog tržišta, a prema kojoj je načelo jednakosti u postupanju temeljno načelo pravnog poretka EU, ali je po prvi put utvrdio kako je jamstvo zabrane diskriminacije temeljem spola, koje je specifičan odraz tog načela, temeljno pravo čiju učinkovitu primjenu Sud jamči. Kao što je već navedeno, Sud je u *Defrenne* našao kako je praksa poslodavca prema kojoj žene za isti rad ostvaruju nižu plaću od svojih muških kolega diskriminacija na temelju spola. Na prvi pogled, odluka *Defrenne* daje privid konvencionalnog sudskog zaključivanja koje se temelji na jasno definiranim pravnim pravilima koje treba jednostavno primijeniti temeljem logičkog (silogističkog) zaključivanja. To posebno proizlazi iz načina na koji je Sud definirao jamstvo zabrane diskriminacije. Kako je Sud naveo u svom obrazloženju, pojedinci se pred nacionalnim sudovima mogu pozivati na jamstvo EU o zabrani diskriminacije propisano Ugovorom isključivo u slučajevima „izravne i otvorene” diskriminacije. Izravna i otvorena diskriminacija ona je diskriminacija koju se može utvrditi „isključivo uz pomoć kriterija koje se temelje na jednakom poslu i jednakoj plaći”, s obzirom da Ugovor zabranjuje isključivo one oblike izravne diskriminacije „koji se mogu utvrditi temeljem isključivo pravne analize situacije”. Ovakva uska definicija jamstva zabrane diskriminacije odražavala je shvaćanje koje je u to vrijeme bilo dominantno među sudovima država članica. No iako ostavlja dojam izuzetno konzervativnog pristupa koji potvrđuje shvaćanje da je uloga sudova da odlučuju temeljem „isključivo pravne analize situacije” uz pomoć jasno definiranih i lako primjenjivih kriterija, sama konzervativnost definicije prvenstveno je rezultat vrijednosnog uravnotežavanja koje se odvijalo u pozadini ovakvog obrazloženja. Prvo što u tom smislu treba uzeti u obzir jest činjenica kako tadašnja verzija Osnivačkog ugovora uopće nije propisivala pravo pojedinaca na postupanje bez spolne diskriminacije. Sve što je Osnivački ugovor u tadašnjem članku 119. propisivao jest prilično općenita obveza država članica da (putem svojih nacionalnih zakonodavstava) osiguraju jednakost plaća žena i muškaraca za jednak rad.⁵ Sud je očigledno bio svjestan kako ova obveza neće biti ispunjena ako Sud odredbu ne protumači kao izravno primjenjivo antidiskriminacijsko jamstvo koje je stavljeno na uporabu pojedincima. No takvo tumačenje nužno je značilo i ograničenje ovlasti država članica da izaberu trenutak i konkretan način na koji će osigurati provedbu ovog „načela” u praksi. Drugim riječima, tumačenje koje bi ovoj odredbi dalo izravni učinak te na taj način osiguralo određeni stupanj antidiskriminacijske zaštite pojedincima (vrednota 1.), ali i učvrstilo učinkovitost i autoritet pravnog poretka EU prema nacionalnim poretcima (vrednota 2.), vodilo je u sukob s državama članicama i njihovim interesom da same „suvereno” određuju

⁵ U svojoj originalnoj verziji čl. 119. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici (prethodnik današnjeg čl. 157. Ugovora o funkcioniranju Europske unije) propisivao je: “Svaka država članica će tijekom prve faze osigurati i nakon toga održati primjenu načela da žene i muškarci trebaju primati istu plaću za jednak rad.”

svoju socijalnu politiku (vrednota 3.) koja uključuje i provedbu načela jednakosti spolova. Sud je bio svjestan kako je vrijednosni cilj koji je želio postići zahtijevao jake saveznike i pokušao ih je naći u nacionalnim sudovima. Načelo izravne primjenjivosti koje je Sud htio osigurati za čl. 119. sa sobom donosi i načelo nadređenosti koje je u sebi nosi izuzetno ohrabrujuću mogućnost za nacionalne sudove. S obzirom na to da od sudova zahtjeva da iz primjene izuzmu *bilo koju* odredbu nacionalnog prava, uključujući i Ustav, koju smatraju suprotnom nekoj odredbi EU prava, ono redovnim nacionalnim sudovima pruža pristup ovlastima koje su inače rezervirane za najviše nacionalne sudove. No, to samo po sebi nije bilo dosta kako bi se osiguralo savezništvo redovnih sudova. U tadašnje vrijeme, više nego danas, redovni sudovi shvaćali su svoju zadaću prvenstveno kao „logičku” primjenu jasno definiranih i lako primjenjivih pravnih pravila (vrednota 4.). Shvaćajući dominantnost tog pristupa, Sud je čl. 119. protumačio konzervativno prikazujući ga kao lako primjenjivo pravno pravilo koje zahtjeva isključivo „pravnu analizu”.

S obzirom na to da se jamstvo koje je sud upostavio u *Defrenne* temelji na aristotelovskoj formuli „sa sličnima slično”, takvo obećanje vrlo se brzo pokazalo ispraznim. Uostalom, ako je Sud bio u ičemu dosljedan u pogledu primjene ovako postavljenog jamstva onda je to učestalo redefiniranje njegova konkretnog značenja. Kao što ćemo vidjeti kasnije, čim je shvatio kako konzervativan pristup koji je postavio u *Defrenne* nije dovoljan da EU pravnom poretku osigura „socijalno lice”, Sud je od tog pristupa odustao i bez ikakve dramatične promjene teksta relevantne odredbe zauzeo stajalište kako čl. 119. pruža zaštitu i protiv neizravne diskriminacije.

Odluka koja prikazuje posebno ilustrativan pragmatičan pristup Suda načelu jednakosti u postupanju način jest odluka u predmetu *Barber*.

Sud je u *Barberu* bio suočen s cijelim nizom pitanja koja su bile od iznimne važnosti za učinkovitu primjenu jamstva zabrane diskriminacije temeljem spola. Prvo, koristeći se mogućnošću postupka prethodnog pitanja, nacionalni (engleski) sud od Suda je zatražio tumačenje opsega EU jamstva jednake plaće za jednaki rad, odnosno, odgovor na pitanje ulaze li određene koristi koje poslodavac isplaćuje zaposleniku po poslovno uvjetovanom otkazu u opseg tog jamstva ili u opseg jamstva zabrane diskriminacije u pogledu radnih uvjeta. Pitanje je bilo relevantno toga jer su dva antidiskriminacijska jamstva imala različit doseg. Jamstvo zabrane spolne diskriminacije u pogledu plaća bilo je propisano čl. 119. Ugovora i kao takvo imalo je izravni vertikalni i horizontalni učinak. Jamstvo zabrane spolne diskriminacije u pogledu radnih uvjeta bilo je propisano Direktivom 76/207 o jednakom postupanju i kao takvo bilo je izravno primjenjivo samo u vertikalnim sporovima. Kako je primjena jamstva zabrane spolne diskriminacije u pogledu radnih uvjeta u horizontalnim sporovima između privatnih stranaka ovisila o ispravnosti provedbenog nacionalnog zakonodavstva, strankama je bilo u interesu spor podvesti u doseg jamstva zabrane spolne diskriminacije u pogledu plaća. Ulazi li spor u doseg tog jamstva ovisilo je o načinu na koji Sud tumači pojam „plaća”.

Drugo, Sud je također bio suočen s pitanjem ulaze li u doseg jamstva zabrane spolne diskriminacije u pogledu plaća i mirovine koje je poslodavac isplaćivao zaposlenicima iz privatnog fonda koji je osnovan na temelju zakonski pružene mogućnosti da se zaposlenici odluče da će zakonsko javno mirovinsko osiguranje u najvećem dijelu zamijeniti privatnim mirovinskim osiguranjem koje im je ponudio poslodavac. Pitanje je bilo od iznimne važnosti jer je tražilo od Suda da odredi doseg iznimke od zabrane diskriminacije u pogledu isplata mirovina koju je propisivala Direktiva 79/7 o jednakosti u postupanju prema spolovima u pogledu socijalne sigurnosti. Naime, Direktiva 79/7 omogućavala je državama članicama da prema muškarcima i ženama postupaju drugačije u pogledu pristupa mirovinama, propisujući za njih različitu mirovinsku životnu dob. Iznimka je bila primjenjiva samo na tzv. zakonske mirovine, odnosno, mirovine koje su se isplaćivale iz zajedničkog „javnog” sustava koji se temeljio na zakonom propisanoj obvezi doprinosa. U mjeri u kojoj bi mirovinska isplata bila shvaćena kao „plaća” a ne zakonska mirovina ova iznimka ne bi bila primjenjiva na nju.

Vrijedi primijetiti kako su i prvo i drugo pitanje iznimno relevantni za hrvatski kontekst s obzirom na to da unutar izvršne vlasti postoji utjecajno stajalište vezano uz reformu velikog i skupog

sustava uprave, prema kojem bi se broj zaposlenih u državnoj upravi smanjio putem modela poticajnih otpremnina, sukladno kojemu bi svaka osoba koja se odluči za raskid ugovora o radu a nije ostvarila uvjete za redovnu mirovinu imala pravo na poticajnu otpremninu. Mogući problem s ovim modelom jest način na koji će se izvršna vlast postaviti prema činjenici da žene ostvaruju uvjete za redovnu mirovinu ranije od muškaraca, ali im načelo jednakosti u postupanju jamči pravo da ostanu u radnom odnosu do svoje 65. godine života kao i muškarci. S obzirom na model poticajnih otpremnina koji su neka upravna tijela poput Ministarstva obrane počela primjenjivati, nije nerealno da će izvršna vlast izabrati model koji je suprotan jamstvu zabrane spolne diskriminacije o kojem je ovdje riječ.⁶

Treće, predmet *Barber* pred Sud je stavio i vrlo osjetljivo pitanje vremenske primjene presude. Naime, u slučaju da odluči da je sporna praksa isplate mirovina od strane poslodavca koja se temeljila na različitoj životnoj dobi žena i muškaraca suprotna jamstvu zabrane spolne diskriminacije u pogledu plaća, pojavila bi se mogućnost da će financijska stabilnost privatnih fondova ove vrste biti ugrožena zbog broja zahtjeva za retroaktivnom naknadnom isplatom mirovine ili razlike od strane muških članova.

Niti jedno od ova tri pitanja nije imalo odgovor u tekstu primjenjivih pozitivnih pravnih odredba. Iako su ga koristili, ni Ugovor ni Direktive nisu detaljno definirale pojam plaće. Pitanje vremenskog učinka presuda Suda nije bilo predmet interesa niti jedne jedine odredbe. Usprkos tome ili baš zbog toga, Sud je donio jednu od najpoznatijih odluka ne samo za područje jednakosti spolova već i za funkcioniranje pravnog poretka EU uopće.

Odluka *Barber* uspostavila je dvije iznimno bitne doktrine. Obje su bile izravan rezultat vrijednosnog uravnotežavanja.

Prvo, odgovarajući na prvo i drugo pitanje s kojim je bio suočen, Sud je ustanovio kako i zakonska otpremnina, ali i mirovina koju poslodavac isplaćuje iz privatnog fonda kojeg je osnovao za svoje zaposlenike, ulaze u opseg pojma „plaća“. Korisno je uputiti na način na koji je Sud došao do ovog stajališta jer odražava pristup koji Sud nerijetko koristi u odlučivanju. Pristup se sastoji od nekoliko koraka.

U prvom koraku Sud uspostavi standard-normu. U konkretnom slučaju ta standard-norma odnosila se na pojam „plaća“ koju je Sud odredio kao, uz osnovnu plaću ugovorenu ugovorom o radu, „i svaku drugu naknadu, u novcu ili u naravi, neposrednu ili buduću, pod uvjetom da je radnik primio, makar i neizravno, u svezi sa svojim radom od svojeg poslodavca“.

U drugom koraku konkretne činjenice predmeta o kojem odlučuje odmjerava u svjetlu ovako uspostavljenog standarda. Drugi korak svodi se na navođenje razloga zbog kojih bi u konkretnom slučaju sporna okolnost zadovoljila smisao uspostavljenog standarda ili ne bi. U konkretnom slučaju Sud je naveo cijeli niz razloga zašto je zakonom propisana otpremnina, odnosno, mirovina isplaćena iz privatnog mirovinskog fonda plaća. Tako je za zakonsku otpremninu Sud naglasio kako se ta vrsta naknade isplaćuje nakon prestanka ugovora o radu, što pokazuje da je vezana uz „obavljeni rad“ za poslodavca. Istovremeno, Sud je priznao da je njena svrha biti izvor dohotka u razdoblju potrage za novim zaposlenjem.

Treći korak nije izričito naveden u obrazloženju već se odvija u njegovoj pozadini, između njegovih redaka. Naime, Sud se u svojim obrazloženjima često postavlja kao da zaključci koje iznosi neupitno slijede iz pravnih i činjeničnih argumenata koje upotrebljava za njihovu podlogu iako je opravdanost takvog stava vrlo često upitan. Naprimjer, činjenica da je poslodavac isplatio određenu vrstu naknade zaposleniku *zato jer* je ovaj obavljao neki rad nikako ne znači kako se ne može raditi o nekoj vrsti socijalne naknade. Država može raznim poreznim olakšicama ili poticajima za poslodavce osigurati isplatu nekog iznosa zaposlenicima s njihove strane kako bi podigla razinu socijalne zaštite zaposlenih. Postaje li takva naknada „klasična“ plaća samo

⁶ Vidi http://www.sdlns.hr/upload/File/142_12_Diskriminacija_po_dobi_i_spolu_u_MORH_i_OSRH_upozorenje_i_preporuka_PRS.pdf.

stoga jer ju je isplatio poslodavac? Kako će država „dostaviti“ neku naknadu svojim građanima – isplatom na račun putem nekog ministarstva ili putem poslodavca – pitanje je tehnologije, ne nužno i svrhe. Razlog zbog kojeg je Sud u konkretnom predmetu zauzeo stajalište da je zakonska otpremnina plaća u smislu jamstva zabrane spolne diskriminacije, stoga, vjerojatno leži negdje drugdje.

Široko tumačenje pojma plaće koje je navedeno gore ima vrlo konkretan učinak. Šireći pojam plaće, Sud širi i doseg ugovornog jamstva zabrane spolne diskriminacije na tržištu rada u odnosu na relevantne direktive. Širi doseg ugovornog jamstva znači i veću učinkovitost antidiskriminacijske zaštite. Prvo, da je zakonska otpremnina definirana kao „radni uvjet“ iz Direktive 76/207, provedba jamstva zabrane diskriminacije u horizontalnim sporovima između pojedinaca ovisila bi tome je li država članica ispravno transponirala Direktivu u svoje nacionalno zakonodavstvo. Drugo, da je mirovina iz privatnog fonda definirana kao „mirovinsko osiguranje“ iz Direktive 79/7, ne samo da bi njezin učinak bio ograničen u horizontalnim sporovima već bi se na nju primjenjivala i iznimka zabrane od diskriminacije koja se odnosi na spolno uvjetovanu mirovinsku dob. U oba slučaja nepovoljniji položaj žena na tržištu ne bi bio umanjen.

Naravno, široko tumačenje ima i drugu stranu medalje. Prvo, širokim tumačenjem pojma plaća Sud je ograničio regulatornu sposobnost država članica u području socijalne politike usprkos činjenici da one na takvo što možda ne bi pristale da se o tome odlučivalo u redovnom političkom procesu donošenja odluka. Riskirajući antagonizam Sud je riziku izložio i učinkovito funkcioniranje redovnog političkog (zakonodavnog) procesa na razini Unije. Drugo, ograničenost direktiva u smislu nedostatka horizontalnog izravnog učinka je doktrina koju je razvio sam Sud. U tom smislu, pokušavajući „zaobići“ svoju doktrinu koju smatra smetnjom iako je se ne želi odreći, stvarajući novu paralelnu doktrinu koja i sama nije otporna na kritiku, ne stvara se osjećaj uvjerenosti, odnosno, sigurnosti prema Sudu.

Tenzije između suprotstavljenih vrijednosti i interesa ove vrste ipak su najočitije u onom dijelu odluke *Barber* po kojem je ta presuda najpoznatija, tj. ograničenom temporalnom učinku presude. Šireći pojam plaće kako bi osigurao veću učinkovitost antidiskriminacijske zaštite i poboljšao položaj žena na tržištu rada EU, Sud se suočio s pomalo paradoksalnim rizikom. Onemogućavajući poslodavcima da razlikuju žene i muškarce temeljem njihove dobi u pogledu pristupa mirovinama, otvorila se mogućnost velikog broja retroaktivnih zahtjeva od strane muškaraca kojima je zbog životne dobi bio uskraćen pristup toj vrsti mirovine. Drugim riječima, povećana učinkovitost pravne zaštite od diskriminacije s ciljem poboljšanja položaja žena na tržištu rada incijalno je koristila muškarcima do te mjere da je ugrozila financijsku stabilnost značajnog broja privatnih mirovinskih fondova. Suočen s takvim rizikom, Sud je odlučio kako antidiskriminacijska zaštita koju je tumačenjem osigurao putem presude štiti samo od dana donošenja presude iako su odredbe koje je tumačio na snazi bile godinama. Poslodavci koji su „diskriminirali“ do dana donošenja presude bili su zaštićeni od njezinih učinaka iako takva mogućnost nije bila propisana tekstem niti jedne pozitivne zakonske odredbe.

Ukratko, odluka *Barber* dobiva jedan drugačiji aspekt ako se njezino obrazloženje čita imajući na umu tenziju između navedenih vrednota i interesa, nego ako se razlozi koje Sud izričito navodi u tekstu odluke uzmu kao „objektivne“ činjenice.

C-262/88 Barber ECR [1990] I-01889

PRESUDA SUDA

17. svibnja 1990.

U predmetu C-262/88

ZAHTJEV Sudu, temeljem članka 177. Ugovora o EEZ, Žalbenog suda u Londonu za prethodnom odlukom u postupku u tijeku pred tim sudom između:

Douglassa Harveya Barbera**i****Guardian Royal Exchange Assurance Group,**

o tumačenju članka 119. Ugovora o EEZ, Direktive Vijeća 75/117/EEZ od 10. veljače 1975. o usuglašavanju zakona država članica u pogledu primjene načela jednakosti plaće muškaraca i žena (OJ 1975 L 45, str. 19) te Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40).

SUD

sastavljen od: O. Duea, predsjednika, Sir Gordona Slyna, F. A. Schockweilera i M. Zuleega (predsjednika vijeća), G. F. Mancinija, R. Joliéta, T. F. O'Higginsa, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesiasa, F. Grévissea i M. Díez de Velasca, sudaca, nezavisni odvjetnik: W. Van Gerven

zapisničar: J. A. Pompe

nakon razmatranja pisanih primjedba podnesenih u ime:

gosp. Barbera, zastupanog po Christopheru Carru QC, Irwinu Mitchellu, odvjetnicima,

Guardian Royal Exchange Assurance Group, zastupane po Davidu Vaughanu QC i Timothyju Worthingtonu, odvjetnicima,

Ujedinjenog Kraljevstva, po J. E. Collinsu, iz Pravnog odjela Državne blagajne kao zastupniku, te Peteru Goldsmithu QC, njegovu pomoćniku,

Komisije Europske zajednici, po Karen Banks i Julianu Currallu, članovima Pravnog odjela, kao zastupnicima,

uzimajući u obzir Izvješće s ročišta te nakon provođenja usmenog postupka 15. studenog 1989., nakon saslušanja Mišljenja nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 30. siječnja 1990., donosi sljedeću

Presudu

- I. Zahtjevom od 12. svibnja 1988., primljenim na Sud 23. rujna 1988., Žalbeni sud u Londonu uputio je Sudu na prethodnu odluku, temeljem članka 177. Ugovora o EEZ, nekoliko pitanja o tumačenju članka 119. Ugovora, Direktive Vijeća 75/117/EEZ od 10. veljače 1975. o usuglašavanju zakona država članica u pogledu primjene načela jednakosti plaće muškaraca i žena (OJ 1975 L 45, str. 19., nadalje „direktiva o jednakosti plaće”) te Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40., nadalje „direktiva o jednakom postupanju”).
- II. Pitanja su postavljena u postupku između pokojnog Douglassa Harveya Barbera i njegova bivšeg poslodavca, Guardian Royal Exchange Assurance Group (nadalje „Guardian”), o pravu gosp. Barbera na prijevremenu starosnu mirovinu nakon poslovno uvjetovanog otkaza.
- III. Iz dokumenata dostupnih Sudu proizlazi da je gosp. Barber bio član mirovinskog fonda

koji je utemeljio Guardian, a koji je primjenjivao nedoprinosni sustav, odnosno sustav koji je u cijelosti financirao poslodavac. Taj je „ugovoreni” sustav, odnosno sustav odobren prema Zakonu o mirovinama iz socijalne sigurnosti iz 1975., uključivao odustanak od ugovora članova prihodovno vezanih sustava državnih mirovina, a koje je sustav u pitanju mogao zamijeniti. Članovi sustava takve vrste u državne su sustave uplaćivali samo smanjene doprinose koji su odgovarali jedinstvenoj mirovini državnog sustava isplativoj svim radnicima neovisno o njihovim prihodima.

- IV. Prema Guardianovom mirovinskom sustavu uobičajena je dob za umirovljenje skupine radnika kojoj je pripadao gosp. Barber 62 godine za muškarce i 57 godina za žene. Ta je razlika odgovarala onoj koja postoji u državnom sustavu socijalne sigurnosti, u kojem je uobičajena dob za umirovljenje 65 godina za muškarce i 60 godina za žene. Članovi Guardianovog mirovinskog fonda imali su pravo na neposrednu mirovinu čim bi navršili uobičajenu dob za umirovljenje koju je odredio taj sustav. Pravo na odgođenu mirovinu isplativu tek nakon navršavanja uobičajene dobi za umirovljenje također su stekle osobe s najmanje 40 godina života i 10 godina radnog staža u Guardianu nakon prestanka radnog odnosa.
- V. Vodič o uvjetima stjecanja otpremnina Guardian Royal Exchange Assurance grupe, koji čini dio ugovora o radu gosp. Barbera, navodi da, u slučaju poslovno uvjetovanog otkaza, članovi mirovinskog fonda imaju pravo na neposrednu mirovinu ako su napunili 55 godina života za muškarce, odnosno 50 godina života za žene. Radnici koji ne ispunjavaju te uvjete imaju pravo na određene novčane koristi izračunate na temelju broja godina njihova radnog staža te odgođenu mirovinu isplativu tek nakon što navršše uobičajenu dob za umirovljenje.
- VI. Gosp. Barber dobio je poslovno uvjetovani otkaz koji je stupio na snagu 31. prosinca 1980., u dobi od 52 godine. Guardian mu je isplatio novčane koristi u skladu s Uvjetima stjecanja otpremnina, zakonsku otpremninu te *ex gratia* uplatu. Na starosnu bi mirovinu imao pravo tek od svog 62. rođendana. Nesporno je da bi žena u jednakoj poziciji kao gosp. Barber primila neposrednu starosnu mirovinu i zakonsku otpremninu te da bi ukupna vrijednost tih koristi bila veća od iznosa koji je isplaćen gosp. Barberu.
- VII. Smatrajući se žrtvom nezakonite diskriminacije na temelju spola, gosp. Barber pokrenuo je postupak pred industrijskim sudom. Nakon odbacivanja njegove tužbe u prvom i u drugom stupnju, podnio je žalbu Žalbenom sudu. Taj je sud odlučio zastati s postupkom i uputiti Sudu sljedeća pitanja radi donošenja prethodne odluke:
 1. Ako je skupini radnika poslodavac dao poslovno uvjetovani otkaz, u okolnostima sličnim onima iz ovog slučaja, te isplatio koristi u svezi s tim otkazom, mogu li se sve te koristi smatrati „plaćom” u smislu članka 119. Ugovora o EEZ i direktive o jednakosti plaće (75/117/EEZ), ili su one uređene direktivom o jednakom postupanju (76/207/EEZ), ili nijednim od navedenog?
 2. Je li, radi odgovora na prvo pitanje, bitno da se mirovina isplaćena u svezi s privatnim profesionalnim mirovinskim sustavom kojim upravlja poslodavac („privatna mirovina”) smatra dijelom navedenih koristi?
 3. Jesu li načelo jednakosti plaće iz članka 119. te direktiva o jednakosti plaće povrijeđeni u okolnostima ovog slučaja ako:
 - A. su muškarac i žena iste dobi dobili poslovno uvjetovani otkaz te, u svezi s tim otkazom, žena primi neposrednu privatnu mirovinu, a muškarac odgođenu privatnu mirovinu; ili

- B. je ukupna vrijednost koristi koje je primila žena veća od ukupne vrijednosti koristi koje je primio muškarac?
3. Imaju li članak 119. te direktiva o jednakosti plaće izravan učinak u okolnostima ovog slučaja?
4. Je li, radi odgovora na treće pitanje, bitno ima li žena pravo na pristup neposrednoj mirovini, prema Uvjetima stjecanja otpremnina, samo ako je stekla uvjete za stjecanje neposredne mirovine prema odredbama privatnog profesionalnog sustava, time što se prema njoj postupa kao da je umirovljena od strane Guardian-a jer je primila poslovno uvjetovani otkaz unutar sedam godina prije uobičajenog datuma umirovljenja prema mirovinskom sustavu?
- VIII. Gosp. Barber umro je u tijeku postupka. Budući da je Žalbeni sud dopustio njegovoj udovici i izvršiteljici, gđi Pamela Barber, nastavak postupka u svoje ime i za račun ostavine gosp. Barbera, postupak za prethodnom odlukom imao je uobičajeni tijek.
- IX.
- X. Radi detaljnije spoznaje o činjenicama u glavnom postupku, o odredbama prava Zajednice, o tijeku postupka te o pisanim podnescima dostavljenim Sudu, koji se naknadno spominju i raspravljaju samo u mjeri potrebnoj za donošenje odluke Suda, upućuje se na izvješće s ročišta.

Prvo pitanje

- XI. Svojim prvim pitanjem Žalbeni sud u osnovi želi utvrditi ulaze li koristi koje poslodavac isplaćuje radniku u vezi s poslovno uvjetovanim otkazom u područje primjene članka 119. Ugovora i direktive o jednakosti plaće ili u područje primjene direktive o jednakom postupanju.
- XII. Sud je dosljedno smatrao (vidi osobito presudu od 31. ožujka 1981. u predmetu 96/80 *Jenkins v Kingsgate* [1981] ECR 911, paragraf 22) da prva od te dvije direktive, načelno namijenjena olakšavanju primjene načela jednakosti plaće iz članka 119. Ugovora, ni na koji način ne mijenja sadržaj ili područje primjene tog načela kako je definiran u odredbama druge direktive. Dakle, prikladno je na početku razmatrati primjenjuje li se članak 119. u okolnostima kao što su one iz ovog slučaja.
- XIII. Prema stajalištu Suda, pojam plaće u smislu drugog stavka članka 119. obuhvaća i svaku drugu naknadu, u novcu ili u naravi, neposrednu ili buduću, pod uvjetom da je radnik primi, makar i neizravno, u svezi sa svojim radom od svojeg poslodavca (vidi, osobito, presudu od 9. veljače 1982. u predmetu 12/81 *Garland v British Rail Engineering* [1982] ECR 359, paragraf 5). U skladu s time, činjenica da se određene koristi isplaćuju nakon prestanka radnog odnosa ne sprečava njihovo ulaženje u pojam plaće u smislu članka 119. Ugovora.
- XIV. S obzirom na naknadu koju radnik prima vezano za poslovno uvjetovani otkaz, potrebno je napomenuti da takva naknada jest oblik plaće na koju radnik ima pravo na temelju obavljenog rada, koja mu se isplaćuje nakon prestanka radnog odnosa, koja olakšava njegovu prilagodbu na nove okolnosti povodom gubitka zaposlenja i čini izvor dohotka u razdoblju traženja novog zaposlenja.
- XV. Slijedi da naknada koju radnik prima u svezi s poslovno uvjetovanim otkazom u načelu ulazi u pojam plaće radi svrhe članka 119. Ugovora.
- XVI. Na ročištu je Ujedinjeno Kraljevstvo tvrdilo da zakonske otpremnine ne ulaze u područje

primjene članka 119. Ugovora jer se smatraju koristima iz socijalne sigurnosti, a ne oblikom plaće.

- XVII. U tom smislu, potrebno je napomenuti da otpremnina koju je isplatio poslodavac, kao što je ona u pitanju, ne može ne činiti oblik plaće isključivo na temelju toga što je prije zakonska ili *ex gratia* isplata nego što proizlazi iz ugovora o radu.
- XVIII. U slučaju zakonskih otpremnina, mora se imati na umu da se, kao što je Sud smatrao u presudi od 8. travnja 1976. u predmetu *43/75 Defrenne v Sabena* [1976] ECR 455, paragraf 40, članak 119. Ugovora također primjenjuje na diskriminaciju koja izravno proizlazi iz zakonodavnih odredbi. To znači da zakonske koristi mogu ulaziti u pojam plaće u svrhu primjene te odredbe.
- XIX. Iako mnoge povlastice koje daje poslodavac također odražavaju razloge socijalne politike, činjenica da određena korist ima narav plaće ne može doći u pitanje ako radnik ima pravo primiti korist u pitanju od svojeg poslodavca zbog postojanja radnog odnosa.
- XX. U slučaju *ex gratia* isplata poslodavca, iz presude od 9. veljače 1982. u predmetu *12/81 Garland*, prethodno citiranom, paragraf 10, jasno proizlazi da se članak 119. također primjenjuje na povlastice koje poslodavac odobrava radnicima iako ugovorom na to nije obvezan.
- XXI. U skladu s navedenim, bez potrebe za raspravom o primjenjivosti direktive o jednakom postupanju, odgovor na prvo pitanje mora biti da koristi koje poslodavac isplaćuje radniku u svezi s poslovno uvjetovanim otkazom ulaze u područje primjene drugog stavka članka 119., bilo da se isplaćuju temeljem ugovora o radu, bilo temeljem zakonskih odredbi ili dobrovoljno.

Drugo pitanje

- XXII. Imajući u vidu odgovor na prvo pitanje, drugo se pitanje u osnovi mora shvatiti kao potvrda ulazi li starosna mirovina isplaćena prema ugovorenom privatnom profesionalnom sustavu u područje primjene članka 119. Ugovora, osobito ako se ta mirovina dodjeljuje u vezi s poslovno uvjetovanim otkazom.
- XXIII. U tom smislu, potrebno je istaknuti da je, u svojoj presudi od 25. svibnja od 1971. u predmetu *80/70 Defrenne v Belgium* [1971] ECR 445, paragrafi 7 i 8, Sud odlučio da je naknada kao korist iz socijalne sigurnosti u pravilo daleko od pojma plaće. Međutim, sud je napomenuo da taj pojam, kao što je definiran u članku 119., ne može obuhvaćati sustave socijalne sigurnosti ili pripadajuće koristi, osobito starosne mirovine, koje su izravno uređene zakonodavstvom bez ikakvih elemenata ugovora unutar poduzeća ili profesionalne grane u pitanju te koje su obavezno primjenjive na opće kategorije radnika.
- XXIV. Sud je istaknuo da navedeni sustavi radnicima dodjeljuju koristi iz zakonskih sustava, čijem financiranju doprinose radnici, zakonodavci te, prema potrebi, javna vlast u mjeri koja je više određena razlozima socijalne politike nego radnim odnosom.
- XXV. Kako bi se odgovorilo na drugo pitanje, dakle, potrebno je utvrditi primjenjuju li se navedeni razlozi također na ugovorene privatne profesionalne sustave kao što je onaj u ovom slučaju.

- XXVI. U tom je smislu potrebno prije svega istaknuti da su sustavi u pitanju rezultat ili sporazuma između radnika i poslodavaca ili jednostrane odluke poslodavca. U cijelosti su financirani od poslodavca ili od poslodavca i radnika bez ikakvih doprinosa u bilo kojim okolnostima od javne vlasti. U skladu s navedenim, ti sustavi čine dio naknade koju poslodavac nudi radnicima.
- XXVII. Drugo, takvi sustavi nisu obvezno primjenjivi na opću kategoriju radnika. Štoviše, primjenjuju se samo na radnike zaposlene kod određenih poslodavaca, što je rezultiralo time da pripadnost tim sustavima proizlazi iz potrebe za radnim odnosom kod određenog poslodavca. Nadalje, čak i ako su sustavi u pitanju uspostavljeni u skladu s nacionalnim zakonodavstvom te udovoljavaju svim zakonskim uvjetima potrebnim za njihovo priznanje kao ugovorenih sustava, oni su uređeni vlastitim pravilima.
- XXVIII. Treće, potrebno je istaknuti da, čak i ako su doprinosi uplaćeni u te sustave i koristi koje iz njih proizlaze djelomično zamjena za sustave općih zakonskih sustava, ta činjenica ne može isključiti primjenu članka 119. Iz dokumenata dostupnih Sudu očito proizlazi da profesionalni sustavi, kao što je onaj u ovom slučaju, mogu svojim članovima dodijeliti koristi veće od onih koje bi bile isplaćene po zakonskom sustavu, što je rezultiralo time da je njihova ekonomska funkcija slična onoj dodatnih sustava koji postoje u određenim državama članicama, ako je pripadanje i doprinosenje zakonskom sustavu obavezno, a iznimke nisu dopuštene. U presudi od 13. svibnja 1986. iz predmeta *170/84 Bilka-Kaufhaus v Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, Sud je smatrao da koristi dodijeljene prema dopunskom mirovinskom sustavu ulaze u pojam plaće u smislu članka 119.
- XXIX. Dakle, potrebno je zaključiti da, za razliku od koristi dodijeljene od državnog zakonskog sustava socijalne sigurnosti, mirovina isplaćena prema ugovorenom sustavu jest naknada koju poslodavac isplaćuje radniku u svezi s njegovom zaposlenošću te stoga ulazi u područje primjene članka 119. Ugovora.
- XXX. Na tumačenje članka 119. ne utječe činjenica da je privatni profesionalni sustav u pitanju osnovan u obliku zaklade koja je pod upravom povjerenika stručno neovisnih od poslodavaca budući da se članak 119. također primjenjuje na naknade koji se od poslodavca primaju neizravnim putem.
- XXXI. Dakle, odgovor na drugo pitanje podneseno Sudu mora biti da mirovina isplaćena prema ugovorenom privatnom profesionalnom sustavu ulazi u područje primjene članka 119. Ugovora.

Treće i peto pitanje

- XXXII. Ovim pitanjima Žalbeni sud u osnovi želi utvrditi, prvo, je li suprotno članku 119. Ugovora čovjeku koji je dobio poslovno uvjetovani otkaz priznati pravo samo na odgođenu mirovinu isplativu tek nakon što navrší uobičajenu dob za umirovljenje ako žena u jednakoj poziciji prima neposrednu starosnu mirovinu, što je rezultat korištenja uvjeta dobi koja varira ovisno o spolu na jednaki način kao i u državnom zakonskom mirovinskom sustavu. Drugo, Žalbeni sud želi utvrditi, u osnovi, mora li jednaka plaća biti osigurana na razini svakog elementa naknade ili samo na temelju sveobuhvatne procjene o naknadi isplaćenoj radnicima.
- XXXIII. U slučaju prvog od dva navedena pitanja, dovoljno je istaknuti da članak 119. zabranjuje svaki oblik diskriminacije u pogledu plaće između muškaraca i žena, neovisno o sustavu

koji dovodi do diskriminacije. U skladu s navedenim, suprotno je članku 119. nametnuti uvjet dobi koji se razlikuje temeljem spola u pogledu mirovina isplaćenih prema ugovorenom sustavu, čak i ako je razlika između dobi umirovljenja za muškarce i za žene utemeljena na sustavu koji je omogućio državni zakonski sustav.

XXXIV. Što se tiče drugog pitanja, prikladno je uputiti na presude od 30. lipnja 1988. u predmetu 318/86 *Commission v France* [1988] ECR 3559, paragraf 27, i od 17. listopada 1989. u predmetu 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Förbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss* [1989] ECR 3199, paragraf 12, u kojima je Sud naglasio temeljnu važnost transparentnosti te osobito mogućnosti nadzora nacionalnih sudova kako bi spriječili te, u slučaju potrebe, uklonili svaki oblik diskriminacije utemeljene na spolu.

XXXV. Uzimajući u obzir sredstva provjere usklađenosti sa načelom jednakosti plaće, potrebno je navesti da bi sudski nadzor bio otežan, a učinkovitost članka 119. smanjena ako bi nacionalni sudovi bili obvezni procijeniti i usporediti sve različite vrste odobrenih naknada muškarcima i ženama. Slijedi da je izvorna transparentnost, koja omogućava učinkoviti nadzor, osigurana samo ako se načelo jednakosti plaće primjenjuje na svaki pojedini element naknade odobrene muškarcima ili ženama.

XXXVI. Odgovor na treće i peto pitanje postavljeno od Žalbenog suda mora, dakle, biti da je suprotno članku 119. Ugovora da muškarac koji je dobio poslovno uvjetovani otkaz stekne pravo samo na zahtjev za odgođenu mirovinu isplativu tek nakon što navrší uobičajenu dob za umirovljenje ako žena u jednakoj poziciji ima pravo na neposrednu starosnu mirovinu, što je rezultat korištenja uvjeta dobi koja varira ovisno o spolu na jednaki način kao i u državnom zakonskom mirovinskom sustavu. Primjena načela jednakosti plaće mora biti osigurana u pogledu svakog pojedinog elementa naknade, a ne samo na temelju sveobuhvatne procjene o naknadi isplaćenoj radnicima.

Četvrto pitanje

XXXVII. Nacionalni sud također u četvrtom pitanju pita imaju li članak 119. Ugovora i direktiva o jednakosti plaće izravan učinak u okolnostima ovog slučaja.

XXXVIII. U svjetlu odgovora na prvo pitanje, nepotrebno je razmatrati učinke direktive o jednakosti plaće. Što se tiče članka 119., prikladno je uputiti na utvrđenu sudsku praksu, koju je Sud ocjenjivao osobito u presudi od 31. ožujka 1981. u predmetu 96/80 *Jenkins*, prethodno citiranom, paragraf 17, te prema kojoj se ta odredba izravno primjenjuje na sve oblike diskriminacije koja se može utvrditi samo uz pomoć kriterija jednakog rada i jednakosti plaće na koje upućuje članak u pitanju, bez potrebe da ih nacionalne mjere ili mjere Zajednice definiraju većom preciznošću radi odobravanja njihove primjene.

XXXIX. Ako žena koja dobije poslovno uvjetovani otkaz ima pravo na neposrednu starosnu mirovinu, a muškarac jednake dobi u sličnim okolnostima ima pravo samo na odgođenu mirovinu, tada je rezultat nejednake plaća tih dvaju kategorija radnika koju samu po sebi može utvrditi nacionalni sud tako da razmotri sastavnice naknade u pitanju te kriterije iz članka 119.

XL. Odgovor na četvrto pitanje, dakle, mora biti da se pred nacionalnim sudovima može pozvati na članak 119. Ugovora te da je na tim sudovima da štite prava koja ta odredba jamči pojedincima, osobito ako ugovoreni mirovinski sustav muškarcu koji je dobio poslovno

uvjetovani otkaz ne isplaćuje neposrednu mirovinu koja bi u sličnim okolnostima bila isplaćena ženi.

Učinci ove presude *ratione temporis*

- XLl. U svojim pisanim i usmenim podnescima Komisija je uputila na mogućnost da Sud ograniči učinak ove presude *ratione temporis* ako bi se pojam plaće, u svrhu primjene drugog stavka članka 119. Ugovora, interpretirao na način da obuhvaća i mirovine isplaćene od ugovorenih privatnih mirovinskih sustava, tako da omogući oslanjanje na ovu presudu samo u postupcima koji su već u tijeku pred nacionalnim sudovima te u sporovima koji se tiču događaja nastalih nakon datuma donošenja ove presude. Ujedinjeno je Kraljevstvo u svoju korist na ročištu istaknulo da bi takva interpretacija članka 119. imala teške financijske posljedice. Broj radnika koji pripadaju ugovorenim sustavima u Ujedinjenom Kraljevstvu izrazito je velik, a sustavi u pitanju često odstupaju od načela jednakosti između muškaraca i žena, osobito određivanjem različite dobi za umirovljenje.
- XLII. Kao što je priznao u svojoj presudi od 8. travnja 1976. u predmetu 43/75 *Defrenne*, prethodno citiranom, Sud bi mogao, iznimno te uzimajući u obzir teške posljedice koje njegova presuda može imati u pogledu prošlih događaja, biti potaknut ograničiti mogućnost svim zainteresiranim osobama mogućnost oslanjanja na tumačenje određene odredbe koje Sud donosi u postupku povodom zahtjeva za prethodnom odlukom. Ograničenje te vrste može dozvoliti samo Sud u pojedinoj presudi o traženom tumačenju.
- XLIII. S obzirom na ovaj predmet potrebno je istaknuti da članak 7. (1) Direktive Vijeća 79/7/EEZ od 19. prosinca 1987. o progresivnom provođenju načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti (OJ 1979, L 6, str. 24) ovlašćuje države članice da odgode obaveznu primjenu načela jednakog postupanja u pogledu određivanja dobi za umirovljenje radi stjecanja prava na starosne mirovine te mogućih posljedica na ostale koristi. Ta se iznimka, oblikovana člankom 9. (a) Direktive 86/378/EEZ od 24. srpnja 1986. o provođenju načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u profesionalnim sustavima socijalne sigurnosti (OJ 1986, L 225, str. 40., ispravak objavljen u OJ 1986, L 283, str. 27.), može primijeniti na ugovorene sustave kao što je onaj u pitanju u ovom postupku.
- XLIV. U svjetlu tih odredba države članice i zainteresirane stranke razumno su ovlaštene tvrditi da se članak 119. ne primjenjuje na mirovine isplaćene prema ugovorenim sustavima te da su odstupanja od načela jednakosti muškaraca i žena u tom području još uvijek dozvoljena.
- XLV. U tim okolnostima pravna sigurnost prevladava nad spornim i prošlim pravnim situacijama ako bi time financijska ravnoteža mnogih ugovorenih mirovinskih sustava retroaktivno bila poremećena. Primjereno je, međutim, omogućiti iznimku u korist pojedinaca koju su pravovremeno poduzeli mjere za zaštitu svojih prava. Konačno, potrebno je napomenuti da se ne smije dozvoliti ograničenje učinaka prethodno spomenutog tumačenja s obzirom na stjecanje prava na mirovinu nakon datuma donošenja ove presude.
- XLVI. Zaključak je da se ne smije oslanjati na izravan učinak članka 119. Ugovora radi stjecanja prava na mirovinu s učinkom od datuma koji prethodi danu donošenja ove presude, osim u slučaju radnika ili osoba koje u njihovo ime prije tog datuma pokreću pravni postupak ili podnose tužbu prema nacionalnom pravu.

Troškovi

XLVII. Troškovi Ujedinjenog Kraljevstva i Komisije Europske zajednice, koji su podnijeli razmatranja Sudu, nisu nadoknadivi. Budući da su ovi postupci za stranke u glavnom postupku dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud.

Na tim temeljima,
SUD,

radi odgovora na pitanja upućena od Žalbenog suda u Londonu zahtjevom od 12. svibnja 1988., odlučuje:

1. Koristi koje poslodavac isplaćuje radniku u svezi s poslovno uvjetovanim otkazom ulaze u područje primjene drugog stavka članka 119., bilo da se isplaćuju temeljem ugovora o radu, bilo temeljem zakonskih odredbi ili dobrovoljno.
2. Mirovina isplaćena prema ugovorenom privatnom profesionalnom sustavu ulazi u područje primjene članka 119. Ugovora.
3. Suprotno je članku 119. Ugovora da muškarac koji je dobio poslovno uvjetovani otkaz stekne pravo samo na zahtjev za odgođenu mirovinu isplativu tek nakon što navrši uobičajenu dob za umirovljenje ako žena u jednakoj poziciji ima pravo na neposrednu starosnu mirovinu, što je rezultat korištenja uvjeta dobi koja varira ovisno o spolu na jednaki način kao i u državnom zakonskom mirovinskom sustavu. Primjena načela jednakosti plaće mora biti osigurana u pogledu svakog pojedinog elementa naknade, a ne samo na temelju sveobuhvatne procjene o naknadi isplaćene radnicima.
4. Pred nacionalnim se sudovima može pozvati na članak 119. Ugovora. Na tim je sudovima da štite prava koja ta odredba stvara za pojedince, osobito ako ugovoreni mirovinski sustav muškarcu koji je dobio poslovno uvjetovani otkaz ne isplaćuje neposrednu mirovinu koja bi u sličnim okolnostima bila isplaćena ženi.
5. Ne smije se oslanjati na izravan učinak članka 119. Ugovora radi stjecanja prava na mirovinu s učinkom od datuma koji prethodi danu donošenja ove presude, osim u slučaju radnika ili osoba koje u njihovo ime prije tog datuma pokreću pravni postupak ili podnose tužbu prema nacionalnom pravu.

2. Jamstvo zabrane diskriminacije

2.1 Opći okvir

Prvi dio udžbenika razmotrio je ulogu i važnost načela jednakosti u postupanju kako za funkcioniranje pravnog poretka EU tako i za položaj, odnosno, način odlučivanja Suda pravde Europske unije. Drugi dio udžbenika usredotočen je na zakonsko jamstvo zabrane diskriminacije, odnosno, na njegovo sadržajno značenje (ili značenja) i način na koji je Sud pravde Europske unije pristupa tumačenju i primjeni ovog jamstva u praksi.

Iz onog što je izneseno u prvom tijelu već se mogu razaznati temeljni okviri EU jamstva zabrane diskriminacije. Iako o tome izričito ne raspravlja, prvi jasno upućuje na određenu evoluciju jamstva zabrane diskriminacije. U tom smislu, vidjeli smo da su, kad je riječ o sadržaju i dosegu jamstva zabrane diskriminacije, njegovi počeci bili poprilično konzervativni. Kao što prvi dio navodi, u prvim odlukama u kojoj je uspostavio jamstvo zabrane diskriminacije kao pravno jamstvo sa svrhom „socijalne” zaštite na tržištu rada, odnosno, gdje mu je dao ulogu „ljudskog prava” Sud je jamstvu zabrane diskriminacije dao vrlo usko značenje. U obrazloženju presude *Defrenne* Sud je naveo da Ugovor pojedince štiti isključivo od slučajeva „izravne i otvorene” diskriminacije, odnosno, nepovoljnog postupanja koje se može utvrditi „isključivo uz pomoć kriterija koje se temelje na jednakom poslu i jednakoj plaći”, tj. da Ugovor zabranjuje isključivo one oblike izravne diskriminacije „koje se može utvrditi temeljem isključivo pravne analize situacije”.

Ti su počeci vrlo drugačiji od pristupa koji se vidi u predmetu *Kücükdeveci*, gdje Sud jamstvo zabrane diskriminacije opisuje na iznimno širok način. Ponavljajući svoje dobro utvrđeno stajalište, Sud je naveo kako „načelo jednakog postupanja znači zabranu bilo kojeg oblika izravne ili neizravne diskriminacije na bilo kojem temelju” navedenom u relevantnim antidiskriminacijskim direktivama (spol, rasa, dob, invaliditet, vjeroispovijest ili drugo uvjerenje, seksualna orijentacija). Ova standard-norma vrlo je drugačiji oblik poimanja jamstva zabrane diskriminacije od onog kojeg nalazimo u odluci *Defrenne*. Odmah uočljiva razlika odnosi se na opseg jamstva.

Jamstvo kako ga je sud odredio u *Defrenne* štiti isključivo od *otvorene izravne diskriminacije*, tj. nepovoljnog postupanja pri kojem su poslodavci bili (vrlo) svjesni njegove uvjetovanosti suspektim temeljem razlikovanja, odnosno, u tom slučaju, spolnom pripadnošću tužiteljice. Jamstvo, kako ga je Sud odredio u *Kücükdeveci*, štiti od *bilo kojeg oblika diskriminacije*. Takva evolucija ima vrlo dalekosežne praktične učinke. Prvo, stajalište da jamstvo obuhvaća zabranu neizravne diskriminacije upućuje na to da se fokus maknuo s osobne volje počinitelja na učinke njegova postupanja. Svijest počinitelja više nije konstitutivni element. Ona je dokaz da u konkretnom slučaju diskriminacija postoji, ali činjenica da poslodavac nije bio svjestan uvjetovanosti svog postupanja ne znači da diskriminacije nije bilo. Je li određena odluka, postupak ili praksa počinitelja diskriminatorska, ovisit će o konkretnim učincima koje sporno ponašanje ima za položaj društvene skupine koju antidiskriminacijsko jamstvo štiti. Naravno, kao što ćemo kasnije i vidjeti, ovakva fundamentalna doktrinalna promjena izazvala je važne promjene u pogledu praktičnih stvari kao što je dokazivanje – što, kako i čime dokazati. No, važnije od toga, ovakva fundamentalna promjena promijenila je sam karakter jamstva zabrane diskriminacije.

Kao što je već spomenuto, usko definirano jamstvo zabrane diskriminacije poput onog iz odluke *Defrenne* ostavljalo je dojam jasnog „objektivnog” pravnog pravila koje ne zahtijeva komplicirane prosudbe koje bi sud mogle odvesti na teren subjektivnih ocjena, i koje će stoga biti relativno lako primjenjivati u praksi. Promjenom fokusa sa svijesti počinitelja na životne učinke ovakva aura objektivnosti dolazi u pitanje. Jesu li učinci određenog postupanja toliko štetni da bismo mogli reći kako u nepovoljan društveni položaj dovodi ne samo tužiteljicu već društvenu skupinu kojoj pripada, pitanje je koje ovisi o vrednotama i društvenim interesima koje želimo zaštititi odnosno promicati.

Sud pravde Europske unije nikada se nije „otvoreno i izravno” odrekao aure objektivnosti koju je nacionalnim sudovima implicitno obećao u presudi *Defrenne*. Čak i onda kada u svojim odlukama u antidiskriminacijskim postupcima postavlja standard-normu koja je otvorena za različita tumačenja, Sud je sklon tu normu izraziti u obliku koji naliči na formulu. Naprimjer, prema sada ustaljenoj praksi Suda koja je kasnije kodificirana antidiskriminacijskim direktivama, izravna diskriminacija postoji ako se jedna osoba stavlja ili je bila stavljena ili bi mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u usporedivoj situaciji, temeljem suspektne osnove. Dakle, X (izravna diskriminacija) = A (nepovoljnost položaja) naspram B (komparator) ako C (uvjetovanost). Kao što ćemo vidjeti, jamstvo zabrane neizravne diskriminacije ima još precizniju formulaičnu strukturu. Na ovaj način dobivamo dva naizgled jasno odvojena i naizgled nezavisna antidiskriminacijska jamstva što samo daje privid formule: diskriminacije = izravna + neizravna. Ono što formulaičnu formu čini privlačnom jest dojam da će odluka koja zadovoljava uvjete postavljene formulom biti temeljena na logici, a logika se često uzima kao jamac objektivnosti. Istovremeno, svaki element oba antidiskriminacijska jamstva otvoren je za različita tumačenja. Što znači da je položaj nepovoljan? Je li nepovoljan zato jer sadrži ograničenje nekog interesa? Bilo kojeg interesa? U bilo kojoj mjeri? Je li nepovoljan zato jer je osoba u sličnoj situaciji prošla bolje? Kada je situacija slična, tj. prema kojem objektivnom mjerilu određujemo koju od nebrojenih sličnosti, odnosno, nebrojenih razlika između bilo koje dve situacije uzeti u obzir, a koju ignorirati? Svaki element obje formule pred nas postavlja slična pitanja. Odgovori koja ovakva pitanja traže od nas nisu stvar logike.

Ono što će pokazati presude sadržane u ovom dijelu priručnika jest da antidiskriminacijske formule koje učestalo nalazimo u odlukama Suda pravde nisu jamac objektivnosti u smislu predodređenosti presude, već ponajprije okvir za vrijednosno uravnotežavanje. Istovremeno, s obzirom na to da normativne formule olakšavaju sudovima da osiguraju legitimitet svojih presuda, budući da ih se često shvaća kao jamce pravne objektivnosti, njihova učestalost u odlukama Suda pravde nije neuobičajena.

2.2 Izravna diskriminacija

2.2.1. VRIJEDNOSNA POZADINA

Jamstvo zabrane izravne diskriminacije tradicionalno se nalazi u samom središtu antidiskriminacijske zaštite. Diskriminacija kao društvena pojava još uvijek se uglavnom percipira kroz prizmu izravne diskriminacije. Većina ljudi tvrdit će da je diskriminirana obrazlažući da se prema njima postupa lošije *zato jer su* nekog spola, etniciteta, seksualne orijentacije, itd. Pri tome će većina tvrditi da ta uvjetovanost (*zato jer*) proizlazi iz predrasude koju počinitelj ima prema njima kao članovima društvene skupine, odnosno, iz stereotipnog poimanja njihovih sposobnosti i interesa. Tek će manjina tvrditi kako ta uvjetovanost proizlazi iz načina na koji je društvo strukturiralo svakodnevne odnose i koji pogoduje životnom stilu pripadnika dominantne društvene skupine zbog čega je pripadnicima te društvene skupine lakše zadovoljiti selekcijske kriterije koje društvo stavlja pred nas kao uvjet pristupa određenom dobru ili koristi. Ovakvo shvaćanje koje je usredotočeno na uklanjanje strukturalnih barijera društvenoj jednakosti karakteristično je za neizravnu diskriminaciju. Nažalost, vjerojatnost da bi neki značajan broj ljudi znao objasniti što je neizravna diskriminacija nije velika.

Svi pravni sustavi koji pripadaju krugu koji popularno nazivamo liberalnim demokracijama zapadnog tipa zauzeli su vrijednosno stajalište kako predrasude prema nekoj društvenoj skupini, odnosno, stereotipi o sposobnostima i interesima pripadnika te skupine nisu društveno poželjni i ne smiju biti razlog zbog kojega bi osobi mogao biti uskraćen pristup nekom društvenom dobru ili koristi.

Aristotelovska formula promiče dosljednost u postupanju. Nedosljednost upućuje na odstupanje od ustaljenog, konvencionalnog. Odstupanje od konvencionalnosti izaziva sumnju. Štoviše,

uzima se kao upozorenje svojevoljnosti, odnosno, arbitrarnosti. Privrženost konvencionalnosti (*statusu quo*) vezana je uz prepostavku društvene uniformiranosti: ako je neko postupanje dobro za većinu, dobro je i za manjinu. Aristotelovska formula na taj način uvjetuje društvenu jednakost asimilacijom. Da bi joj bio zajamčen pristup nekom dobru ili interesu, osoba je morala biti slična onima kojima je to dobro ili interes već osigurano. Sama činjenica da je korist nekome već bila osigurana u najmanju ruku sugerira pripadnost onom dijelu društva koji se nalazi u položaju društvene moći. Aristotelovska formula ne samo da sputava društvenu raznolikost već njezina struktura potiče „formalizam”. S obzirom na to da jamči pristup društvenom dobru pod uvjetom sličnosti s onima koji su već u dovoljno dobrom društvenom položaju da u tom dobru uživaju, aristotelovska formula dopušta dominantnoj društvenoj skupini da postavi i definira uvjete korištenja nekim društvenim dobrom u skladu sa svojim interesima i afinitetima.

Ona jamči društvenu preraspodjelu, ali pod uvjetima i prema „pravilima igre” koje su uspostavili pripadnici dominantne društvene skupine.

Ovakva kritika aristotelovskog načela jednakosti svoj izazov nalazi u stvarnoj praksi. S obzirom na oštrinu svojih zamjerki, kritika mora odgovoriti na činjenicu da je aristotelovska formula vjerojatno najrasprostranjenije pravno jamstvo. Štoviše, njezin je utjecaj toliko dalekosežan da se percipira kao jamstvo vladavine prava (svi su pred zakonom jednaki) i temelj pravičnog pravnog poretka (pravo mora biti primjenjivo na sve i dosljedno se primjenjivati u praksi). Bilo kakva ozbiljnija kritika aristotelovskog načela mora moći objasniti njegovu ovako dominantnu privlačnost.

Ono što aristotelovsko načelo čini toliko privlačnim jest njegovo implicitno obećanje zaštite dostojanstva osobe kao građanina. Sve dok je osoba „slična” (tj. pripada skupnini sličnih) prema njoj se mora pokazati jednako poštovanje kao i prema drugim pripadnicima skupine. Dosljednost u postupanju u tom je smislu čin priznavanja (društvene) vrijednosti (čak i važnosti) osobe. Nadalje, odstupanje od konvencionalnog, odnosno, od ustaljene prakse upućuje na mogućnost arbitranog postupanja tijela vlasti, odnosno, njihove svojevoljnosti.⁷ Zaštita dostojanstva zahtijeva da se vlast ne iskorištava „kako se nekome sviđi”, već na temelju nekog razloga koji pridonosi javnom interesu. S obzirom na to da samovolja negira načelo jednakosti svih članova političke zajednice, ona je u izravnoj suprotnosti s načelom dostojanstva.

Stajalište koje jamstvo zabrane diskriminacije poima kroz prizmu zaštite dostojanstva potiče širenje osnova po kojem je zabranjena diskriminacija kako bi osigurao što širi opseg ovog oblika pravne zaštite. Ono je usredotočeno na osobnu zaštitu pojedinca, bez obzira na položaj društvene skupine kojoj pripada. Kako je u njegovom središtu dostojanstvo kao ljudska karakteristika, stajalište zastupa ideju „univerzalnosti”. Značenje i doseg jamstva stoga ne ovise o konkretnom kontekstu društvene zajednice u kojoj se primjenjuje. Istovremeno, ne postoje uvjerljivi razlozi da je antidiskriminacijska zaštita koju pruža pravni poredak EU zasnovana na ovom poimanju diskriminacije.

Vjerojatnije je da pravni poredak EU pripada onoj skupini pravnih sustava koji su antidiskriminacijska jamstva uveli ponajprije kao odgovor na svoje gorko povijesno iskustvo sustavnog omalovažavanja, potlačivanja i isključivanja određenih društvenih skupina iz širokog opsega društvenih odnosa u kojima su ostali članovi društva (građani i građanke) slobodno i ravnopravno sudjelovali. Gledano s te pozicije, temeljna svrha jamstva zabrane diskriminacije jest spriječiti nastajanje novih te ukloniti sve postojeće prepreke ravnopravnom sudjelovanju povijesno diskriminiranih društvenih skupina u svakom aspektu društvenog života, a posebno u onim područjima koje su od značajne vrijednosti za osobni prosperitet unutar konkretne zajednice kao što su obrazovanje, politička participacija ili tržište rada. Jamstvo zabrane diskriminacije, stoga, štiti pojedinca i njegove interese, ali učinke nepovoljnog postupanja na njegove interese također procjenjuje kroz položaj konkretne društvene skupine kojoj pripada. Ideja jednakosti, odnosno,

⁷ Vlast je shvaćena široko u smislu posjedovanja ovlasti za donošenje odluka kojima se odlučuje o interesima većeg broja ljudi.

njezin praktični potencijal jest univerzalan, ali konkretna primjena antidiskriminacijskih jamstava vezana je uz društveni kontekst koji je karakterističan za određenu zajednicu.

Ovakvo poimanje diskriminacije ogleda se i u činjenici da pravni poredak EU zabranjuje diskriminaciju na temelju razmjerno malog broja osnova, njih šest. Štoviše, tri antidiskriminacijske direktive kojima se propisuje zabrana diskriminacije imaju različit doseg. Direktiva 2006/54 kojom se zabranjuje diskriminacija na temelju spola primjenjuje se u područjima zapošljavanja i radnih uvjeta, socijalne sigurnosti i pristupu tržišnim uslugama i robi. Direktiva 2000/78 koja zabranjuje diskriminaciju temeljem dobi, invaliditeta, vjeroispovijesti i drugog uvjerenja te seksualne orijentacije primjenjuje se isključivo u području zapošljavanja i uvjeta rada, dok Direktiva 2000/43 koja zabranjuje diskriminaciju temeljem etniciteta, odnosno, rase ima najširi doseg i primjenjuje se u područjima zapošljavanja i radnih uvjeta, socijalne sigurnosti, pristupu tržišnim uslugama, robi i obrazovanju. Sam Sud pravde u svojoj je praksi ponajprije usredotočen na položaj društvene skupine u određenom području društvenog života, što je dobilo posebnu potvrdu u nedavnim presudama *Feryn* i *Accept*, koje su u cijelosti uključene u ovaj priručnik. Sud je o odnosu osobnog dostojanstva i jednakosti raspravljao samo jednom i to u ranije spominjanoj odluci *P v S*.

S obzirom na povezanost ideala zaštite dostojanstva i aristotelovskog načela jednakosti, korisno je istaknuti kako aristotelovska formula može biti od koristi i onim pravnim sustavima koji diskriminaciju ne percipiraju prvenstveno kroz prizmu zaštite dostojanstva, već su usredotočeni na uklanjanje diskriminativnih prepreka koje su kroz povijest tog društva sustavno podizane i ugrađivane u samu strukturu svakodnevnih društvenih odnosa kako bi se određena manjinska skupina održala u podređenom društvenom položaju. Aristotelovska formula „sa sličnima slično” ima određenu korist i za takve sustave.

Ono što dosljednost na kojoj inzistira formula čini korisnim za pristup koji je fokusiran na uklanjanje prepreka stvarnoj jednakosti pripadnika društvene skupine koja je povijesno bila izložena sustavnoj društvenoj diskriminaciji jest praktično životno iskustvo da najveći broj ljudi ne poduzima neke radnje, tj. donosi odluke bez razloga ili cilja. Dosljednost u postupanju sugerira da je neka praksa koja se dosljedno provodi iz slučaja u slučaj dokazala određenu praktičnu vrijednost. Stoga, nije vjerojatno da će do odstupanja od takve prakse u situacijama koje se doimaju „sličnima” doći „zato jer se to nekome prohtjelo”. Puno je vjerojatnije da iza odstupanja stoji neki važan razlog. Iskustvo također govori da onim društvenim zajednicama čija je povijest obilježena sustavnom diskriminacijom određenih društvenih skupina predrasude ili stereotipi prema pripadnicima tih „manjinskih” skupina, odnosno, svjesna ili nesvjesna sklonost da ih se isključi iz širokog opsega društvenih odnosa često jest taj uzrok odstupanja od inače ustaljene prakse. Ukratko, nedosljednost je neka vrsta „alarma za uzbunu” temeljenog na gorkom iskustvu.

2.2.2. ULOGA KOMPARATORA

Navedeno ima vrlo praktičnu posljedicu. Komparator nema, kako se to učestalo tvrdi, konstitutivnu vrijednost, tj. činjenica da ne postoji komparator ne povlači nužno i zaključak da diskriminacije nema, tj. da je nije moglo biti. Komparator ima instrumentalnu vrijednost. On je prije svega način dokazivanja. Činjenica da nije utvrđen komparator u najboljem slučaju može značiti da diskriminacija nije dokazana (jer nisu postojali niti drugi dokazi). To je, naravno, potpuno drugačiji zaključak od onog da diskriminacija nije postojala.

Istovremeno, činjenica je da sve antidiskriminacijske direktive u tekstu svojih odredaba kojima propisuju zabranu izravne diskriminacije navode komparator kao dio definicije. To je najznačajnijim dijelom rezultat druge, još važnije činjenice. Sud se u svojoj praksi učestalo koristio pristupom koji se oslanjao na komparatora. Direktive su, u tom smislu, samo kodificirale praksu suda. Štoviše, Sud ne samo da se učestalo koristio komparatorom već se njime nerijetko koristio na različite načine, što je izazvalo određene nedoumice i pažnju usmjerilo baš na taj element jamstva zabrane diskriminacije.

Odluke C-54/07 *Feryn* i *Accept* koje nalazimo u ovom poglavlju donekle su pridonijele rasčišćavanju ovih nedoumica jer jasno pokazuju kako komparator nije konstitutivni element zabrane diskriminacije. Iz oba predmeta jasno proizlazi kako činjenica da ne postoji konkretan komparator, pa čak i konkretna žrtva (pojedinaac), ne znači da nije došlo do povrede jamstva zabrane izravne diskriminacije. To je izravna posljedica poimanja diskriminacije koje je usredotočeno ne samo na pojedinca (i njegovo dostojanstvo) već prije svega na učinke koje sporno postupanje ima za konkretni položaj društvene skupine kojoj pravo EU pruža antidiskriminacijsku zaštitu.

S obzirom na to da stajalište prema kojemu je komparator neophodan za uspjeh u antidiskriminacijskom sporu ima značajan broj pobornika, treba jasno uputiti na praktične učinke ovog stajališta. Stajalište koje inzistira na nužnosti komparatora promiče razmjerno usko shvaćanje diskriminacije. Stajalište da je komparator nužan za postojanje diskriminacije može se temeljiti na tri različita razloga. Prvi i najjednostavniji razlog jest formalizam. Naime, može se tvrditi da je komparator nužan zato što „to piše u tekstu odredbe”. Problem s ovim argumentom jest što nigdje ne „piše” da je komparator nužan ni koja je točno njegova uloga. Drugo, uvjerenje o nužnosti komparatora može odražavati uvjerenje da je to jedini način dokazivanja diskriminacije koji je uvjerljiv. Stoga, da bi se Sud uvjerilo da diskriminacija postoji mora se identificirati komparator. Ni ovaj argument nije posebno uvjerljiv jer postoji cijeli niz dokaznih sredstava (npr. e-mail u kojem je jasno izražena predrasuda, razgovor s trećom osobom, itd.) na temelju kojih bi velika većina ljudi zaključila da se radi o diskriminaciji, a da nisu nikako vezani uz neki komparator. Treći je argument najozbiljniji. Stajalište o nužnosti komparatora može odražavati uvjerenje da do diskriminacije može doći tek ako se radi o nedosljednom postupanju o odnosu na druge članove društva. To je uvjerenje koje se dobrim dijelom temelji na vrijednosnom shvaćanju da je nedosljednost odraz nepoštivanja osobnog dostojanstva. Problem je što, kao što je navedeno, takvo stajalište nema čvrstih temelja ni u pozitivnom antidiskriminacijskom zakonodavstvu EU ni u praksi Suda pravde Europske unije.

Odluka Suda u predmetu *Feryn* uvjerljivo pokazuje kako komparator nema konstitutivni značaj za jamstvo zabrane diskriminacije. U predmetu je Sud zauzeo jasno stajalište prema kojem se jamstvo zabrane diskriminacije može tumačiti tako da i sama izjava poslodavca dana u javnosti može označavati diskriminaciju iako u konkretnom slučaju nije bilo konkretne žrtve koja je zatražila zaštitu zbog povrede nekog svog konkretnog interesa. Kako nije bilo konkretne žrtve, bilo je besmisleno raspravljati o konkretnom komparatoru. Ono što je odigralo ključnu ulogu u obrazloženju Suda bio je *učinak* spornog ponašanja. Sud je naglasio obeshrabrujući učinak spornih izjava na pripadnike specifične manjinske etničke skupine koji su planirali prijaviti se za radno mjesto kod konkretnog poslodavca odnosno uključiti se na tržište rada. Iz samog sadržaja izjave dane u javnosti bilo je jasno kako je poslovna politika zapošljavanja o kojoj je govorio tuženik uvjetovana kriterijem etničke pripadnosti osoba koje bi kod tog poslodavca potražile priliku za zapošljavanjem. Sud nije ni u jednom trenutku koristio komparator niti je to bilo neophodno jer se radilo o „neprikrivenoj” diskriminaciji.

Feryn također ide u prilog tvrdnji da Sud ne poima diskriminaciju kroz prizmu zaštite osobnog dostojanstva, već kroz učinke koje sporno postupanje ima na društveni položaj određene skupine. U tom smislu vrijedi izdvojiti kako je Sud zauzeo izričito stajalište prema kojem je „*svrha te direktive, kao što je navedeno u recitalu 8. njezine preambule, poticanje uvjeta za socijalno uključivo tržište rada... Cilj poticanja uvjeta za socijalno uključivo tržište rada bio bi teško ostvariv ako bi područje primjene Direktive 2000/43 bilo ograničeno samo na predmete u kojima je neuspješni kandidat za radno mjesto, smatrajući da je žrtva izravne diskriminacije, pokrenuo pravni postupak protiv poslodavca*”. Štoviše, „*činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla, što će vrlo vjerojatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prijava te na taj način ometati njihov pristup tržištu rada, izravna je diskriminacija u zapošljavanju u smislu članka 2.(2)(a) Direktive 2000/43. Postojanje takve izravne diskriminacije nije ovisno o identifikaciji podnositelja prigovora koji tvrdi da je bio žrtva.*”

Odluka *Feryn* nije uobičajan pristup Suda primjeni jamstva zabrane diskriminacije i u tom smislu ima posebnu vrijednost iako se ne bi mogla opisati „revolucionarnom”. Sud je i u svojoj ranijoj praksi odlučivao ne oslanjajući se na komparator, odnosno, usredotočujući se na učinke spornog postupanja na konkretnu društvenu skupinu. Tu posebno treba naglasiti pionirsku odluku suda u predmetu C-177/88 *Dekker* u kojoj je Sud zauzeo stajalište da je nepovoljno postupanje poslodavca prema ženi uvjetovano njezinom trudnoćom izraz spolne diskriminacije iako je poslodavac uspješno dokazao kako bi jednako nepovoljno postupio prema muškarcu koji je zbog medicinskih razloga odsutan s posla jednako vrijeme, odnosno, iako je na mjesto tužiteljice zaposlio ženu. Sud nije prihvatio takav komparativni pristup i zauzeo izuzetno važno stajalište kako se trudnoća ne može niti na koji način uspoređivati s bolešću. Štoviše, specifična je isključivo za ženski spol. U tom smislu sud je naglasio kako učinci nepovoljnog postupanja temeljem trudnoće pogađaju isključivo žene. Sama činjenica da su žene jedine izložene takvom nepovoljnom postupanju dovoljna je za zaključak da takvo postupanje čini njihov položaj na tržištu rada još nepovoljnijim.

C-54/07 *Feryn* ECR [2008] I-05187

Predmet C-54/07

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding protiv

Firma Feryn NV

(Zahtjev za prethodnu odluku: Arbeidshof te Brussel(Radni sud u Bruxellesu))

(Direktiva 2000/43/EC – Diskriminatorni kriteriji za odabir osoblja – Teret dokazivanja – Sankcije)

Sažetak presude

1. *Pravo Zajednice – Načela – Jednako postupanje – Jednako postupanje prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu – Direktiva 2000/43 (Direktiva Vijeća 2000/43, članak 2.(2)(a))*
2. *Pravo Zajednice – Načela – Jednako postupanje – Jednako postupanje prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu – Direktiva 2000/43 (Direktiva Vijeća 2000/43, članak 8.(1))*
3. *Pravo Zajednice – Načela – Jednako postupanje – Jednako postupanje prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu – Direktiva 2000/43 (Direktiva Vijeća 2000/43, članak 15.)*

Činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla, što će vrlo vjerojatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prijava te na taj načinometati njihov pristup tržištu rada, izravna je diskriminacija u zapošljavanju u smislu članka 2.(2)(a) Direktive 2000/43 o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o njihovom rasnom ili etničkom podrijetlu. Postojanje izravne diskriminacije nije ovisno o identifikaciji podnositelja žalbe koji tvrdi da je bio žrtva takve diskriminacije.

(vidi paragrafe 25., 28., operativni dio 1)

Javne izjave kojima poslodavac objavljuje kako, u skladu s njegovom politikom zapošljavanja, neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla dovoljne su za presumpciju postojanja politike zapošljavanja koja je izravno diskriminatorna u smislu članka 8.(1) Direktive 2000/43 o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o njihovom rasnom ili etničkom podrijetlu. Tada je na tom poslodavcu da dokaže kako nije došlo do povrede načela jednakog postupanja. To može učiniti tako da pokaže kako stvarna praksa zapošljavanja poduzeća ne odgovara takvim izjavama.

Na nacionalnom je sudu da provjeri jesu li navodne činjenice utvrđene te da procijeni dostatnost dokaza podnesenih u korist poslodavčevih tvrdnji da nije povrijedio načelo jednakog postupanja.

(vidi paragraf 34., operativni dio 2)

Članak 15. Direktive 2000/43 o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o njihovom rasnom ili etničkom podrijetlu zahtjeva da pravila o sankcijama primjenjivim za povrede nacionalnih odredbi usvojenih radi provođenja te direktive moraju biti učinkovita, razmjerna te moraju odvrćati od takvog ponašanja, čak i ako nema identificirane žrtve.

(vidi paragraf 40., operativni dio 3)

PRESUDA SUDA (Drugo vijeće)

10. srpnja 2008.

(Direktiva 2000/43/EC – Diskriminatorni kriteriji za odabir osoblja – Teret dokazivanja – Sankcije)

U predmetu C-54/07,

ZAHTJEV za prethodnu odluku na temelju članka 234. EZ upućen od Arbeidshof te Brussel (Radnog suda u Bruxellesu) (Belgija), donesen na temelju odluke od 24. siječnja 2007., primljen na sud 6. veljače 2007., u postupku

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding

protiv

Firma Feryn NV,

SUD (Drugo vijeće),

sastavljen od C.W.A. Timmermansa, predsjednika vijeća, L. Bay Larsena, K. Schiemanna, J. Makarczyka and J.-C. Bonichota (izvjestitelj), sudaca,

Nezavisni odvjetnik: M. Poiares Maduro,

Zapisničar: B. Fülöp, administrator,

uzimajući u obzir pisani postupak i ročište održano 28. studenog 2007.,

nakon razmatranja primjedbi podnesenih u ime:

- Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, po C. Bayartu, odvjetniku,
 - belgijske Vlade, po L. Van den Broecku i C. Pochett kao zastupnicima,
 - Irske, po D. O’Haganu and P. McGarryju kao zastupnicima,
 - Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, po T. Harrisu, kao zastupniku, i po T. Wardu i J. Eadyju, odvjetnici,
 - Komisije Europske Zajednice, po M. van Beeku i J. Enegrenu kao zastupnicima,
- nakon saslušanja Mišljenja Nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 12. ožujka 2008., donosi sljedeću

Presudu

1 Ovaj zahtjev za prethodnom odlukom odnosi se na tumačenje Direktive Vijeća 2000/43 od 29. lipnja 2000. o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu (O) 2000 L 180, str. 22).

2 Zahtjev je podnesen u postupku između Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centra za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma), tužitelja u glavnom postupku, te Firma Feryn NV (‘Feryn’), tuženika u glavnom postupku, nakon napomena jednoga od svojih direktora kojima javno potvrđuje kako njegova tvrtka ne želi zapošljavati „imigrante”.

Pravni kontekst*Propisi Zajednice*

3 U skladu s člankom 1. Direktive 2000/43, „svrha je ove Direktive utvrditi okvir za borbu protiv diskriminacije na temelju rasnog ili etničkog podrijetla, s ciljem započinjanja s primjenom načela jednakog postupanja u državama članicama”.

4 Prema članku 2. (2)(a) Direktive:

„izravna diskriminacija postoji ako se prema nekoj osobi postupa, ako se postupalo ili bi se postupalo nepovoljnije nego prema drugoj osobi u sličnoj situaciji na temelju rasnog ili etničkog podrijetla”.

5 Članak 3. (1)(a) navodi da se odnosi na „uvjete za pristup zapošljavanju, samozapošljavanju i strukama, uključujući i kriterije za odabir i uvjete zapošljavanja, neovisno o grani djelatnosti

te na svim razinama profesionalne hijerarhije, uključujući i napredovanje”. Nasuprot tome, u skladu s člankom 3. (2) iste, ta direktiva ne uključuje „razliku u postupanju na temelju državljanstva”.

6 Prema članku 6. (1) Direktive 2000/43:

„Države članice mogu usvojiti ili zadržati odredbe povoljnije za zaštitu načela jednakog postupanja od onih predviđenih u ovoj Direktivi”.

7 Članak 7. Direktive navodi:

„1. Države članice će osigurati da sudski i/ili upravni postupci, uključujući i postupke mirenja, ako ih smatraju potrebnima, za izvršenje obveza koje proizlaze iz ove Direktive, budu dostupni svim osobama koje se smatraju oštećenima radi neprovođenja načela jednakog postupanja, čak i nakon prekida odnosa za koje postoji sumnja da je u njima postojala diskriminacija.

2. Države članice će osigurati da udruge, organizacije ili druge pravne osobe, koje, u skladu s kriterijima utvrđenima u njihovom nacionalnom pravu, imaju zakoniti interes u osiguravanju poštivanja odredaba ove Direktive, mogu sudjelovati, u ime ili kao potpora podnositelju prigovora, uz njegov pristanak, u svim sudskim i/ili upravnim postupcima za izvršenje obveza koje proistječu iz ove Direktive.

...”

8 Članak 8. (1) Direktive uz to propisuje:

„Države članice poduzet će sve potrebne mjere, u skladu sa svojim nacionalnim pravosudnim sustavima, kako bi osigurale da, kada osobe koje se smatraju oštećenima radi neprimjene načela jednakog postupanja, pred sudom ili nekim drugim nadležnim tijelom, iznesu činjenice na temelju kojih se može pretpostaviti postojanje izravne ili neizravne diskriminacije, na tuženiku leži teret dokaza da nije bilo povrede načela jednakog postupanja.”

9 Članak 13. (1) Direktive 2000/43 obvezuje države članice da odrede jedno ili više tijela za promicanje jednakog postupanja. Prema članku 13. (2) Direktive: 1. Države članice dužne su odrediti jedno ili više tijela za promicanje ravnopravnosti svih osoba bez diskriminacije na temelju rasnog ili etničkog podrijetla. Ta tijela mogu biti dio nacionalnih tijela za zaštitu ljudskih prava ili za zaštitu prava pojedinaca u pojedinom slučaju.

„Države članice dužne su osigurati da nadležnost tih tijela uključuje:

- ne dovodeći u pitanje prava žrtava i udruga, organizacija ili drugih pravnih osoba iz članka 7. (2), pružanje neovisne pomoći žrtvama diskriminacije pri podnošenju tužbi radi diskriminacije,

...”

10 Konačno, članak 15. Direktive na države članice prenosi odgovornost za određivanje pravila o primjenjivim sankcijama i određuje da te sankcije mogu uključivati isplate radi naknade štete te da moraju biti „učinkovite, razmjerne i moraju odvrćati od takvog ponašanja”.

Nacionalno zakonodavstvo

11 Zakon od 25. veljače 2003. o borbi protiv diskriminacije i izmjenama i dopunama Zakona od 15. veljače 1993. o osnivanju Centra za jednake mogućnosti i borbu protiv rasizma (*Moniteur belge* od 17. ožujak 2003., str. 12844), izmijenjen i dopunjen Zakonom od 20. srpnja 2006. o različitim odredbama (*Moniteur belge* od 28. srpnja 2006., str. 36940, „Zakon od 5. veljače 2003.“), nastoji prenijeti Direktivu 2000/43 u belgijsko pravo.

12 Članak 2. Zakona od 25. veljače 2003. zabranjuje bilo kakvu izravnu ili neizravnu diskriminaciju s obzirom na uvjete pristupa zaposleničkoj aktivnosti. Članak 19. toga zakona namijenjen je provođenju članka 8. Direktive 2000/43 koji se odnosi na teret dokaza.

13 Zakon od 25. veljače 2003. također odobrava kaznene ili građanske postupke protiv diskriminacije. Sud može, temeljem članka 19. tog zakona, narediti prestanak čina diskriminacije (članak 19. (1)) i objavu svoje odluke (članak 19.(2)) ili, temeljem članka 20. Zakona, može izreći novčanu kaznu.

14 Belgijsko zakonodavstvo odobrilo je Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mogućnost da bude stranka u sudskom postupku u kojemu postoji ili može postojati diskriminacija, bez potrebe za prethodnim prigovorom.

Spor u glavnom postupku i pitanja upućena na prethodnu odluku

15 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, belgijsko tijelo određeno, u skladu s člankom 13. Direktive 2000/43, da promiče jednako postupanje, podnijelo je belgijskim radnim sudovima zahtjev da utvrde da je Feryn, specijaliziran za prodaju i instalaciju pomičnih i pregradnih vrata, koristio diskriminatornu politiku zapošljavanja.

16 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding djeluje na temelju javnih izjava direktora Feryna sa učinkom da njegovo poduzeće želi zaposliti montere, ali da ne može zaposliti imigrante jer im njihovi klijenti nisu voljni dati pristup svojim privatnim rezidencijama za vrijeme trajanja radova.

17 Po nalogu od 26. lipnja 2006. Voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel (predsjednik Radnog suda u Bruxellesu) odbio je zahtjev Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding-a, navodeći, posebice, da nije bilo dokaza niti pretpostavke da se osoba prijavila za posao i nije bila zaposlena zbog svog etničkog podrijetla.

18 Na temelju toga, Arbeidshof te Brussel (Radni sud u Bruxellesu), kojemu je Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding podnio žalbu, odlučio je zastati s postupkom i uputiti Sudu pravde zahtjev za prethodnu odluku u sljedećim pitanjima:

„(1) Postoji li izravna diskriminacija u smislu članka 2. (2)(a) Direktive Vijeća 2000/43/EC od 29. lipnja 2000. o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu ako poslodavac, nakon objave jasne obavijesti o slobodnom radnom mjestu, javno izjavi:

„Moram udovoljiti zahtjevima svojih potrošača. Ako kažete: „Želim određeni proizvod i želim ga ovako i ovako”, i ja kažem: „Neću to učiniti, poslat ću te ljude”, onda Vi kažete: „Ne trebam ta vrata.” Tada sebe ostavljam bez posla. Mi moramo ispuniti zahtjeve svojih potrošača. Ovo nije moj problem. Nisam ja stvorio ovaj problem u Belgiji. Želim da tvrtka dobro posluje i želim da ostvarimo svoj prihod na kraju godine, i kako da to učinim? – Moram to učiniti na način na koji potrošači žele da se učini.” [?]

(2) Je li dovoljno, za postojanje izravne diskriminacije u uvjetima za pristup plaćenom zaposlenju, utvrditi da poslodavac upotrebljava izravno diskriminatorne kriterije za odabir?

(3) Radi utvrđivanja postojanja izravne diskriminacije u smislu članka 2. (2)(a) Direktive Vijeće 2000/43/EC ..., može li se, pri procjenjivanju je li poslodavčeva politika zapošljavanja diskriminatorna, u obzir uzeti zapošljavanje isključivo domaćih montera od strane podružnice društva poslodavca?

(4) Kako shvatiti „činjenice prema kojima se može pretpostaviti da je postojala izravna ili neizravna diskriminacija” u smislu članka 8. (1) Direktive 2000/43? Koliko strog mora biti nacionalni sud u procjenjivanju činjenica koje dovode do pretpostavke o diskriminaciji?

(a) U kojoj su mjeri ranije diskriminatorne radnje (javne objave izravno diskriminatornih kriterija odabira u travnju 2005.) „činjenice prema kojima se može pretpostaviti da je postojala izravna ili neizravna diskriminacija” u smislu članka 8. (1) Direktive 2000/43?

(b) Dovodi li diskriminatorna radnja utvrđena u travnju 2005. (javna objava u travnju 2005.) naknadno do pretpostavke o nastavljanju izravno diskriminatorne politike zapošljavanja? Uzimajući u obzir činjenice iz glavnog postupka, je li dovoljno, radi utvrđivanja pretpostavke (da poslodavac provodi i nastavlja slijediti diskriminatornu politiku zapošljavanja) da je, u travnju 2005., u odgovoru na pitanje nije li se kao poslodavac odnosio prema ljudima iz stranih država i iz domaće države na nejednak način i na taj način ponašao pomalo rasistički, on javno izjavio: „Moram udovoljiti zahtjevima svojih potrošača. Ako kažete: „Želim određeni proizvod i želim ga ovako i ovako”, i ja kažem: „Neću to učiniti, poslat ću te ljude”, onda Vi kažete: „Ne trebam ta

vrata.” Tada sebe ostavljam bez posla. Mi moramo ispuniti zahtjeve svojih potrošača. Ovo nije moj problem. Nisam ja stvorio ovaj problem u Belgiji. Želim da tvrtka dobro posluje i želim da ostvariti svoj prihod na kraju godine, i kako da to učinim? – Moram to učiniti na način na koji potrošači žele da se učini.” [?]

(c) Uzimajući u obzir činjenice iz glavnog postupka, može li zajednička izjava za javnost priopćena od strane poslodavca i od nacionalnog tijela za borbu protiv diskriminacije, u kojima su diskriminatorne radnje barem implicitno potvrđene od strane poslodavca, dovesti do utvrđenja takve pretpostavke?

(d) Dovodi li činjenica da poslodavac ne zapošljava montere iz etničkih manjina do pretpostavke neizravne diskriminacije kada je taj isti poslodavac prethodno imao velike teškoće u zapošljavanju montera i, štoviše, javno izjavio da se njegovim potrošačima ne sviđa raditi sa monterima koji su imigranti?

(e) Je li jedna činjenica dovoljna za utvrđenje pretpostavke diskriminacije?

(f) Uzimajući u obzir činjenice iz glavnog postupka, može li pretpostavka diskriminacije od strane poslodavca biti izvedena iz činjenice zapošljavanja isključivo domaćih montera od strane podružnice poduzeća tog poslodavca?

(5) Koliko strog mora biti nacionalni sud u procjeni dokaza obaranja koji se moraju iznijeti kada je utvrđena pretpostavka diskriminacije u smislu članka 8. (1) Direktive 2000/43? Može li pretpostavka diskriminacije u smislu članka 8. (1) Direktive 2000/43 ... biti oborena jednostavnom i jednostranom izjavom poslodavca u medijima da on ne ili više ne diskriminira te da su monteri iz etničkih manjina dobrodošli; i/ili jednostavnim očitovanjem poslodavca da je njegovo poduzeće, isključujući društvo sestru, popunilo sva slobodna radna mjesta montera i/ili izjavom da je zaposlena čistačica iz Tunisa i/ili, uzimajući u obzir činjenice iz glavnog postupka, može li pretpostavka biti oborena samo stvarnim zaposlenjem montera iz etničkih manjina i/ili ispunjenjem obaveza danih u zajedničkoj izjavi za javnost?

(6) Kako razumjeti sankciju koja je „učinkovita, razmjerna i koja odvraća od takvog ponašanja”, kako je navedena u članku 15. Direktive 2000/43 ...? Uzimajući u obzir činjenice iz glavnog postupka, dozvoljava li gore navedeni uvjet iz članka 15. Direktive 2000/43 nacionalnom sudu da samo proglasi postojanje izravne diskriminacije? Ili, naprotiv, također zahtijeva da nacionalni sud odobri nalog za zabranu, kao što je predviđeno u nacionalnom pravu? Uzimajući u obzir činjenice iz glavnog postupka, do koje je mjere nacionalni sud dužan dodatno narediti objavu nadolazeće presude kao sankciju koja je „učinkovita, razmjerna i koja odvraća od takvog ponašanja”?

Pitanja upućena na prethodnu odluku

19 Treba na početku napomenuti da članak 234. EZ ne ovlašćuje Sud da primijeni pravila prava Zajednice u određenom predmetu, nego samo da odluči o tumačenju Ugovora o EZ i o propisima usvojenim od strane institucija Europske zajednice (vidi, između ostalog, predmet 100/63 *van der Veen* [1964] ECR 565, 572, i predmet C-203/99 *Veedfald* [2001] ECR I-3569, paragraf 31). Sud može, međutim, unutar okvira pravosudne suradnje predviđene u tom članku te na temelju predstavljene materije, pružiti nacionalnom sudu tumačenje prava Zajednice koje mu može biti korisno u procjeni učinaka neke odredbe (predmet 20/87 *Gauchard* [1987] ECR 4879, paragraf 5, i spojeni predmeti C-515/99, C-519/99 do C-524/99 i C-526/99 do C-540/99 *Reisch and Others* [2002] ECR I-2157, paragraf 22).

20 Nacionalni je sud zatražio Sud da tumači odredbe Direktive 2000/43 u svrhu, u osnovi, procjene opsega pojma izravne diskriminacije u svjetlu javnih izjava poslodavca u tijeku postupka zapošljavanja (prvo i drugo pitanje), uvjeta u kojima pravilo o promjeni tereta dokazivanja utvrđenog tom direktivom može biti primijenjeno (treće do peto pitanje) te koje se kazne mogu smatrati prikladnima u slučaju kao što je onaj u glavnom postupku (šesto pitanje).

Prvo i drugo pitanje

21 S obzirom na prvo i drugo pitanje, Irska i Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske drže da nije moguće da postoji izravna diskriminacija u smislu Direktive 2000/43, tako da je direktiva neprimjenjiva kada je navodna diskriminacija rezultat javne izjave poslodavca o njegovoj politici zapošljavanja, ali nema identificiranog podnositelja prigovora koji tvrdi da je bio žrtva te diskriminacije.

22 Istina je da, kao što te dvije države članice tvrde, članak 2. (2) Direktive 2000/43 definira izravnu diskriminaciju kao situaciju u kojoj se prema jednoj osobi „postupa”, postupalo ili bi se postupalo nepovoljnije nego prema drugoj u usporedivoj situaciji na temelju rasnog ili etničkog podrijetla. Isto tako, članak 7. te direktive zahtijeva od država članica da osiguraju da su sudski postupci dostupni „svim osoba koje se smatraju oštećenima radi propusta primjene načela jednakog postupanja na njih” te tijelima javnog interesa koji pokreću sudske postupke „u ime ili kao potpora podnositelju prigovora”.

23 Unatoč tome, ne može se zaključiti da nedostatak odredivog podnositelja prigovora dovodi do zaključka da nije bilo izravne diskriminacije u smislu Direktive 2000/43. Svrha te direktive, kao što je navedeno u recitalu 8. njezine preambule, je „poticanje uvjeta za socijalno uključivo tržište rada“. U tu svrhu, članak 3. (1)(a) navodi da ta direktiva pokriva, među ostalim, kriterije za odabir i uvjete zapošljavanja.

24 Cilj poticanja uvjeta za socijalno uključivo tržište rada bio bi teško ostvariv ako bi područje primjene Direktive 2000/43 bilo ograničeno samo na predmete u kojima je neuspješni kandidat za radno mjesto, smatrajući da je žrtva izravne diskriminacije, pokrenuo pravni postupak protiv poslodavca.

25 Činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla, što će vrlo vjerojatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prijava te, na taj način, ometati njihov pristup tržištu rada, predstavlja izravnu diskriminaciju u zapošljavanju u smislu članka 2.(2)(a) Direktive 2000/43. Postojanje takve izravne diskriminacije nije ovisno o identifikaciji podnositelja prigovora koji tvrdi da je bio žrtva.

26 Pitanje što čini izravnu diskriminaciju u smislu Direktive 2000/43 mora biti razlikovano od onoga o pravnim postupcima predviđenima u članku 7. te direktive radi utvrđenja propusta u postupanju u skladu s načelom jednakog postupanja i nametanju sankcija u tom smislu. Ti pravni postupci moraju, u skladu s odredbama tog članka, biti dostupni osobama koji smatraju da su trpjeli diskriminaciju. Međutim, zahtjevi iz članka 7. Direktive 2000/43 su, kao što je navedeno u članku 6. iste, samo minimalni zahtjevi i Direktiva ne sprečava države članice da uvedu ili zadrže odredbe koje su povoljnije za zaštitu načela jednakog postupanja.

27 Slijedom navedenog, članak 7. Direktive 2000/43 ne sprečava države članice da propisuju, u svom nacionalnom zakonodavstvu, pravo udrugama sa zakonitim interesom za osiguravanje usklađenosti sa tom direktivom, ili za tijelo ili tijela osnovana na temelju članka 13. iste, da pokrenu pravne ili upravne postupke radi ispunjavanja obveza koje proizlaze iz direktive a da ne djeluju u ime određenog podnositelja prigovora ili u nedostatku podnositelja prigovora. Međutim, isključivo je na nacionalnom sudu da procijeni dozvoljava li nacionalno zakonodavstvo takvu mogućnost.

28 U svjetlu prethodno navedenog, odgovor na prvo i drugo pitanje mora biti da činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla predstavlja izravnu diskriminaciju u zapošljavanju u smislu članka 2.(2)(a) Direktive 2000/43, a takve će izjave vrlo vjerojatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prijava te, na taj način, ometati njihov pristup tržištu rada.

Treće do peto pitanje

29 Treće do peto pitanje odnose se na primjenu pravila promjene tereta dokazivanja iz članka 8. (1) Direktive 2000/43 na situacije u kojima diskriminatorska politika zapošljavanja navodno

postoji s obzirom na napomene koje je javno izrekao poslodavac u vezi s njegovom politikom zapošljavanja.

30 Članak 8. Direktive 2000/43 u tom pogledu propisuje da je, kada postoje činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je došlo do izravne ili neizravne diskriminacije, na tuženiku da dokaže da nije bilo povrede načela jednakog postupanja. Preduvjet obvezi predočenja dokaza koji će oboriti pretpostavku koja, dakle, nastaje za navodnog počinitelja diskriminacije jest jednostavan zaključak da je pretpostavka diskriminacije nastala na temelju utvrđenih činjenica.

31 Izjave kojima poslodavac javno obznanjuje da, prema njegovoj politici zapošljavanja, neće zaposliti bilo kojeg zaposlenika određenog etničkog ili rasnog podrijetla mogu biti činjenice koje dovode do pretpostavke o diskriminatornoj politici zapošljavanja.

32 Dakle, na poslodavcu je da predoči dokaze da nije prekršio načelo jednakog postupanja, što može učiniti, među ostalim, tako da pokaže da stvarna praksa zapošljavanja ne odgovara tim izjavama.

33 Na nacionalnom je sudu da provjeri jesu li navodne činjenice protiv tog poslodavca osnovane te da utvrdi dostatnost dokaza koje je poslodavac predočio u potporu svojim tvrdnjama da nije prekršio načelo jednakog postupanja.

34 U skladu s navedenim, odgovor na treće do peto pitanje mora biti da su javne izjave kojima poslodavac objavljuje kako, u skladu s njegovom politikom zapošljavanja, neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla dovoljne za presumpciju postojanja politike zapošljavanja koja je izravno diskriminatorna u smislu članka 8.(1) Direktive 2000/43. Tada je na poslodavcu da dokaže kako nije došlo do povrede načela jednakog postupanja. To može učiniti tako da pokaže kako stvarna praksa zapošljavanja poduzeća ne odgovara tim izjavama. Na nacionalnom je sudu da provjeri jesu li navodne činjenice utvrđene te da procijeni dostatnost dokaza podnesenih u korist poslodavčevih tvrdnji da nije povrijedio načelo jednakog postupanja.

Šesto pitanje

35 Šesto pitanje u osnovi pita koje se sankcije mogu smatrati prikladnima za diskriminaciju u zapošljavanju ustanovljenu na temelju poslodavčevih javnih izjava.

36 Članak 15. Direktive 2000/43 države članice čini odgovornima za utvrđivanje pravila o sankcijama za povrede nacionalnih odredbi usvojenih u skladu s tom direktivom. Članak 15. navodi da te sankcije moraju biti učinkovite, razmjerne i da moraju odvrćati od takvog ponašanja te da se mogu sastojati od isplate radi naknade štete žrtvi.

37 Članak 15. Direktive 2000/43, dakle, nameće državama članicama obveze uvođenja mjera koje su dovoljno učinkovite za postizanje cilja direktive u nacionalne pravne sustave te osiguravanja učinkovitog oslanjanja na te mjere pred nacionalnim sudovima tako da sudska zaštita bude stvarna i učinkovita. Direktiva 2000/43, međutim, ne propisuje određenu sankciju, nego ostavlja državama članicama slobodu izbora između različitih rješenja prikladnih za postizanje tog cilja.

38 U predmetu kao što je onaj upućen od strane nacionalnog suda, gdje nema izravne žrtve diskriminacije, ali zakonom ovlašteno tijelo traži utvrđenje diskriminacije i kažnjavanje, sankcije, za koje članak 15. Direktive 2000/43 zahtijeva da budu predviđene nacionalnim zakonom, moraju također biti učinkovite, razmjerne i moraju odvrćati od takvog ponašanja.

39 Ako je to prikladno situaciji u glavnom postupku, te sankcije mogu, ako je potrebno, uključivati utvrđenje diskriminacije od strane suda ili nadležnog upravnog tijela zajedno sa odgovarajućom razinom publiciteta, trošak čega bi snosio tuženik. Također mogu biti u obliku naloga o zabrani, u skladu s pravilima nacionalnog prava, naređujući poslodavcu da prekine s diskriminatornom praksom, te, ako je primjereno, novčane kazne. Štoviše, mogu biti i u obliku dosuđenja odštete tijelu koje pokreće postupak.

40 Odgovor na šesto pitanje stoga mora biti da članak 15. Direktive 2000/43 zahtijeva da pravila o sankcijama primjenjivim za povrede nacionalnih odredbi usvojenih radi provođenja te direktive moraju biti učinkovita, razmjerna te moraju odvrćati od takvog ponašanja, čak i ako nema identificirane žrtve.

Troškovi

41 Budući da su ovi postupci za stranke u glavnom postupku dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud. Troškovi nastali zbog podnošenja prigovora Sudu, osim troškova tih stranaka, nisu nadoknadivi.

Na tim temeljima, Sud (Drugo vijeće) odlučuje:

1. **Činjenica da poslodavac javno izjavi da neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla izravna je diskriminacija u zapošljavanju u smislu članka 2.(2)(a) Direktive 2000/43 o provođenju načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o njihovom rasnom ili etničkom podrijetlu, a takve će izjave vrlo vjerojatno snažno odvratiti određene kandidate od podnošenja njihovih prijava te, na taj način, ometati njihov pristup tržištu rada.**
2. **Javne izjave kojima poslodavac objavljuje kako, u skladu s njegovom politikom zapošljavanja, neće zapošljavati zaposlenike određenog etničkog ili rasnog podrijetla dovoljne su za presumpciju postojanja politike zapošljavanja koja je izravno diskriminatorna u smislu članka 8.(1) Direktive 2000/43. Tada je na poslodavcu da dokaže kako nije došlo do povrede načela jednakog postupanja. To može učiniti tako da pokaže kako stvarna praksa zapošljavanja poduzeća ne odgovara takvim izjavama. Na nacionalnom je sudu da provjeri jesu li navodne činjenice utvrđene te da procijeni dostatnost dokaza podnesenih u korist poslodavčevih tvrdnji da nije povrijedio načelo jednakog postupanja.**
3. **Članak 15. Direktive 2000/43 zahtjeva da pravila o sankcijama primjenjivim za povrede nacionalnih odredbi usvojenih radi provođenja te direktive moraju biti učinkovita, razmjerna te moraju odvrćati od takvog ponašanja, čak i ako nema identificirane žrtve.**

2.2.3. UVJETOVANOST

Rasprava oko uloge komparatora nužno za sobom povlači i ključno pitanje. Ako se ne može sveći na puku dosljednost u postupanju, čemu onda služi jamstvo zabrane izravne diskriminacije? Odluka *Feryn* daje nam djelomičan odgovor. Prema riječima Suda, cilj jamstva zabrane izravne diskriminacije socijalna je uključivost, odnosno, osiguranje uvjeta „za socijalno uključivo tržište rada”. Sud nije detaljno obrazlagao što točno zahtijeva cilj socijalne uključivosti u kontekstu tržišta rada. No ono što je bilo ključno za zaključak suda u predmetu *Feryn*, a svoju je potvrdu dobilo i u kasnijoj odluci u predmetu *Accept*, jest činjenica da je učinak spornog postupanja, koje samo po sebi nije sadržavalo povredu interesa neke konkretne osobe s obzirom da se radilo o govoru, označio „ometanje pristupu tržištu rada”. Drugim riječima, sporno postupanje imalo je učinak podizanja novih, odnosno, učvršćivanja postojećih prepreka ravnopravnom sudjelovanju pripadnika konkretne skupine na tržištu rada na kojem se tradicionalno nalaze u nepovoljnijem položaju.

Opisana vrijednosna pozadina ima značajne posljedice za tumačenje i primjenu jamstva izravne diskriminacije. Ocjenu je li određena sporna praksa ili odluka prepreka ravnopravnom sudjelovanju, odnosno, ograničava li socijalnu uključivost Sud će procjenjivati razmatrajući *uvjetovanost* takve prakse ili odluke pripadnošću konkretnoj društvenoj skupini. Drugim riječima, kada ocjenjuje radi li se o izravnoj diskriminaciji, temeljno pitanje je pogađa li konkretno nepovoljno postupanje tužitelja *zato jer* je određenog spola, etniciteta, seksualne orijentacije, itd. Sud je kroz svoju praksu dao do znanja da nije sklon tzv. „*but for*” testu, prema kojem bi bilo kakva uvjetovanost sporne prakse ili odluke pripadnošću nekoj društvenoj skupini bila diskriminacija. Ovaj test pred sudove stavlja vrlo jednostavno pitanje – *da nije* svog spola ili etničke pripadnosti, bi li tužitelj trpio štetne posljedice spornog postupanja. Ako je odgovor na pitanje negativan, sporno je postupanje izravna diskriminacija. Takav grubi automatizam Sud nikad nije prihvatio iako je test stekao određenu popularnost među sudovima određenih država članica.

Sud je do sada uvjetovanost procjenjivao ponajprije kroz konkretne učinke sporne prakse. Sama činjenica da su negativni učinci sporne prakse na neki način bili povezani s činjenicom da je osoba žena ili da je određene seksualne orijentacije nisu bili dovoljni da bi Sud zaključio da se radi o diskriminaciji. U tom smislu posebno je korisna odluka *Hlozek C-19/02* u kojoj je Sud izričito priznao kako je sporna praksa bila uvjetovana spolom tužitelja, tj. da je bio žena, tužitelj bi ostvario pristup željenoj koristi. No, usprkos tome Sud je našao kako se ne radi o diskriminaciji jer je sporna praksa bila osmišljena i u praksi provedena na način kojim je pridonijela poboljšanju položaja jedne socijalno ugrožene skupine.

Ovakav pristup koji uvjetovanost ocjenjuje na temelju konkretnih životnih učinaka ima izuzetno bitnu posljedicu. Kao što je naglašeno prije, usprkos tome što se u svojim odlukama učestalo koristi, odnosno, obrazlaže ih kroz doktrinarne formule koje ostavljaju utisak kako je presuda stvar „objektivne” pravne analize i logičkog zaključivanja, te formule treba gledati ponajprije kroz doktrinarni okvir unutar kojeg Sud procjenjuje i uravnotežava različite interese i vrijednosti koji se u konkretnom sporu nalaze u tenziji. U tom smislu, ocjena je li određeni učinak spornog postupanja takav da se za uvjetovanost sporne prakse može poslodavac držati odgovornim ovisit će prije svega o toj vrsti procjene i uravnotežavanja, a ne o „logičkoj mehanici”.

Odluka suda u predmetu *Accept* zadnji je u nizu primjera takvog pristupa u primjeni jamstva izravne diskriminacije. U konkretnom predmetu Sud je našao kako homofobne izjava osobe koja formalno nije zaposlenik tužitelja, ali je u javnosti percipirana kao osoba sa značajnim utjecajem, na tuženika mogu predstavljati *prima facie* diskriminaciju za koju je odgovoran tuženik koji u tom trenutku nosi puni teret dokazivanja da njegovo postupanje nije niti na koji način bilo uvjetovano kriterijem seksualne orijentacije. Odluka *Accept* možda je korak naprijed u učvršćivanju učinkovitosti antidiskriminacijske zaštite, ali je daleko od „revolucionarne”. Ključnu ulogu u pristupu Sudu imala su dva elementa koja, kao što je utvrđeno prije, učestalo nalazimo kada se upustimo u analizu prakse Suda. Prvo, Sud je jasno naglasio učinak koji su homofobne izjave osobe koja

je bila usko vezana uz tužitelja imale u smislu stvaranja javne percepcije politike zapošljavanja tuženika. Drugo, Sud je također uputio na to da, s obzirom na ozbiljnost tog učinka, činjenica da se tuženik nije od homofobnih izjava ogradio ne može biti irelevantna. Drugim riječima, ozbiljnost učinka sporne prakse i svijest poslodavca o posljedicama koje homofobne izjave trećih osoba imaju za njegov imidž bile su dovoljne da Sud zaključi kako antidiskriminacijska jamstva EU u najmanju ruku omogućuju odgovornost poslodavca za *prima facie* diskriminaciju. Ovakva podjela odgovornosti nije rezultat objektivne pravne analize ili mehaničke logike temeljene na jasnom i preciznom pravnom tekstu već vrijednosnog uravnotežavanja između suprotstavljenih interesa i vrijednosti. Toj tvrdnji u prilog ide i činjenica kako je krajnji rezultat odluke *Accept* činjenica da poslodavci imaju obvezu poduzimanja pozitivnih mjera ako su svjesni da neka njihova postupanja učvršćuju socijalnu isključivost iako za te učinke nisu izravno odgovorni. Niti jedna doktrinarna formula koju Sud koristi u svojoj praksi, niti jedno pozitivno pravilo koje nalazimo u direktivama ne zahtijeva „objektivno” takav rezultat.

PRESUDA SUDA (Treći senat)

25. travanj 2013.

(Socijalna politika – Ravnopravno postupanje pri zapošljavanju i na poslu – Direktiva 2000/78/EZ – čl. 2 stav. 2 slovo a, čl. 10 stav. 1 i čl. 17 – Suzbijanje diskriminacije s obzirom na spolnu orijentaciju – Pojam „činjenice iz kojih se može zaključiti postojanje diskriminacija“ – Modifikacija tereta dokazivanja – Učinkovite, razmjerne i odvraćajuće sankcije – Osoba koja sebe predstavlja i koju javnost percipira kao osobu koja igra vodeću ulogu u profesionalnom nogometnom klubu – Javne izjave kojima se isključuje zapošljavanje nogometaša prikazanog kao homoseksualca) U pravnoj stvari C-81/12

glede PRIJEDLOGA za donošenje prethodne odluke sukladno čl. 267 Ugovora o načinu rada EU (*njem.: AEUV; engl.: TFEU*), uloženg od strane Curte de Apel București (Rumunjska) s Odluom od 12. listopada 2011, a koji zaprimljen od strane Suda dana 14. veljače 2012., u postupku

Asociația ACCEPT

protiv

Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării

SUD (Treći senat)

u sastavu M. Ilešič, predsjednik senata, V. Skouris, predsjednik Suda u svojstvu suca Trećeg senata, te E. Jarašiūnas, A. Ó Caoimh (izvjestitelj) i C. G. Fernlund, suci

generalni pravopranitelj: N. Jääskinen,

sudski tajnik: M. Aleksejev, administrator,

na temelju pismenog postupka i nakon usmene rasprave od 23. siječnja 2013.,

uzimajući u obzir mišljenja koja su dali

- Asociația ACCEPT, koju zastupa po R.-I. Ionescu, odvjetnik,
- Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, koji zastupaju C. F. Asztalos, C. Nuică i C. Vlad kao zastupnici,
- rumunjska Vlada, koju zastupaju R. H. Radu, E. Gane i A. Voicu kao zastupnici,
- Europska komisija, koju zastupaju J. Enegren i C. Gheorghiu kao zastupnici,

na temelju odluke donesene nakon saslušavanja generalnog pravobranitelja da će odlučiti o pravnoj stvari bez završnih prijedloga, donosi sljedeću

Presudu

1 Prijedlog za donošenje prethodne odluke se odnosi na tumačenje čl. 2 stav. 2 slovo a, čl. 10 stav. 1 i čl. 17 Direktive 2000/78/EZ Vijeća od 27. studenog 2000. radi utvrđivanja općeg okvira za ostvarenje ravnopravnog postupanja pri zapošljavanju i na poslu (Služb. list L 303, str. 16).

2 Taj prijedlog je iznesen u okviru spora između Asociația ACCEPT (u daljnjem tekstu: Accept) i Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (Nacionalno vijeće za suzbijanje diskriminacije, u daljnjem tekstu: CNCD) u vezi s odlukom istog da se djelomično odbaci tužbu zbog javnih izjava osobe koja sebe predstavlja i koju javnost percipira kao osobu koja igra vodeću ulogu u profesionalnom nogometnom klubu, a kojim izjavama se isključuje zapošljavanje nogometaša prikazanog kao homoseksualca.

Pravni okvir

Pravo Europske Unije

3 Sukladno čl. 1 Direktive 2000/78 njezina se „svrha [sastoji] u stvaranju općeg okvira za suzbijanje diskriminacije utemeljene na vjeri ili uvjerenju, invaliditetu, dobi ili seksualnom opredijeljenju pri zapošljavanju i na poslu u pogledu ostvarivanja načela jednakog tretmana u državama članicama“.

4 U uvodnim izjavama 15, 28, 31 i 35 te Direktive navedeno je kako slijedi:

„(15) Procjena činjenica iz kojih bi se mogao izvesti zaključak o postojanju izravne ili neizravne diskriminacije je pitanje kojim se bave nacionalna pravosudna ili druga nadležna tijela u skladu s pravilima nacionalnog prava i prakse ...

...

(28) Ova Direktiva postavlja minimalne zahtjeve, pružajući time državama članicama mogućnost izbora hoće li uvesti ili zadržati povoljnije odredbe. ...

...

(31) Pravila o teretu dokazivanja moraju se izmijeniti u slučaju diskriminacije *prima facie*, a da bi se načelo jednakog tretmana moglo učinkovito primijeniti, teret dokazivanja mora se vratiti na tuženika ukoliko se iznese dokaz o takvoj diskriminaciji. ...

...

(35) Države članice trebaju predvidjeti učinkovite, razmjere, odvrćajuće sankcije u slučaju povrede obveza iz ove Direktive.“

5 Čl. 2, stav. 1 do 3 Direktive s naslovom „Pojam diskriminacije“ predviđa:

„(1) Za potrebe ove Direktive pod ‚načelom jednakog tretmana‘ se smatra nepostojanje bilo kakve izravne ili neizravne diskriminacije zbog bilo kojeg razloga spomenutog u članku 1.

(2) Za potrebe stavka 1

a) smatrat će se da je došlo do izravne diskriminacije tamo gdje se neka osoba tretira lošije nego što neka druga jest, ili je bila ili bi bila tretirana u usporedivoj situaciji, zbog bilo kojeg od razloga spomenutih u članku 1.;

...

(3) Šikaniranjem se smatra oblik diskriminacije u značenju iz stavka 1., pri kojem se događa neželjeno ponašanje povezano s bilo kojim od razloga spomenutih u članku 1. sa svrhom ili učinkom povrede digniteta osobe i stvaranja zastrašujuće, neprijateljske, degradirajuće, ponižavajuće ili uvredljive sredine. U tom kontekstu, pojam šikaniranja može se definirati uskladu s nacionalnim zakonima i praksom država članica.“

6 Čl. 3, stav. 1 Direktive 2000/78 određuje:

„U okviru nadležnosti prenesenih na Zajednicu, ova se Direktiva primjenjuje na sve osobe, bilo u javnom ili privatnom sektoru, uključujući javna tijela, u pogledu:

a) uvjeta za pristup zapošljavanju, samozapošljavanju ili zanimanjima, uključujući izborne kriterije i uvjete za zasnivanje radnog odnosa, bez obzira na to o kojoj se vrsti djelatnosti radi, te na svim razinama profesionalne hijerarhije ...

...“

7 Čl. 8 stav. 1 Direktive 2000/78 predviđa da „Države članice mogu uvesti ili zadržati odredbe koje su za zaštitu načela jednakog tretmana povoljnije od navedenih u ovoj Direktivi“.

8 Čl. 9 Direktive kaže:

„(1) Države članice će se pobrinuti da ... radi provođenja obveza iz ove Direktive, sudski i/ili upravni postupci ... budu dostupni za sve osobe koje smatraju da im je učinjena nepravda time što na njih nije primijenjeno načelo jednakog tretmana ...

(2) Države članice će se pobrinuti da udruženja, organizacije ili druge pravne osobe koje, sukladno kriterijima što ih utvrđuju njihova nacionalna prava, imaju legitimni interes u tom da osiguraju postupanje prema odredbama ove Direktive, mogu angažirati, bilo u ime ili uprilog tužitelja, s njegovim ili njezinim pristankom, u bilo kojem sudskom i/ili upravnom postupku koji se vodi radi provođenja obveza iz ove Direktive.

(3) Stavci 1. i 2. ne dovode u pitanje nacionalna pravila koja se odnose na vremenska ograničenja za pokretanje postupka u pogledu načela jednakog tretmana.“

9 Čl. 10 („Teret dokazivanja“) Direktive određuje u svojim stav. 1 do 4:

„(1) Države članice će poduzeti potrebne mjere kako bi, sukladno svojim nacionalnim pravosudnim sustavima, osigurale da u slučajevima kada osobe koje smatraju da im je nanesena nepravda jer na njih nije primijenjeno načelo jednakog tretmana mogu učiniti vjerojatnim, pred sudom ili drugim nadležnim organom, činjenice iz kojih se može pretpostaviti da je bilo izravne ili neizravne diskriminacije, tuženi ima obvezu dokazivati da nije bilo povrede načela jednakog tretmana.

(2) Stavak 1 ne utječe na države članice da predvide pravila o teretu dokazivanju koja su povoljnija zatužitelja.

(3) Stavak 1 se ne primjenjuje na kaznene postupke.

(4) Stavci 1, 2 i 3 primjenjivat će se na postupke pokrenute u skladu s člankom 9 stavkom 2.“

10 Čl. 17 Direktive 2000/78 predviđa:
„Države članice će utvrditi sankcije koje će se primjenjivati na slučajeve kršenja nacionalnih odredbi donesenih u skladu s ovom Direktivom, a poduzet će i sve potrebne mjere kako bi se osigurala primjena tih pravila. Sankcije, koje mogu uključivati isplatu odštete žrtvi, moraju biti djelotvorne, razmjerne i odvraćajuće. ...“

Rumunjsko pravo

11 Vladina uredba /*Government Decree – GD/* br. 137 od 31. kolovoza 2000. o sprječavanju u sankcioniranju svakog oblika diskriminacije, posebice kako je izmijenjena i dopunjena zakonom br. 324 od 14. srpnja 2006. te 8. veljače 2007. objavljena u pročišćenom tekstu (*Monitorul Oficial al României*, dio I, br. 99, od 8. veljače 2007., u daljnjem tekstu („GD br. 137/2000“) služi, između ostalog, za primjenu Direktive 2000/78.

12 Po čl. 2 stav. 11 GDbr. 137/2000 diskriminirajuće postupanje pod zakonski predviđenim pretpostavkama, ovisno o slučaju, za sobom povlači građansko-pravnu, prekršajnu ili kaznenu odgovornost.

13 Čl. 5 GDbr. 137/2000, između ostalog, kvalificira kao prekršaj okolnost da je sudjelovanje osobe u gospodarskoj djelatnosti ovisno o njezinij spolnoj orijentaciji.

14 Po čl. 7 stav. 1 GD br. 137/2000 se smatra prekršajem ako, osim u zakonom predviđenim slučajevima, fizička ili pravna osoba odbije zaposliti osobu zbog njezine seksualne orijentacije.

15 Čl. 15 GDbr. 137/2000 predviđa:

„Svako ponašanje s namjerom da se povrijedi dignitet osobe, skupine osoba ili društva, i stvara zastrašujuća, neprijateljska, degradirajuća, ponižavajuća ili uvredljiva sredina, predstavlja prekršaj ... ukoliko ne spada u područje kaznenog prava.“

16 Čl. 20 OG br. 137/2000 kazuje:

„(1) Osoba koja se smatra diskriminiranom može u roku od jedne godine od trenutka kada je događaj nastupio, ili od trenutka kada je mogao dobiti saznanje o tome, podići tužbu ispred [CNCD].

(2) [CNCD] će odlučiti o zahtjevu odlukom Upravnog odbora. ...

...

(6) Dotična osoba je dužna dokazati postojanje okolnosti iz kojih se može zaključiti da je posrijedi neposredna ili posredna diskriminacija, dok je osoba protiv koje je podnesena tužba dužna dokazati da činjenično stanje ne predstavlja diskriminaciju. ...

(7) Odluka Upravnog odbora odlučuje o zahtjevu u roku od 90 dana od podnošenja zahtjeva i sadrži: ... uvjete plaćanja novčane kazne, ...

...“

17 Čl. 26 stav. 1 i 2 GD br. 137/2000 glasi:

„(1) Za u čl. ... 5 do 8 ... i 15 navedene prekršaje predviđene su novčane kazne u visini od 400 do 4 000 RON, ako se diskriminacija odnosi na fizičku osobu, te novčane kazne u visini od 600 do 8 000 RON, ako se diskriminacija odnosi na skupinu osoba ili zajednicu.

(2) Sankcije mogu biti izrečene i protiv pravnih osoba. ...“

18 Čl. 27 stav. 1 GD br. 137/2000 određuje:

„Osoba koja se smatra žrtvom diskriminacije može sukladno općim pravnim propisima kod suda tražiti odštetu i ponovnu uspostavu stanja koje je vladalo prije diskriminacije, ili pak uklanjanje stanja proizašlo iz diskriminacije. Zahtjev ne ovisi o tužbi ispred [CNCD].“

19 Čl. 28 stav. 1 GD br. 137/2000 glasi:

„Nevladine organizacije, čija je svrha zaštita ljudskih prava ili koje imaju opravdani interes za suzbijanje diskriminacije, ovlaštene su za podnošenje tužbe, ako se diskriminacija utvrdi u njihovom području djelovanja i predstavlja povredu zajednice ili skupine osoba.“

20 Čl. 5 stav. 2 vladine uredbe br. 2 od 12. srpnja 2001. o pravnom reguliranju prekršaja u izmijenjenoj i dopunjenoj verziji (*Monitorul Oficial al României*, dio I, br. 410, od 25. srpnja 2001., u nastavku: GDbr. 2/2001) predviđa:

„Osnovne prekršajne sankcije su: a) upozorenje; b) novčana kazna; c) obveza izvršavanja općekorisnog rada.“

21 Po čl. 7 stav. 1 GD br. 2/2001 se „upozorenje sastoji u tome da se počinitelja usmeno ili pismeno pouči o društvenoj nepoželjnosti uz upozorenje obveze poštivanja zakonskih propisa“.

22 Prema čl. 13 stav. 1 GD br. 2/2001 rok zastare za izricanje novčane kazne radi sankcioniranja prekršaja iznosi šest mjeseci od dana kada je događaj nastupio.

23 Čl. 13 stav. 4 GD br. 2/2001 predviđa da se posebnim zakonima mogu predvidjeti drugi roкови zastare za izricanje prekršajnih sankcija.

Spor o glavnoj stvari i pitanja u vezi s prethodnim odlukama

24 Dana 3. ožujka 2010. je Accept, nevladina organizacija, čiji je cilj unapređenje i zaštita prava lezbijskih, gejevskih, bi- i transeksualnih osoba, izjavila tužbu protiv gospodina Becalija i SC Fotbal Club Steaua București SA (u daljnjem tekstu: FC Steaua), kojom se protivila povredi načela jednakog tretmana kod zapošljavanja.

25 U obrazloženju svoje tužbe Accept navodi da je gospodin Becali dana 13. veljače 2010. u okviru intervjua o mogućem transferu profesionalnog nogometaša X i njegove pretpostavljene seksualne orijentacije dao izjave koje su navedene u prvom pitanju predmetnog zahtjeva za donošenje prethodne odluke. Iz tih izjava proizlazi, između ostalog, da bi gospodin Becali radije zaposlio igrača iz juniorske momčadi nego nogometaša koji je prikazan kao homoseksualac. Prema Acceptu je zbog prepostavki novinara – koje je gospodin Becali preuzeo – da je X homoseksualne orijentacije, spriječeno sklapanje ugovora o radu s tim igračem.

26 Prema mišljenju Accepta, gospodin Becali je time počinio neposrednu diskriminaciju temeljenu na seksualnoj orijentaciji te je na taj način prekršio načelo jednakosti pri zapošljavanju i povredio dostojanstvo homoseksualnih osoba.

27 U pogledu na drugog protivnika tužbe pred CNCD, nogometni klub FC Steaua, Accept navodi da se taj nogometni klub unatoč okolnosti da su se navodi gospodina Becalija proširili u medijima, u ni kojem trenutku nije distancirao od tih izjava. Štoviše, odvjetnik FC Steaua je potvrdio da se pri tome radi o politici zapošljavanja kluba budući da je „momčad obitelj“, a prisutnost homoseksualca u momčadi bi „dovela do napetosti u momčadi i u redovima gledatelja“. Osim toga, po mišljenju Accepta, je gospodin Becali u vrijeme kada je dao sporne izjave bio još dioničar nogometnog kluba FC Steaua.

28 Odlukom od 13. listopada 2010. CNCD je između ostalog utvrdio da su okolnosti glavnog postupka izvan područja važenja mogućeg radnog odnosa. Izjave gospodina Becalija se ne mogu smatrati izjavama koje je dao poslodavac ili njegov zakonski zastupnik ili osoba odgovorna za zapošljavanje, iako je gospodin Becali u trenutku davanja izjava bio u svojstvu dioničara nogometnog kluba FC Steaua.

29 Međutim, po mišljenju CNCD izjave gospodina Becalija predstavljaju diskriminaciju u obliku uznemiravanja. Stoga je gospodinu Becaliju izrečeno upozorenje, koje je sukladno čl. 13 stav. 1 GD br. 2/2001 u tom trenutku bilo jedino moguća sankcija, budući da je odluka CNCD donesena šest mjeseci nakon što je događaj nastupio.

30 Protiv te odluke je Accept podigao tužbu pred navedenim sudom te je u prvom redu podnio

zahtjev da se ova odluka ukine i da se nadalje posebice utvrdi da predmetni spor spada u područje rada i da iz dokazanih činjenica proizlazi da se radi o diskriminaciji, te da se naposljetku umjesto upozorenja kao sankcija izreče novčana kazna.

31 Navedeni sud smatra da mu presuda u predmetu C-54/07, *Feryn* [2008], ECR I-5187 ne daje dostatno pojašnjenje kada se radi o diskriminirajućim izjavama od strane osoba koje, iako zapošljavajuće društvo pravno ne obvezuju, ipak zbog svoje uske povezanosti s njim bitno mogu utjecati na odluke, ili koje barem mogu smatrati osobama koje imaju bitan utjecaj na takve odluke.

32 Po mišljenju navedenog suda je odnos između nogometnog kluba FC Steaua i gospodina Becalija u svakom slučaju atipičan. U pravnom pogledu isti je, naime, dionice koje je držao u FC Steaua prodao 8. veljače 2010., a što je 23. veljače 2010. upisano u Trgovački registar, dok je diskriminirajuće izjave dao dana 13. veljače 2010. Iz spisa koji je predložen Sudu proizlazi da se prodaja dionica prema trećima tek može iskazati u trenutku kada isto bude objavljeno upisom u Trgovački registar. Prema navedenom sudu gospodin Becali svoj nastup u javnosti nakon prodaje dionica nije promijenio te se i dalje nazivao „financijerom“ nogometnog kluba FC Steaua. U takvim okolnostima je između njega i nogometnog kluba FC Steaua barem prema predodžbi javnosti vladao isti odnos kao prije prodaje dionica.

33 Nadalje se navedeni sud pita da li se za profesionalni nogometni klub u praksi može pokazati nemogućim da ispuni svoju obvezu u okviru tereta dokazivanja prema čl. 10 Direktive 2000/78 i dokaže nepostojanje diskriminacije temeljem seksualne orijentacije, budući da bi dokaz činjenice da je takav klub zaposlio igrača bez obzira na njegovu spolnu orijentaciju mogao povrijediti pravo na privatnost.

34 Navedeni sud također napominje da CNCD, ako po isteku roka od šest mjeseci od trenutka kada su nastupile dotične okolnosti, donese odluku sukladno čl. 13 stav. 1 GDbr. 2/2001, neovisno o težini diskriminacije koju je eventualno utvrdio, ne može odrediti novčanu kaznu, nego kao sankciju može izreći samo upozorenje u smislu čl. 7 stav. 1 navedene vladine uredbe na koju se ne primjenjuje zastara.

35 U ovakvim okolnostima Curte de Apel București je odlučio prekinuti postupak i sudu radi prethodne odluke predložiti sljedeća pitanja:

‘1. Primjenjuju li se odredbe čl. 2 stav. 2 slovo a Direktive 2000/78, ako dioničar nogometnog kluba koji samog sebe prikazuje kao glavnog direktora („patron“) tog kluba te se u medijima i u društvu kao takav doživljava, u medijima daje izjave kako slijedi:

„Ni kad bi se FC Steaua raspadao, ne bih uzeo homoseksualca u momčad. Očito ljudi pričaju, ali kako bi netko mogao napisati takvo što, i štoviše, staviti to na naslovnu stranicu ... Možda nije istina da je [nogometaš X] homoseksualac. Ali što ako jest? Jednom sam razgovorao s jednim mojim ujakom koji nije vjerovao ni u Sotonu ni u Isusa. Rekao sam mu: „Pretpostavimo da Bog ne postoji. Ali što ako postoji? Što možeš izgubiti ako se pričestiš? Ne bi li bilo dobro da odeš u Raj?“ I dao mi je za pravo. Mjesec dana prije smrti je primio pričest. Neka mu Bog oprost. U mojoj obitelji nema mjesta za gejeve, a [FC Steaua] je moja obitelj. Bilo bi bolje za igramo s juniorom nego s nekim tko je gej. Nitko me ne može prisiliti da radim s bilo kim. I ja imam prava kao drugi i mogu raditi s kim god izaberem.“

„Ni kad bi se FC Steaua raspadao, ne bih uzeo homoseksualca u momčad! Možda nije istina da je homoseksualac, ali što ako je to točno? U mojoj obitelji nema mjesta za homoseksualce, a FC Steaua je moja obitelj. Umjesto homoseksualca bi bilo bolje da imamo juniora. To nije diskriminacija. Nitko me ne može prisiliti da surađujem s bilo kim. I ja imam pravo kao oni i mogu izabrati s kim želim raditi. I da mi sam Bog u snu kaže da [X] 100 % nije homoseksualac, ja ga ne bih uzeo! U novinama se previše o tome pisalo da je homoseksualac. Ne bih ga uzeo ni da mi ga [trenutni klub igrača X] dade za badava! Može biti najgori tiranin, najveći pijanac ... ali ako je homoseksualac, ne želim za njega znati.“

2. U kojoj se mjeri prednje izjave u odnosu na protivnika žalbe [FC Steaua] sukladno čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78 mogu smatrati „činjenicama na temelju kojih se može sumnjati u postojanje neposredne ili posredne diskriminacije“?

3. U kojoj mjeri bi se radilo o *probatio diabolica*, ako bi se u predmetnom slučaju sukladno čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78 izvršilo vraćanje tereta dokazivanja i zahtijevalo od protivnika žalbe FC Steaua da dokaže da nije bilo kršenja načela jednakog postupanja, te da posebice mora dokazati da seksualna orijentacija nema utjecaja na zapošljavanje?

4. Da li je nemogućnost sankcioniranja diskriminacije novčanom kaznom po isteku roka zastare od šest mjeseci od dana kada su nastupile okolnosti sukladno čl. 13 stav. 1 GD br. 2/200, pod aspektom da sankcije u slučajevima diskriminacije moraju biti učinkovite, razmjerne i odvraćajuće, u suprotnosti s čl. 17 Direktive 2000/78?

Razmatranje navedenih pitanja

Prethodne napomene

36 Prema jurisdikciji suda, neposredna diskriminacija u smislu čl. 2 stav. 2 slovo a Direktive 2000/78 ne znači da se tužitelj koji tvrdi da je postao žrtvom takve diskriminacije mora moći identificirati (vidi u vezi s tim Direktivu 2000/43/EG Vijeća od 29. lipnja 2000. Za primjenu načela jednakog tretiranja bez obzira na rasu ili etničko podrijetlo [Službeni list L 180, str. 22] Presuda *Feryn*, stav. 23 do 25).

37 Osim toga čl. 9 stav. 2 Direktive 2000/78, posebice uzimajući u obzir čl. 8 stav. 1, ne uskraćuje državi članici pravo da u svojim nacionalnim propisima onim savezima, koji ima opravdani interes brinuti se za poštivanje ove Direktive, daju pravo na pokretanje sudskih ili upravnih postupaka radi ostvarivanja obveza iz ove Direktive, iako ne postupaju u ime određenog tužitelja ili se ne može utvrditi tužitelj (vidi također Presudu *Feryn*, stav. 27).

38 Ako država članica predviđa takvo pravo, iz čl. 8 stav. 1 u svezi s čl. 9 stav. 2 i čl. 10 stav. 1, 2 i 4 Direktive 2000/78 proizlazi da navedena direktiva ne sprječava primjenu tereta dokazivanja prema čl. 10 stav. 1 u onim slučajevima u kojima takav savez pokreće postupak, a da ne postupa u ime određenog tužitelja, kao njegova potpora ili s njegovim pristankom. Iz predmetnog slučaja već iz samih riječi drugog i trećeg pitanja proizlazi da se prema stajalištu navedenog suda vraćanje tereta dokazivanja, kako je regulirano u čl. 10 stav. 1 Direktive, kada je primjereno i podliježe odgovorima koje Sud daje na ta pitanja, primjenjuje na spor glavnog postupka.

39 Za Sud je nesporno da je Accept udruženje one vrste koja je opisana u čl. 9 stav. 2 Direktive 2000/78, da mu čl. 28 stav. 1 GDbr. 137/2000 otvara mogućnost pokretanja sudskih ili upravnih postupaka koji za svrhu imaju ispunjavanje obveza proizašlih iz ove direktive, bez da nastupaju u ime određenog tužitelja, i da se može smatrati „pogođenom osobom“ u smislu čl. 6 ove vladine uredbe.

Prvo i drugo pitanje

40 Prva dva pitanja trebaju uglavnom razriješiti da li treba čl. 2 stav. 2 i čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78 tumačiti na način da se činjenice na kojima se temelji glavni postupak u odnosu na profesionalni klub trebaju i onda ocijeniti kao „činjenice na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“, ako dotične izjave potječu od osobe koja se prikazuje kao direktor tog kluba te se medijima i u društvu i takav doživljava, a da isti nije nužni bio pravno ovlašten obvezati klub ili zastupati ga prilikom zapošljavanja.

41 Ponajprije treba upozoriti na to da Sud postupcima po čl. 267 TFEU nije ovlašten donositi odluke od činjeničnom stanju glavnog postupka ili primijeniti pravne propise, kako ih on tumači, na nacionalne mjere i situacije budući da ta pitanja spadaju u isključivu nadležnost nacionalnog suda (Presuda C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, [2006], ECR I-2941, stav. 69 i tamo citirani pravorijek). Stoga nije stvar Suda dati očitovanje na pitanje da li se iz činjeničnog stanja na kojem se temelji glavni postupak, a kako je prikazano u prethodnoj odluci, može donijeti zaključak da se radi o diskriminaciji temeljenoj na seksualnoj orijentaciji.

42 Posebice iz točke 15. preambule Direktive 2000/78 proizlazi da su nacionalna pravosuđna ili druga tijela nadležna za procjenu činjeničnih stanja iz kojih se može zaključiti da postoji diskriminacija, i to u skladu s nacionalnim pravnim propisima ili praksom (vidi Presuda *Meister*,

[2012] ECR I-0000, stav. 37). U skladu s mehanizmom predviđenim u čl. 10 stav. 1 tuženi je dužan, ako su te činjenice utvrđene, dokazati pred sudom da nije bilo kršenja načela jednakog postupanja u smislu Članka 2 stav. 1 ove Direktive.

43 Međutim, Sud može nacionalnom sudu dati sve naputke za tumačenje prava Europske Unije koja mu mogu poslužiti za donošenje odluke (vidi posebice *Feryn*, stav. 19 i tamo citirani pravorijek kao i Presuda *Patriciello*, [2011] ECR I-0000, stav. 21).

44 U svezi s tim proizlazi iz čl. 1 i 3 stav. 1 slovo a Direktive 2000/78 da se direktiva primjenjuje na slučajeve kao u glavnom sporu koji se odnose glede zapošljavanja i na poslu na izjave o „uvjetima za zapošljavanje ... uključujući ... uvjete za pristup zapošljavanju“.

45 U tom pogledu ništa ne mijenja niti činjenica koja je iznesena u glavnom postupku, a to je da sustav za zapošljavanje profesionalnih nogometaša ne počiva na javnoj ponudi ili direktnim pregovorima nakon izbornog postupka, za što je preduvjet podnošenje molbi za rad i odgovarajući predizbor u odnosu na interes koji imaju za poslodavca. Naime, po jurisdikciji suda obavljanje sportske djelatnosti utoliko spada prema ciljevima Europske Unije pod pravo Unije, ukoliko ono predstavlja gospodarsku djelatnost (vidi posebice Presudu *Donà*, [1976], ECR 1333, stav. 12, i Presudu C-325/08 *Olympique Lyonnais* [2010], ECR I-2177, stav. 27). To se odnosi na djelatnost profesionalnih ili poluprofesionalnih nogometaša budući da isti obavljaju nesamostalnu djelatnost ili pružaju usluge uz naknadu (Presuda C-415/93 *Bosman* [1995], ECR I-4921, stav. 73).

46 Kako navedeni sud iznosi, u pravnoj stvari u kojoj je donesena presuda *Feryn* radilo se o izjavama jednog direktora tvrtke *Feryn NV*, koji je, kako između ostalog proizlazi iz pitanja koja su u toj pravnoj stvari predložena radi donošenja prethodne odluke, imao pravno ovlaštenje odrediti politiku zapošljavanja ovog društva (vidi *Feryn*, stav. 2, 16, 18 i 20).

47 Međutim, iz presude *Feryn* ne proizlazi da bi, kako bi se učinile vjerojatnim „činjenice na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“ po čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78, bilo potrebno da osoba koja daje izjave o politici zapošljavanja neke određene ustanove nužno mora imati pravno ovlaštenje da neposredno utječe na tu politiku ili da tu ustanovu kod zapošljavanja obvezuje ili zastupa.

48 Sama činjenica da izjave kao one iz glavnog postupka nisu dane neposredno od određenog tuženika ne isključuje nužno da se u odnosu na tu stranku mogu učiniti vjerojatnim „činjenice na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“ u smislu čl. 10 stav. 1 Direktive.

49 Iz toga slijedi da tuženi poslodavac ne može opovrgnuti činjenice zbog kojih bi se moglo sumnjati da vodi diskriminatornu politiku zapošljavanja samim time da iznosi kako izjave koje sugeriraju homofobnu politiku zapošljavanja ne potječu od osobe koja, iako ista tvrdi a i stvara privid da u upravi poslodavca igra važnu ulogu, pravno nije ovlaštena da ga obvezuje kod zapošljavanja.

50 U slučaju kao što je glavni postupak, činjenica da se takav poslodavac nije jasno ogradio od izjava koje su predmetom spora, predstavlja faktor koji pozvani sud može uzeti u obzir u okviru ukupnog sagledavanja činjeničnog stanja.

51 U vezi s tim treba upozoriti na to da percepcija javnosti ili dotičnih društvenih skupina može predstavljati nepobitan razlog za cjelokupno sagledavanje spornih izjava u glavnom postupku (vidi u tom smislu Presudu C-470/03 *AGM-COS.MET* [2007] ECR I-2749, stav. 55 do 58).

52 Uostalom činjenica da profesionalni nogometni klub kao ovaj iz glavnog postupka nije započeo pregovore o zapošljavanju igrača prikazanog kao homoseksualca, suprotno od onog što je CNCD iznio kako u svojim pismenim tako i u usmenim izjavama pred ovim sudom, ne isključuje da se činjenice na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije od strane tog kluba, mogu smatrati učinjene vjerojatnim.

53 U svijetlu gore rečenog odgovor na prvo i drugo pitanje glasi da se čl. 2 stav. 2 i čl. 10 Abs. 1 Direktive 2000/78 trebaju tumačiti tako da se činjenice na kojima se temelji glavni postupak u odnosu na profesionalni nogometni klub i onda mogu smatrati „činjenicama na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“, ako dotične izjave potječu od osobe koja se pred-

stavlja kao direktor tog kluba te se u medijima i u društvu kao takav doživljava, a da ta osoba nije nužno pravno ovlaštena obvezati klub ili zastupati ga kod zapošljavanja.

Treće pitanje

54 S trećim pitanjem navedeni sud želi znati da li u slučaju da se činjenice na kojima se temelji glavni postupak mogu ocijeniti kao „činjenice iz kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“ temeljem seksualne orijentacije od strane profesionalnog nogometnog kluba kod zapošljavanja igrača, teret dokazivanja, kako se reguliran čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78, ne vodi k tome da se zahtijeva dokaz koji je nemoguće donijeti, a da se pri tome ne povrijedi pravo na poštivanje privatnog života.

55 U svezi s tim proizlazi iz jurisdikcije Suda da, kad su činjenice učinjene vjerojatnim iz kojih se može sumnjati u diskriminaciju u smislu ove Direktive, stvarna primjena načela jednakog postupanja zahtijeva da je teret dokazivanja na dotičnom tuženom koji je dužan dokazati da to načelo nije prekršeno (vidi glede toga Presudu *Coleman C-303/06*, [2008] I-5603, stav. 54).

56 U tom kontekstu tuženi pred nadležnim nacionalnim tijelima mogu osporavati postojanje takvog prekršaja na način da svim pravno predviđenim sredstvima posebice dokažu da njihova politika zapošljavanja počiva na faktorima koji nemaju veze s diskriminacijom temeljem seksualne orijentacije.

57 Kako bi se odbacila sumnja, koja može proizaći iz čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78, nije potrebno da tuženi dokaže kako je u prošlosti zapošljavao osobe s određenom seksualnom orijentacijom; takva zahtjev bi pod određenim okolnostima stvarno mogao povrijediti pravo na poštivanje privatnog života.

58 U okviru cjelokupnog sagledavanja, koje bi nacionalni sud trebao izvršiti, mogao bi se opovrgnuti privid diskriminacije temeljem seksualne orijentacije s navodom suglasnih dokaza. Kako Accept navodi ti bi dokazi mogli uključivati posebice reakciju dotičnog tuženog u vidu jasnog distanciranja od javnih izjava koje stvaraju privid diskriminacije kao i od postojanja izričitih određenja na području politike zapošljavanja te stranke, kako bi se osiguralo poštivanje načela jednakog postupanja u smislu Direktive 2000/78.

59 Slijedom gore navedenog odgovor na treće pitanje jest da treba čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78 tumačiti na način da se u slučaju da se činjenice na kojima se temelji glavni postupak mogu smatrati „činjenicama na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“ temeljem seksualne orijentacije kod zapošljavanja igrača od strane profesionalnog nogometnog kluba, teret dokazivanja, kako je regulirano u čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78, ne vodi k tome da se zahtijeva dokaz koji je nemoguće predočiti, a da se pri tome ne povrijedi pravo na poštivanje privatnog života.

Četvrto pitanje

60 Četvrtim pitanjem nacionalni sud želi znati da li čl. 17 Direktive 2000/78 treba tumačiti na način da je u suprotnosti s nacionalnim pravom prema kojem se kod utvrđivanja diskriminacije temeljem seksualne orijentacije kao sankcija može izreći samo upozorenje kao što je učinjeno u glavnom postupku, kada se to utvrđenje donese po isteku roka zastare od šest mjeseci od datuma nastupanja događaja.

61 Čl. 17 Direktive 2000/78 na države članice prenosi zadaću da odrede sankcije koje treba izreći kod prekršaja protiv nacionalnih propisa radi primjene te Direktive i poduzmu sve mjere kako bi se osiguralo provođenje istih. Iako taj propis ne propisuje određene sankcije, taj članak postavlja zahtjev da sankcije koje se primjenjuju kod prekršaja protiv donesenih nacionalnih propisa moraju biti učinkovite, razmjerne i odvraćajuće.

62 U postupku u kojem udruženje koje je po sili zakona ovlašteno podnijeti zahtjev da se utvrdi i kazni diskriminacija u smislu čl. 2 stav. 2 Direktive 2000/78, sankcije koje trebaju biti predviđene po čl. 17 ove Direktive u nacionalnom pravu, moraju biti i onda učinkovite, razmjerne i od-

vraćajuće kad nema žrtve koja se može identificirati (vidi analogno Presudu *Feryn*, stav. 38 i 40).

63 Iz svega slijedi da radi ostvarivanja čl. 17 Direktive 2000/78 reguliranje sankcija u nacionalnom pravnom poretku države članice pored mjera poduzetih radi ostvarivanja čl. 9 Direktive posebice osiguravaju stvarnu i učinkovitu pravnu zaštitu prava izvedenih iz te Direktive (vidi analogno, između ostalog, Presudu C-180/95 *Draehmpaehl* [1997] ECR I-2195, stav. 24, 39 i 40). Strogost sankcija mora odgovarati težini prekršaja koji se kažnjavanju, posebice osiguravajući stvarno odvrćajuću učinak (vidi u to smislu, između ostalog, Presude *Komisija/Ujedinjeno Kraljevstvo*, C-383/92, [1994] ECR I-2479, stav. 42, i *Draehmpaehl*, stav. 40), uz istodobno očuvanje općeg načela razmjernosti (vidi u tom smislu Presudu *Lindqvist* [2003] ECR I-12971, stav. 87 i 88, i Presudu *Ntioniak und Pikoulas* [2007] ECR I-5835, stav. 53).

64 U svakom slučaju čisto simbolička sankcija ne odgovara urednoj i učinkovitoj provedbi Direktive 2000/78.

65 U predmetnom slučaju iz spisa predloženih ovom Sudu proizlazi da u čl. 13 stav. 1 der GD br. 2/2001 predviđeni šestomjesečni rok zastare teče od dana kada je događaj nastupio, dok rok za žalbu po čl. 20 GD br. 137/2000, koji iznosi jednu godinu, teče od istog dana. Prema tome je moguće da žalitelj u roku od šest do dvanaest mjeseci od dana kada je nastupio događaj zbog kojeg je izjavljena žalba, ispred CNCD učinkovito izjavi žalbu zbog diskriminacije u smislu Direktive 2000/78, međutim, u čl. 26 stav. 1 GD br. 137/2000 predviđena sankcija se sukladno tumačenju nacionalnog prava, kako ga tumači CNCD, ne može više primijeniti. U svakom slučaju iz izjava predloženih Sudu proizlazi da i u slučaju kada se žalba uloži prije isteka roka od šest mjeseci te bez obzira na odredbe čl. 20 stav. 7 GD br. 137/2000 postoji mogućnost da CNCD donese odluku o navodnoj diskriminaciji temeljem seksualne orijentacije tek po isteku navedenog roka zastare od šest mjeseci.

66 U takvim slučajevima CNCD u praksi, a što proizlazi iz stav. 17, 21 i 34 predmetne presude, bez obzira na težinu diskriminacije koju je sud utvrdio, kao sankciju neće izreći novčanu kaznu, kako je predviđeno u GD br. 137/2000 koja služi za provedbu Direktive 2000/78, nego opću sankciju koja je predviđena u općim nacionalnim pravnim propisima, ali se ne sastoji od novčane kazne nego uglavnom od usmene ili pismene pouke s „upozorenjem da se moraju poštivati zakonski propisi“.

67 Navedeni sud je posebice dužan provjeriti da li bi osobe kojima je u interesu pravna zaštita pod okolnostima opisanim u gore navedenim stavkama mogle toliko sumnjati u ostvarivanje svojih prava temeljem nacionalnih propisa koji provode Direktivu 2000/78 da sustav sankcija koji je uspostavljen radi provedbe ove Direktive nema stvarno odvrćajuće svojstvo (vidi analogno Presudu *Draehmpaehl*, stav. 40). Što se tiče odvrćajuće učinkovitosti sankcije, navedeni sud bi mogao eventualno uzeti u obzir moguće ponavljanje prekršaja od strane dotičnog tuženog.

68 Iako sama činjenica da se određena sankcija po svojoj prirodi ne mora nužno sastojati od novčane kazne ne znači nužno da ista ima samo simboličan karakter (vidi u tom smislu Presudu *Feryn*, stav. 39), posebice ako je u primjerenoj mjeri vezana za javnost i ako bi u okviru eventualnih građansko-pravnih tužbi za naknadu štete olakšala dokaz o diskriminaciji u smislu ove Direktive.

69 Međutim, u predmetnoj stvari je na navedenom sudu da provjeri da li je sankcija kao obično upozorenje primjereno činjeničnom stanju o kakvom se radi u glavnom postupku (vidi analogno Presudu C-271/91 *Marshall*, [1993] ECR I-4367, stav. 25). U vezi s tim samo postojanje tužbe za naknadu štete sukladno članku 27 GD br. 137/2000 s trogodišnjim rokom tužbe ne može otkloniti eventualne nedostatke u pogledu na učinkovitost, primjerenost ili odvrćajuću karakter sankcije koju je navedeni sud utvrdio glede situacije prikazane u stav. 66 predmetne presude. Kako je Accept na usmenoj raspravi pred sudom iznio, ako se udruženje ne zalaže za određene žrtve diskriminacije kako je navedeno u čl. 9 stav. 2 Direktive 2000/78, moglo bi se, naime, pokazati teškim prema odgovarajućim propisima nacionalnog prava dokazati štetu na strani udruženja.

70 Ako bi se uostalom ispostavilo da se, kako je Accept iznio, sankcija koja se sastoji u upozo-

renju prema rumunjskom pravu izriče načelno kod neznatnih prekršaja, to bi ukazivalo na to da ta sankcija nije primjerena težini povrede načela jednakaosti u smislu ove Direktive.

71 U svakom slučaju je nacionalni sud dužan prema stalnoj jurisdikciji suda, kada predmet spada u područje primjene neke Direktive, isto uz primjenu nacionalnog prava tumačiti u što moguće većoj mjeri u skladu s tekstem i ciljevima te Direktive kako bi se postigao rezultat koji se želi postići s tom Direktivom (vidi u svezi s tim Presudu *von Colson und Kamann* [1984] ECR 1891, stav. 26 i 28; Presudu C-106/89 *Marleasing*, [1990] ECR I-4135, stav. 8; Presudu C-196/02 *Nikoloudi* [2005] ECR I-1789, stav. 73; i Presudu C-406/08 *Uniplex (UK)* [2010] ECR I-817, stav. 45 i 46).

72 Stoga je eventualno stvar navedenog suda da u glavnom sporu posebice odluči da li se, kako *Accept* sugerira, čl. 26 stav. 1 GDbr. 137/2000 može tumačiti na način da se rok zastare od šest mjeseci po čl. 13 stav. 1 GDbr. 2/2001 ne može primijeniti na sankcije utvrđene u čl. 26 stav. 1.

73 Nakon svega na četvrto pitanje treba dati odgovor da čl. 17 Direktive 2000/78 treba tumačiti na način da je u suprotnosti s nacionalnim propisima prema kojima se kod utvrđenja diskriminacije temeljem seksualne orijentacije u smislu ove Direktive kao sankcija izriče samo upozorenje, kao što je učinjeno u predmetnom glavnom postupku, ako je to utvrđenje doneseno po isteku roka zastare od šest mjeseci nakon dana kad je događaj nastupio, ako se takva diskriminacija primjenjući navedene propise ne sankcionira pod materijalno-pravnim i procesno-pravnom uvjetima pod kojima bi sankcija bila učinkovita, razmjerna i odvratajuća. Zadaća navedenog suda je da ocijeni da li je to slučaj kod propisa o kojem se radi u glavnom postupku, te da eventualno dade tumačenje nacionalnog prava oslanjanjući se u što većoj mjeri na tekst i svrhu Direktive.

Troškovi

74 Za stranke je glavni postupak međuspor u sporu koji se vodi pred nacionalnim sudom; stoga je odluka o sudskom troškovima stvar tog suda. Izdaci ostalih sudionika za davanje iskaza pred Sudom se ne nadoknađuju.

Iz tih razloga Sud (Treći senat) je odlučio kako slijedi:

1. Čl. 2 stav. 2 i čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78/EG Vijeća od 27. studenog 2000. za utvrđivanje općeg okvira za ostvarivanje jednakog postupanja kod zapošljavanja i na poslu treba tumačiti na način da se činjenice na kojima se zasniva glavni postupak u pogledu na profesionalni nogometni klub mogu i onda ocijeniti kao „činjenice na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“, kada je dotične izjave dala osoba koja se predstavlja kao direktor tog kluba i koja se u medijima i u društvu i doživljava kao takav, bez da isti nužno mora biti pravno ovlašten obvezati klub ili isti zastupati kod zapošljavanja.

2. Čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78 treba tumačiti na način da u slučaju da se činjenice na kojima se zasniva glavni postupak mogu ocijeniti kao „činjenice na temelju kojih se može sumnjati u postojanje diskriminacije“ temeljem seksualne orijentacije kod zapošljavanja igrača od strane profesionalnog nogometnog kluba, teret dokazivanja, kako je regulirano u čl. 10 stav. 1 Direktive 2000/78, ne zahtijeva dokaz koji je nemoguće predočiti, a da se pri tome ne povrijedi pravo na poštivanje privatnosti.

3. Čl. 17 Direktive 2000/78 treba tumačiti na način da je Direktiva u suprotnosti s nacionalnim propisima prema kojima se kod utvrđenja diskriminacije temeljem seksualne orijentacije u smislu ove direktive može izreći kao sankcija samo upozorenje, kao što je učinjeno u glavnom postupku, ako je utvrđenje uslijedilo po isteku roka zastare od šest mjeseci od dana kada je nastupio događaj i ako se takva diskriminacija uz primjenu ovih propisa ne sankcionira pod materijalno-pravnim i procesno-pravnim uvjetima pod kojima bi sankcija bila učinkovita, razmjerna i odvratajuća. Navedeni sud ima zadaću ocijeniti da li je to slučaj kod propisa koji se primjenjuju u glavnom postupku, te eventualno dati tumačenje nacionalnog prava primjenjujući u što većoj mogućoj mjeri tekst i svrhu Direktive.

2.2.4. MJERE POZITIVNE AKCIJE

Mjere pozitivne akcije (afirmativna akcija) vjerojatno su najkontroverznije područje antidiskriminacijskog prava pa tako i antidiskriminacijskog prava EU. Ono što pozitivne mjere čini konstantnim izvorom kontroverzi jest činjenica da ih je teško objasniti, odnosno, opravdavati s aspekta konvencionalnog poimanja diskriminacije koje je fokusirano ponajprije na *formu* postupanja, odnosno, dosljednost ili, bolje rečeno, istovjetnost postupanja. Štoviše, pozitivne mjere teško je obrazlagati čak i s aspekta onih stajališta koja diskriminaciju poimaju ponajprije kroz prizmu zaštite osobnog dostojanstva.

Kritika pozitivnih mjera zavodljivo je jednostavna. Naime, ako spol smatramo irelevantnim kriterijem, tj. zauzmemo vrijednosni stav da su žene i muškarci jednaki, tada (aristotelovska) jednakost zahtijeva da se na njih primjenjuju istovjetna pravila. Bez iznimke. Oni koji dopuštaju da je ponekad dopušteno koristiti preferentne mjere prema ženama implicitno priznaju da žene i muškarci ipak nisu jednaki. Ako nisu jednaki, tada prema njima treba postupati u skladu s njihovim različitostima i ne inzistirati na potpunoj jednakosti. Slično, ako je rasa irelevantan kriterij odlučivanja jer se o interesima ljudi mora odlučivati isključivo na temelju „objektivnih” karakteristika koje odražavaju njihovu jedinstvenu individualnost, kao što su vještine, znanje, postignuća, talenti ili karakter (načelo zaslužnosti, meritokracije), tada mjera koja u obzir uzima rasnu pripadnost osobe uvijek vrijeđa dostojanstvo osobe bez obzira na dobru društvenu namjeru koja se njome želi postići. U najboljem slučaju, takvo postupanje može biti izraz podređenosti moralno ispravnih postavki političkom pragmatizmu, odnosno, implicitno priznanje društvene nemoći u odnosu na trajne posljedice diskriminatorne povijesti. Jednostavno rečeno, takve mjere ne predstavljaju ništa više od obrnute diskriminacije.

Pristup diskriminaciji koji je usredotočen na uklanjanje postojećih prepreka stvarnoj jednakosti nije neprijateljski raspoložen prema mjerama pozitivne akcije. Štoviše, u mjeri u kojoj su pozitivne mjere neophodne kako bi se uklonile skrivene i duboko ukorijenjene prepreke koje otežavaju pripadnicima diskriminiranih skupina, one su dio legitimnog arsenala pravnih instrumenata. Izostanak neprijateljskog stava proizlazi iz pragmatičnog karaktera ovog pristupa. Kao što je ranije navedeno, shvaćanje koje diskriminaciju poima putem stvarnih učinaka na položaj povijesno diskriminiranih društvenih skupina prihvatilo je i učinilo svojim sastavnim dijelom konvencionalno aristotelovsko načelo jednakosti „sa sličnima slično” radi njegove instrumentalne korisnosti. Ne radi njegove inherentne vrijednosti. U tome smislu, ako odstupanje od tog načela doprinosi ostvarivanju cilja kojem služi i samo načelo – postizanje stvarne jednakosti prilika - takvo je odstupanje legitimno.

Praksa Suda pravde Europske unije koja se odnosi na dopuštenost mjera pozitivne akcije zorno prikazuje opisani praktični pristup tom antidiskriminacijskom instrumentu. Štoviše, odluke u predmetima C-450/93 *Kalanke*, C-409/95 *Marschall*, C-158/97 *Badeck* i C-407/98 *Abrahamsson* vjerojatno su najbolji primjer vrijednosnog uravnotežavanja kojim se Sud služi pri tumačenju antidiskriminacijskih jamstava. Ovi predmeti pružaju koristan uvid u cijeli niz karakteristika takvog pristupa i čitajući uključene presude *Badeck* i *Abrahamsson* vrijedi na te karakteristike obratiti posebnu pozornost.

Prije svega, praksa suda u pogledu dozvoljenosti mjera pozitivne akcije bila je predmet žestokih kritika od samog početka, što nije nimalo iznenađujuće s obzirom na samu kontroverznost ovih mjera. Sama činjenica da je Sud odlučivao, bez obzira na konačni ishod odlučivanja, za sobom bi povukla žestoku raspravu. Način na koji je Sud reagirao na kontroverznost problematike i žustrost rasprave koju je ona donijela posebno su zanimljivi.

U svojoj izrazito poznatoj odluci u predmetu *Kalanke*, u kojoj je uspostavio temelje svoje doktrine ocjene pozitivnih mjera, Sud je na kontroverznost pokušao odgovoriti na svoj ustaljeni način. Uspostavio je široko postavljeni standard kojem je dao oblik lako primjenjive formule. Sud je tako priznao kako antidiskriminacijsko pravo EU „dopušta nacionalne mjere koje se odnose na zapošljavanje, uključujući napredovanje, koje pružaju konkretne prednosti ženama s ciljem una-

prijeđivanja njihove sposobnosti za natjecanje na tržištu rada i ostvarivanja karijere na jednakim osnovama s muškarcima". No odmah nakon ovako široko postavljenog vrijednosnog stava, Sud je također našao kako „*nacionalne mjere koje ženama jamče apsolutnu i neuvjetovanu prednost pri imenovanju ili napredovanju idu dalje od promicanja jednakosti prilika te prekoračuju granice tog ograničenja iz čl. 2(4) direktive*". Pravid objektivnosti i logičnosti koji pruža ta formula, odnosno, njezin oblik Sud je i iskoristio. Vrlo šturo obrazloženje zbog kojeg je odluka *Kalanke* bila izložena izrazito oštrim kritikama postavljeno je kao da krajnji zaključak gotovo neupitno slijedi iz uspostavljene formule. Oslanjajući se na navedenu formulu da mjere pozitivne akcije ne smiju jamčiti *apsolutnu i neuvjetovanu prednost*, Sud je „zaključio” da je sporna mjera u pitanju nezakonita jer „*sve dok idu za ostvarivanjem jednake zastupljenosti muškaraca i žena na svim stupnjevima i razinama unutar odjela, takav sustav zamjenjuje jednakost prilika predviđenu u čl. 2(4) rezultatom do kojeg tek treba doći osiguranjem takve jednakosti prilika*”.

Odluka *Kalanke* vjerojatno je jedna od najoštrije kritiziranih odluka Suda, a Sud nije imun na kritike. U prvom sljedećem predmetu Sud je „pojasnio” svoje stajalište iz odluke *Kalanke*. U odluci *Marschall* Sud je iskoristio drugu važnu karakteristiku svojeg stajališta – njegovu otvorenost – i zauzeo stajalište koje formalno nije odstupalo od uspostavljene formule, ali je u vrijednosnom smislu, a i u smislu konkretnih učinaka, zvučalo vrlo drugačije od onog koje je zauzeo u odluci *Kalanke*. Sud je u tom smislu pojasnio kako je u odluci *Kalanke* „*Sud našao da nacionalno pravilo koje propisuje da u slučaju gdje se jednako kvalificirani muški i ženski kandidati za isto napredovanje u područjima gdje je manje žena nego muškaraca na razini s relevantnim radnim mjestom ženama treba biti dana automatska prednost ono uključuje diskriminaciju na temelju spola*”. No Sud je zatim naglasio i to da se „*čini kako čak i tamo gdje su muški i ženski kandidati jednako kvalificirani postoji tendencija unapređivanja muških kandidata u odnosu na kandidatkinje, posebno radi zbog predrasuda i stereotipa koji se odnose na ulogu i mogućnosti žena u poslovnom životu, odnosno, straha da će žene, naprimjer, češće prekidati svoje karijere, da će zahvaljujući obvezama u domaćinstvu i prema obitelji biti manje fleksibilne u radnom vremenu ili da će češće biti odsutne s posla zbog trudnoće, rađanja ili dojenja. Iz tih razloga, sama činjenica da su kandidati i kandidatkinje jednako kvalificirani ne znači da imaju jednake šanse*”.

Na temelju ovakvog „životnijeg” pristupa pozadini mjera pozitivne akcije Sud je koristeći se istom formulom „*automatski i bezuvjetno*” našao kako „*slijedi da nacionalno pravilo prema kojem, podređeno primjeni spašavajuće klauzule, kandidatkinjama za napredovanje koje su jednako kvalificirane kao i kandidati mora biti dana prednost u područjima u kojima su podzastupljene ulazi u opseg čl. 2(4) ako takvo pravilo može suzbiti predrasudne učinke koje prije opisani stavovi i ponašanja imaju na kandidatkinje i tako umanjiti stvarne pojave nejednakosti koje mogu postojati u stvarnom svijetu*”. Formalno gledajući, proizlazi da je ono što je činilo razliku između sporne mjere u predmetu *Kalanke* i sporne mjere u predmetu *Marschall* takozvana „*spašavajuća klauzula*”. Spašavajuća je klauzula ovlaštenje poslodavcu da se upusti u procjenu specifičnih okolnosti svakog kandidata i kandidatkinje poimence te procijeni postoji li neki važan razlog zbog kojeg bi usprkos obvezi preferentnog postupanja prema podzastupljenom spolu ipak dao prednost jednako kvalificiranom muškom kandidatu.

U stvarnosti, stvarni razlog koji čini tu razliku između *Marschall* i *Kalanke* jest volja Suda da prihvati dvije životne činjenice. Prvo, prepreke stvarnoj jednakost žena na tržištu rada ne postoje ni isključivo a ni ponajprije samo u društvenim odnosima u kojima se stječu znanja i vještine potrebne za uključivanje na tržište rada. Diskriminirajuće prepreke postoje u svakom aspektu samog sudjelovanja na tržištu rada. Štoviše, nisu „otvorene” i odmah uočljive, već prikrivene i to stoga jer čine sastavni, ustaljeni dio strukture svakodnevnih odnosa. Drugo, postojeća klasična jamstva poput zabrane izravne pa čak i neizravne diskriminacije nisu dovoljna kako bi se uklonile takve prikrivene prepreke. U tom smislu, mjere pozitivne akcije nisu poželjne stoga jer predstavljaju nekakav kruti oblik retribucijske ili kompenzacijske pravičnosti. Mjere pozitivne

akcije potrebne su kako bi osigurale raznolikost stajališta i interesa, odnosno, promijenile ustaljenu strukturu i odnose na pozicijama moći koje su se pokazale sklone održavanju pa čak i učvršćivanju *statusa quo* koji je zamrznuo postojeće rezultate dugoročne diskriminacije u prošlosti i počeo ih prikazivati kao rezultat formalne jednakosti prilika. Odluka *Marschall* u tom smislu odražava duboku promjenu vrijednosnog stava.

Kalanke i *Marschall* pokazuju još jednu bitnu karakteristiku načina na koji Sud rješava kontraverzne situacije u području primjene antidiskriminacijskih jamstva. Što je pitanje koje se nađe pred Sudom kompleksnije i što je njegov društveni naboj veći, to je Sud skloniji razvijati izuzetno strukturirane formule odnosno testove. Njihova struktura i njezina „logičnost” ostavlja dojam da se nad tako izuzetno složenim i osjetljivim pitanjima ipak može zadržati „objektivna” sudska kontrola. Nakon što je Sud bio izložen buri kritika zbog odluke *Kalanke*, iz predmeta *Marschall* proizašla je sljedeća formula:

Mjere pozitivne akcije koje pružaju prednost ženama u zapošljavanju dopuštene su u slučaju:

- gdje postoji podzastupljenost žena;
- kada su kandidatkinja i kandidat jednako kvalificirani u pogledu prikladnosti, kompetencija i profesionalne izvedbe;
- ako u svakom pojedinačnom slučaju ne postoje razlozi specifični za konkretnog kandidata koji bi prebacili ravnotežu u njegovu korist;
- i pod uvjetom da u svakom konkretnom slučaju pravno pravilo jamči da će kandidature biti podložne objektivnoj procjeni
 - koja će u obzir uzeti sve kriterije specifične za pojedine kandidate,
 - i koja će, u slučaju da jedan od tih kriterija prebaci ravnotežu na stranu muškog kandidata, prevladati prednost danu kandidatkinji.

Iako ostavlja dojam kontrole nad situacijom, ovakva formula ponajprije je okvir za vrijednosno uravnotežavanje kao oblik rješavanja sporova u ovom području. Kada prođe prvi dojam, iole ozbiljnija analiza formule otvara čitav niz pitanja. Kako se određuje podzastupljenost? Ako statistikom koji postotak predstavlja podzastupljenost i, još važnije, zašto baš taj? Što znači da su osobe jednako kvalificirane? Što sve predstavlja mjerilo kvalificiranosti? Ako je prikladnost osobe za konkretno radno mjesto relevantan faktor, znači li to da u situacijama gdje postoji dugoročna, izuzetno visoka podzastupljenost prikladnost dopušta da se zaposli osoba koja je sposobna obavljati konkretan posao, ali nema jednaka profesionalna postignuća kao drugi kandidat? Koje su karakteristike specifične za konkretnog kandidata toliko važne da su sposobne prevladati nad interesom promicanja stvarne jednakosti spolova?

Sva ta pitanja rezultat su činjenice da je i sama formula koju je Sud razvio u *Marschallu* rezultat kompromisa između niza vrednota i društvenih ciljeva. S jedne strane, Sud je pokazao kako je itekako svjestan konvencionalne vrijednosti koju načelo dosljednosti u postupanju, odnosno, načelo meritokracije imaju među većinom. Također je pokazao da je svjestan percepcije da pozitivne mjere najveći teret suzbijanja diskriminatornih prepreka stavljaju na leđa osoba koje za podizanje tih prepreka nisu izravno odgovorne. S druge strane, Sud je također pokazao da smatra kako aristotelovska dosljednost ili meritokratska zaštita dostojanstva nisu sposobne dovesti do stvarne jednakosti u društvu i lako se pretvaraju u njeno ograničenje. Isto tako, sud je pokazao da „nevine” treće osobe možda nisu izravno odgovorne za podizanje diskriminatornih prepreka, odnosno, da odgovornost za to leži na društvu u cjelini, ali da se ne može zanemariti kako te iste osobe učestalo imaju osobnu korist od tih istih prepreka. Formula *Marschall* u tom je smislu rezultat, odnosno, uravnotežavanje navedenih tenzija.

Kako to uravnotežavanje kroz formulu funkcionira u praksi, zorno su pokazale odluke u predmetima *Badeck* i *Abrahamsson*.

Suočen s čitavim nizom konkretnih oblika mjera pozitivne akcije, Sud je u predmetu *Badeck* demonstrirao svu fleksibilnost formule *Marschall*.

Prvo, Sud je našao da su kriteriji koji u načelu daju prednost ženama dopušteni oblik pozitivne akcije ako su neutralno formulirani. Drugim riječima, ako su uvjeti zapošljavanja, odnosno, kri-

teriji izbora kandidata načelno primjenjivi na žene i muškarce, tada je riječ o dopuštenoj mjeri pozitivne akcije čak i ako su proračunato osmišljeni da u konkretnom kontekstu pogoduju podzastupljenom spolu više nego drugom nadzastupljenom spolu. Ključan takav kriteriji jest uvažavanje vještina i iskustva vezanih uz roditeljstvo i brigu za obitelj.

Drugo, Sud je također našao kako su mjere koje daju prednost podzastupljenom spolu, a ne inzistiraju na „fiksiranom apsolutnom stropu” zastupljenosti osoba nadzastupljenog spola, već taj strop određuju prema broju osoba podzastupljenog spola koje su prošle odgovarajuće usavršavanje, dozvoljeni oblik pozitivne akcije ako se primjenjuju kada kandidati imaju jednake kvalifikacije.

Treće, stroge, fiksirane kvote također su dopušteni oblik pozitivne akcije ako se odnose na sudjelovanje u profesionalnom usavršavanju, pod uvjetom da na tržištu postoji slična usluga koja osobama nadzastupljenog spola nudi *priliku* za takvim usavršavanjem.

Četvrto, kvote kojima se u postupku provođenja razgovora za posao rezerviralo određeni fiksni broj mjesta za one žene koje su zadovoljile postavljene kriterije za zapošljavanje na tom radnom mjestu također su dopuštene.

Bilo koje od četiri navedena stajališta teško da se može opisati kao „nužan” zaključak koji proizlazi iz objektivne logike formule *Marschall*.

C-158/97 Badeck ECR[2000]I-1875

PRESUDA SUDA

20. ožujka 2000.

U predmetu C-158/97,

ZAHTJEV Sudu, temeljem članka 177. Ugovora o EZ (novog članka 234. EZ), od Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Državni sud Savezne pokrajine Hessen), Njemačka, za prethodnom odlukom u postupku za ispitivanje zakonitosti od:

Georg Badeck i ostali,

umješači:

Hessischer Ministerpräsident

i

Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen,

o tumačenju članka 2.(1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40.),

SUD,

sastavljen od: G.C. Rodriguez Iglesiasa, predsjednika, J.C. Moitinho de Almeida, R. Schintgena (predsjednika vijeća), P.J.G. Kapteyna (izvjestitelja), C. Gulmann, a J.-P. Puissocheta, G. Hirscha, P. Janna i M. Watheleta, sudaca,

Nezavisni odvjetnik: A. Saggio

Zapisničar: H.A. Rühl, administrator,

nakon razmatranja pisanih primjedbi podnesenih u ime:

- gospodina Badecka i ostalih, po prof. M. Sachs, Sveučilište u Düsseldorfu,
 - Hessischer Ministerpräsident, po prof. E. Denningeru i prof. S. Simitisu, Sveučilište u Frankfurtu am Main, kao zastupnicima,
 - nizozemske Vlade, po A. Bosu, pravnom savjetniku u Ministarstvu vanjskih poslova, kao zastupniku,
 - finske Vlade, po H. Rotkirchu, ambasadoru, čelniku Pravnog odjela Ministarstva vanjskih poslova, kao zastupniku,
 - Komisije Europske Zajednice, po J. Grunwaldu, pravnom savjetniku, te M. Wolfcariusu, iz pravne službe, kao zastupnicima,
- uzimajući u obzir Izvješće s ročišta,

nakon saslušanja usmenih primjedbi gospodina Badecka i ostalih, zastupanih po M. Sachs, premijeru Savezne pokrajine Hessen, zastupanog po E. Denningeru i S. Simitisu, državnom odvjetniku pri Državnom sudu Savezne pokrajine Hessen, po K. Apelu, nizozemske Vlade, zastupane po J.S. van den Oosterkampu, pravnom savjetniku u Ministarstvu vanjskih poslova, finske Vlade, zastupane po T. Pynnä, zakonodavnom savjetniku Ministarstva vanjskih poslova, te Komisije, zastupane po J. Grunwaldu i M. Wolfcariusu, na ročištu održanom 13. listopada 1998., nakon saslušanja Mišljenja Nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 10. lipnja 1999., donosi sljedeću

Presudu

Zahtjevom za prethodnu odluku od 16. travnja 1997., temeljem članka 177. Ugovora o EZ (novog članka 234. EZ), primljenim na Sud 24. travnja 1997., Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Državni ustavni sud u Hessenu) uputio je Sudu pitanje o tumačenju članka 2(1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40., „Direktiva”).

Pitanje je postavljeno u postupku za ispitivanje zakonitosti („Normenkontrollverfahren“) temeljem zahtjeva gospodina Badecka i ostalih, te uz sudjelovanje Hessischer Ministerpräsident (premijera Hessena, „premijer“) i Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen (državnog odvjetnika pri Staatsgerichtshof des Landes Hessen, „državni odvjetnik“) kao umješakača.

Pravna pozadina

A – Odredbe Zajednice

Članci 2(1) i (4) Direktive glase:

„1. Radi potreba odredba koje slijede, načelo jednakog postupanja podrazumijeva zabranu bilo kakve diskriminacije na temelju spola, bilo izravne ili neizravne, a osobito s obzirom na bračni ili obiteljski status.

...

4. Ova Direktiva ne dovodi u pitanje mjere za promicanje jednakih mogućnosti za muškarce i žene, osobito uklanjanjem postojećih nejednakosti koje utječu na mogućnosti žena u područjima navedenim u članku 1(1).”

U skladu s trećim recitalom preambule Preporuke Vijeća 84/635/EEZ od 13. prosinca 1984. o promicanju pozitivnih mjera u korist žena (OJ 1984 L 331, str. 34.), „postojeće pravne odredbe o jednakom postupanju, stvorene radi pružanja prava pojedincima, nisu odgovarajuće za uklanjanje svih postojećih nejednakosti ako vlade, obje strane radnog odnosa te ostala nadležna tijela ne poduzmu dodatne mjere radi suprotstavljanja učincima predrasuda prema ženama u zapošljavanju koje potječu iz društvenih stavova, ponašanja i struktura.” Izričito se pozivajući na članak 2. (4) Direktive, Vijeće je preporučilo državama članicama da:

„1. ... usvoje politiku pozitivnih mjera stvorenu radi uklanjanja postojećih nejednakosti prema ženama u radnom okruženju te promicanja bolje ravnoteže među spolovima u zapošljavanju, koja obuhvaća odgovarajuće opće i posebne mjere, u okviru nacionalnih politika i praksi, a istovremeno u potpunosti poštuje nadležnost obiju stranaka u radnim odnosima, kako bi:

eliminirale ili se suprotstavile učincima predrasuda prema zaposlenim ženama ili ženama u potrazi za zaposlenjem koje nastaju iz postojećih stavova, ponašanja i struktura utemeljenih na tradicionalnoj društvenoj podjeli uloga između muškaraca i žena;

potaknule sudjelovanje žena u raznim zanimanjima unutar sektora u kojima su trenutno nedovoljno zastupljene, osobito budućih sektora te na višim razinama odgovornosti, kako bi postigle bolje korištenje svim ljudskim resursima.

Od stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama 1. svibnja 1999., članak 141. (1) i (4) EZ glasi:

„1. Svaka država članica mora osigurati primjenu načela jednakosti plaće radnika i radnica za jednaki rad ili rad jednake vrijednosti.

...

4. Radi osiguravanja potpune jednakosti muškaraca i žena u radnom okruženju u praksi, načelo jednakog postupanja neće sprečavati niti jednu državu članicu da zadrži ili usvoji mjere koje omogućavaju određene pogodnosti kako bi olakšale nedovoljno zastupljenom spolu bavljenje

profesionalnom aktivnošću te spriječile ili nadoknadile nepovoljniji položaj u profesionalnoj karijeri.”

Deklaracija br. 28 na članak 141. (4) (bivši članak 199. (4)) Ugovora o osnivanju Europske zajednice, priložena Ugovoru iz Amsterdama, glasi:

„Prilikom donošenja mjera iz članka 141. stavka 4. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, države članice bi, prije svega, trebale nastojati poboljšati položaj žena u radnom okruženju.”

B – Nacionalno zakonodavstvo

The Hessisches Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und um Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (Hessenski zakon o jednakim pravima žena i muškaraca te suzbijanju diskriminacije prema ženama u javnoj upravi, „HGIG”) usvojen je 21. prosinca 1993. (GBVBl., I, str. 729.). Bit će važeći 13 godina od stupanja na snagu 31. prosinca 1993.

Članak 1. HGIG-a kao svrhu navodi ostvarivanje jednakog pristupa radnim mjestima u javnoj službi za žene i muškarce, usvajanjem razvojnih planova za poboljšavanje uvjeta pristupa i napredovanja za žene te njihovih uvjeta rada, s obvezujućim ciljevima.

Iz zahtjeva za prethodnom odlukom proizlazi da su za glavni postupak također bitne sljedeće odredbe:

„Članak 3 – Načela

1. Odjeli su dužni, na osnovi razvojnih planova za žene (članci 4. do 6.) te ostalih razvojnih mjera (članci 7. do 14.), raditi na postizanju jednakosti žena i muškaraca u javnoj službi i uklanjanju nedovoljne zastupljenosti žena te uklanjati diskriminaciju na temelju spola i obiteljskog statusa.

2. Žene su nedovoljno zastupljene ako je, u okviru razvojnog plana za žene (članak 4.), manje žena nego muškaraca zaposleno unutar kategorije dohotka, naknade i plaće u određenoj karijernoj skupini. Žene će, na pripravnničkim radnim mjestima unutar karijernih skupina, u pravilu biti nedovoljno zastupljene ukoliko je manje žena nego muškaraca zaposleno u čitavoj karijernoj skupini. Druga rečenica također se odnosi na pripravnička radna mjesta u sudovima i u državnom odvjetništvu. U okviru razvojnih planova za žene, svaka kategorija plaće određene karijerne skupine, svaka kategorija dohotka i svaka kategorija naknade činiti će jedan sektor. Ured koji radi na nacrtu razvojnog plana za žene može kreirati dodatne kategorije.

3. Žene i muškarci ne smiju biti diskriminirani s obzirom na spol ili obiteljski status...

Članak 5 – Sadržaj razvojnog plana za žene

...

3. Razvojni plan za žene sadržavat će obvezujuće ciljeve radi povećanja udjela žena u sektorima u kojima su žene nedovoljno zastupljene, za razdoblja od po dvije godine te s obzirom na udio žena u imenovanjima i napredovanjima. U definiranju ciljeva odlučujuće će biti posebne značajke sektora i odjela.

4. U svakom pojedinom razvojnom planu za žene više od polovice radnih mjesta u sektoru u kojemu su žene nedovoljno zastupljene biti će namijenjena za žene. Navedeno se neće primjenjivati ako je određen spol neophodan uvjet određene aktivnosti. Ako je uvjerljivo dokazano da nije dostupno dovoljno žena s potrebnim kvalifikacijama, odgovarajući manji broj radnih mjesta može biti namijenjen za žene. U slučaju napredovanja bez popunjavanja radnih mjesta u sektorima u kojima su žene nedovoljno zastupljene, udio žena bit će određen tako da barem odgovara udjelu žena u sljedećoj nižoj kategoriji plaća u sektoru. Treća rečenica primjenjivat će se istovrsno. Ako mjere organizacije osoblja vode blokiranju ili napuštanju radnih mjesta, mora se, putem razvojnog plana za žene, osigurati da udio žena u pogođenim sektorima ostane barem jednaki.

...

7. Radna mjesta u akademskoj službi popunjena za određeno vrijeme prema članku 57.a u svezi s stavkom 1. ili 3. članka 57.b(2) Hochschulrahmengesetza (Okvirnog zakona o sveučilištima i fakultetima) popunjavat će se prema udjelu žena barem jednakom onome među studentima diplomskog studija discipline u pitanju. Radna mjesta u akademskoj službi popunjena za određeno vrijeme prema članku 48. Hochschulrahmengesetza popunjavat će se prema udjelu žena barem jednakom onome među studentima postdiplomskih i doktorskih studija discipline u pitanju. Zapošljavanje akademskih asistenata bez diploma mora biti provedeno tako da je udio žena barem jednak onome među studentima discipline u pitanju.

Članak 7 – Raspodjela pripravničkih mjesta

1. U profesijama u kojima je potrebno osposobljavanje za samostalan rad a u kojima su žene nedovoljno zastupljene, barem polovica pripravničkih mjesta mora biti raspoloživa istima. Prva rečenica neće se primjenjivati na postupke osposobljavanja koje isključivo provodi država.

2. Prikladne mjere poduzet će se radi skretanja pažnje ženama na slobodna pripravnička mjesta u profesijama u smislu prve rečenice prvog stavka te poticanja da se prijave. Ako, bez obzira na navedene mjere, nema dovoljno prijava od strane žena, više od polovice pripravničkih mjesta mogu popuniti muškarci, neovisno o prvoj rečenici prvog stavka.

Članak 9 – Razgovori

1. U sektorima u kojima su žene nedovoljno zastupljene, barem jednaki broj žena kao muškaraca, ili sve žene koje su se prijavile, pozvat će se na razgovor, ako se razgovori provode, ako ispunjavaju uvjete iz zakona i druge uvjete imenovanja na radno mjesto ili dužnost.

Članak 10 – Odluke o odabiru

1. Radi osiguravanja jednakih prava žena i muškaraca u svezi s imenovanjem i napredovanjem te ispunjavanja razvojnih planova za žene, procjenjivat će se prikladnosti, sposobnosti i radni učinci (kvalifikacije) u skladu s potrebama radnog mjesta koje se popunjava ili dužnosti na koju se imenuje. Nakon procjene kvalifikacija, u obzir će se uzeti i sposobnosti i radno iskustvo stečeno za vrijeme brige o djetetu ili o osobama kojima je potrebna pomoć i njega u zajedničkom kućanstvu (rad u obitelji), u mjeri u kojoj su značajni za prikladnost, radne učinke i sposobnosti podnositelja prijava. Navedeno se također primjenjuje ako se rad u obitelji obavljao istovremeno sa zaposlenošću.

2. Radni staž, dob i datum posljednjeg napredovanja mogu se uzeti u obzir samo u mjeri u kojoj su značajni za prikladnost, radne učinke i sposobnosti podnositelja prijava.

3. Obiteljski status ili prihod partnera ne smije se uzimati u obzir. Rad s nepunim radnim vremenom, dopusti i odugovlačenja u završavanju pripravničkog staža kao posljedice brige za djecu ili o ovisnim osobama, za koju je liječnik ustanovio da je potrebna, ne smiju imati negativne učinke na procjenu službe i nepovoljno utjecati na napredovanje.

4. Ako ciljevi razvojnog plana za žene u razdobljima od po dvije godine nisu ispunjeni te sve dok se ne ispune, svako daljnje imenovanje ili napredovanje muškarca u sektoru u kojem su žene nedovoljno zastupljene zahtijevat će odobrenje tijela koje je odobrilo razvojni plan za žene te, u okviru razvojnih planova za žene koje su donijela ministarstva, Državni ured i Ured osoblja

Savezne pokrajine, odobrenje Vlade Savezne pokrajine. Prva rečenica neće se primjenjivati u slučajevima iz članka 127. (3) Ustava Savezne pokrajine Hesse.

5. Dok se ne izradi razvojni plan za žene, ne smije doći do imenovanja ili napredovanja u sektorima u kojima su žene nedovoljno zastupljene. Ako razvojni plan za žene još nije na snazi zbog postupka iz članka 70. ili 71. Hesse Personalvertretungsgesetz (Zakona o predstavljanju radnika), ne smije doći do imenovanja ili napredovanja koji su protivni već izrađenom razvojnom planu za žene.

...

Članak 14 – Kolektivna tijela

Kod imenovanja u povjerenstva, savjetne odbore, upravna vijeća i nadzorne odbore te ostala kolektivna tijela, barem polovica članova trebale bi biti žene.”

Glavni postupak

28. studenog 1994. 46 članova Landtaga (Pokrajinskog parlamenta) iz Hessena podnijelo je zahtjev Staatsgerichtshofu za ispitivanje zakonitosti HGIG-a, osobito članaka 3., 5., 7., 8. do 11., 14., 16. i 18., za kojeg smatraju da nije u skladu s Ustavom Savezne pokrajine Hessen.

Tužitelji u glavnom postupku smatraju da je HGIG suprotan, prvo, ustavnom načelu „odabira najboljeg”, utoliko što su kandidati u prednosti ne radi svojih sposobnosti, već radi svog spola, te, drugo, načelu jednakog postupanja, koje ne samo da zabranjuje povlašteno postupanje prema pojedinoj grupi, već i stvara temeljno pravo svih pojedinaca, pravo koje građanima jamči jednake početne mogućnosti više nego što osigurava konačne rezultate pogodnije određenoj kategoriji osoba. Štoviše, smatraju da je HGIG također suprotan Direktivi, kao što ju je Sud protumačio u predmetu C-450/93 *Kalanke v Bremen* [1995] ECR I-3051.

Pitanja upućena na prethodnu odluku

U tim okolnostima, Staatsgerichtshof des Landes Hessen zastao je s postupkom i uputio sljedeća pitanja Sudu na prethodnu odluku:

„Isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada (OJ 1976 L 39, str. 40) nacionalne odredbe prema kojima:

1. u slučajevima nedovoljne zastupljenosti prema članku 3.(1) i (2) HGIG-a odluke o odabiru prema članku 10. HGIG-a, kada žena i muškarac koji su podnijeli prijavu imaju jednake kvalifikacije, moraju radi obvezujuće naravi ciljeva iz razvojnih planova za žene prema članku 5.(3) i (4) HGIG-a prednost dati ženi u pojedinom slučaju, barem ako ukoliko je to potrebno radi ispunjavanja ciljeva te ne postoje razlozi većeg pravnog značaja koji se tome protive;

2. obvezujući ciljevi razvojnog plana za žene da se radna mjesta u akademskoj službi na određeno vrijeme te za akademske asistente moraju, prema članku 5. (7) HGIG-a, popuniti prema udjelu žena barem jednakom onome među studentima diplomskog studija (stavak 7, prva rečenica), studentima postdiplomskog i doktorskog studija (stavak 7, druga rečenica) te ostalim studentima (stavak 7, treća rečenica) discipline u pitanju;

3. u profesijama u kojima je potrebno osposobljavanje za samostalan rad a u kojima su žene nedovoljno zastupljene, prema članku 7.(1) HGIG-a, barem polovica pripravnčkih mjesta mora biti raspoloživa istima, osim u slučajevima postupaka osposobljavanja koje isključivo provodi država;

4. u sektorima u kojima su žene nedovoljno zastupljene, prema članku 9.(1) HGIG-a, barem jednaki broj žena kao muškaraca, ili sve žene koje su se prijavile, pozvat će se na razgovor ako ispunjavaju uvjete iz zakona i druge uvjete imenovanja na radno mjesto ili dužnost;

5. kod imenovanja u povjerenstva, savjetne odbore, upravna vijeća i nadzorne odbore te ostala kolektivna tijela, prema članku 14. HGIG-a, barem polovica članova trebale bi biti žene.”

Prethodna razmatranja

Sud na početku napominje kako je upućeno pitanje povezano s usklađenosti različitih pozitivnih mjera u korist žena usvojenih zakonodavstvom Savezne pokrajine Hessen s člankom 2. (1) i (4) Direktive.

Tumačenje je članka 141. (4) EZ, koji se odnosi na takve mjere, stoga važno za ishod spora u glavnom postupku samo ukoliko Sud smatra da članak 2. isključuje nacionalno zakonodavstvo kao što je ono u glavnom postupku.

Sud nadalje napominje kako je prema članku 1. (1) Direktive njezin cilj započinjanje s primjenom načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u državama članicama, među ostalim s obzirom na zapošljavanje, uključujući i napredovanje, te na osposobljavanje. Načelo jednakog postupanja zabranjuje bilo kakvu diskriminaciju na temelju spola, bilo izravnu ili neizravnu.

U skladu s člankom 2. (4), Direktiva „ne dovodi u pitanje mjere za promicanje jednakih mogućnosti za muškarce i žene, osobito uklanjanjem postojećih nejednakosti koje utječu na mogućnosti žena u područjima navedenim u članku 1(1)”.

Sud je u *Kalanke*, paragraf 16., smatrao da nacionalno pravilo prema kojemu se automatski prednost daje ženama, u slučaju gdje su kandidati za isto napredovanje jednako kvalificirani muškarci i žene u sektorima gdje je manje žena nego muškaraca na razini značajnih radnih mjesta, sadržava diskriminaciju na temelju spola.

U predmetu *C-409/95 Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363 Sud je morao odlučiti je li nacionalno pravilo koje sadrži klauzulu prema kojoj žene neće imati prednost u napredovanju ukoliko specifični razlozi muškog kandidata pomiču ravnotežu u njegovu korist („Öffnungsklausel”, spašavajuća klauzula) namijenjena promicanju jednakih mogućnosti muškaraca i žena u smislu članka 2. (4) Direktive.

Sud je prvo napomenuo da članak 2. (4), posebno i isključivo namijenjen odobravanju mjere koje su, iako naizgled diskriminatorne, u stvarnosti namijenjene uklanjanju i smanjivanju aktualnih slučajeva nejednakosti koja može postojati u društvenom životu, odobrava nacionalne mjere povezane s pristupom zapošljavanju, uključujući i napredovanju, što daje posebnu prednost ženama s ciljem poboljšavanja njihovih sposobnosti da se natječu na tržištu rada te stvaraju karijeru ravnopravno s muškarcima (*Marschall*, paragrafi 26. i 27.).

Zatim je uputio na treći recital preambule Preporuke 84/635, prethodno spomenute u paragrafu 4. (*Marschall*, paragraf 28.).

Sud je na kraju primijetio da, čak i ako su kandidati jednako kvalificirani, obično napreduju muški, a ne ženski kandidati zbog predrasuda i stereotipa o ulozi i sposobnostima žena u radnom okruženju, tako da sama činjenica da su muški kandidat i ženska kandidatkinja jednako kvalificirani ne znači da imaju jednake šanse (*Marschall*, paragrafi 29. i 30.).

U svjetlu navedenih razmatranja, Sud je odlučio, u paragrafu 33. *Marschalla* kako, za razliku od pravila u presudi *Kalanke*, nacionalno pravilo koje sadrži spašavajuću klauzulu ne prelazi granice iznimke iz članka 2. (4) Direktive ako omogućava, u svakom pojedinom slučaju, muškim kandidatima kvalificiranim jednako kao što su ženske kandidatkinje jamstvo da će kandidate biti objektivno procijenjene uzimajući u obzir sve kriterije specifične za pojedine kandidate te nadjačujući prednost danu ženskim kandidatkinjama ako jedan ili više kriterija pomiču ravnotežu u korist muškog kandidata.

Slijedi da je mjera namijenjena davanju prednosti u napredovanju ženama u sektorima javne službe u kojima su nedovoljno zastupljene u skladu s pravom Zajednice ako

ne daje prednost ženama automatski i bezuvjetno, kada su žene i muškarci jednako kvalificirani, te se

kandidate objektivno procjenjuju uzimajući u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Na nacionalnom je sudu da utvrdi jesu li ti kriteriji ispunjeni na temelju ispitivanja područja primjene odredbe u pitanju.

Međutim, na temelju prakse, Sud je nadležan dostaviti nacionalnom sudu tumačenje prava Zajednice o svim točkama koje mogu omogućiti sudu da utvrdi usklađenost radi potreba predmeta pred njim (vidi, između ostalog, predmet 223/78 *Grosoli* [1979] ECR 2621, paragraf 3., te spojene predmete C-304/94, C-330/94, C-342/94 i C-224/95 *Tombesi and Others* [1997] ECR I-3561, paragraf 36.).

Prvi dio pitanja

Prvim dijelom svog pitanja, Staatsgerichtshof u osnovi pita isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive nacionalno pravilo koje, u sektorima javne službe u kojima su žene nedovoljno zastupljene, prednost daje, kada muški i ženski kandidati za odabir imaju jednake kvalifikacije, ženskim kandidatkinjama kada se dokaže da je to potrebno radi usklađivanja s obvezujućim ciljevima razvojnog plana za žene, ako ne postoje suprotstavljeni razlozi većeg pravnog značaja.

Tužitelji u glavnom postupku i Odvjetnik Savezne pokrajine smatraju da članak 2. (1) i (4) Direktive isključuje nacionalno pravilo koje prednost daje ženama kada je ono apsolutno i bezuvjetno.

U ovom trenutku, iz zahtjeva za prethodnom odlukom proizlazi da se zakonodavstvo Savezne pokrajine Hessen odlučilo za takozvanu „kvotu fleksibilnih rezultata“ („fleksibilnu Ergebnisquote“). Značajke su tog sustava, prvo, da HGIG ne utvrđuje kvote jednako za sve sektore i odjele, već navodi da su značajke tih sektora i odjela odlučne za određivanje obvezujućih ciljeva. Drugo, HGIG iz početka nužno ne utvrđuje – automatski – da rezultat svakog postupka odabira mora, u situaciji „pat-pozicije“ kada kandidati imaju jednake kvalifikacije, nužno prednost dati ženskoj kandidatkinji.

Prema zahtjevu za prethodnom odlukom, sustav koji je uveo HGIG osigurava da spol kandidata nikada nije odlučan u postupku odabira ukoliko to nije potrebno u pojedinom slučaju. Tako je,

posebice, kada su opovrgnuti početni dokazi nepovoljnosti situacije za žene radi njihove nedovoljne zastupljenosti.

Kako bi se odgovarajuće odgovorilo nacionalnom sudu, mora se primijetiti da, prema članku 10. (1) do (3) HGIG-a, postupak odabira kandidata započinje procjenom prikladnosti, sposobnosti i radnih učinaka (kvalifikacija) kandidata u skladu s potrebama radnog mjesta koje se popunjava ili dužnosti na koju se imenuje.

U toj se procjeni određeni pozitivni i negativni kriteriji uzimaju u obzir. Na taj se način sposobnosti i iskustvo stečeni radom u obitelji uzimaju u obzir u mjeri u kojoj su važni za pogodnost, radna svojstva i sposobnosti kandidata, dok se radni staž, dob i datum posljednjeg napredovanja uzimaju u obzir samo u mjeri u kojoj su važni u tome smislu. Slično tome, obiteljski status ili prihod partnera nebitanje, a rad s nepunim radnim vremenom, dopusti i odugovlačenja u završavanju pripravničkog staža kao posljedice brige za djecu ili o ovisnim osobama, za koju je liječnik ustanovio da je potrebna, ne smiju imati negativne učinke.

Takvi kriteriji, iako oblikovani izrazima koji su neutralni s obzirom na spol i stoga mogu ići u korist i muškarcima, u pravilu pogoduju ženama. Očigledno su namijenjeni stvaranju prije materijalne nego formalne jednakosti smanjivanjem nejednakosti do kojih može doći u praksi društvenog života. Njihova zakonitost ne osporava se u glavnom postupku.

Kao što je istaknuo nacionalni sud, samo ako se ženska kandidatkinja i muški kandidat ne mogu razlikovati na temelju svojih kvalifikacija, mora se odabrati žena ako je to potrebno radi usklađivanja sa ciljevima razvojnog plana u pitanju i ne postoje suprotstavljeni razlozi većeg pravnog značaja.

Iz premijerova odgovora na pisano pitanje Suda slijedi da se razlozi većeg pravnog značaja tiču različitih pravnih pravila, dijelom uređenih zakonom a dijelom dekretima, koji ne upućuju na spol i koji se često opisuju kao „društveni aspekti”. Ti su socijalni faktori utemeljeni, s ustavnopravnog stajališta, dijelom na načelu socijalne države (članci 20. (1) i 28. (1) Temelnog zakona), a dijelom na temeljnom pravu zaštite braka i obitelji (članak 6. Temelnog zakona).

Premijer ističe da postoji pet skupina pravila koje opravdavaju nadjačavanje pravila unapređivanja položaja žena. To su, prvo, povlašteno postupanje prema bivšim zaposlenicima javnih službi koji su napustili službu radi rada u obitelji u smislu članka 10. (1) HGIG-a, ili koji iz istog razloga nisu sposobni prijaviti se za stalnu dužnost u javnoj službi nakon pripreme službe. Drugo, prednost pred novim imenovanjima imaju osobe koje su radile s nepunim radnim vremenom zbog rada u obitelji te sada žele nastaviti zaposlenost s punim radnim vremenom. Treću skupinu čine bivši privremeni vojnici, odnosno oni koji su dobrovoljno služili vojni rok u ograničenom trajanju dužem od obvezne vojne službe (minimalno dvanaest godina). Četvrto, mogućnosti unapređivanja položaja fleksibilnije su za osobe s teškim invaliditetom. Obveza napredovanja osoba s invaliditetom ima prednost pred obvezom napredovanja žena. Peto, postoji mogućnost završavanja razdoblja dugotrajne nezaposlenosti određenim imenovanjem.

Suprotno od podnesaka tužitelja u glavnom postupku i Odvjetnika Savezne pokrajine, slijedi da pravilo prvenstva koje je uveo HGIG nije apsolutno i bezuvjetno u smislu paragrafa 16. Presude *Kalanke*.

Na nacionalnom je sudu da procijeni, u svjetlu navedenog, osigurava li pravilo u pitanju u glavnom postupku objektivnu procjenu kandidatura koja uzima u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Odgovor, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive ne isključuju nacionalno pravilo koje, u sektorima javne službe u kojima su žene nedovoljno zastupljene, prednost daje, kada muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije, ženskim kandidatkinjama kada se dokaže da je to potrebno radi usklađivanja sa ciljevima razvojnog plana za žene, ako ne postoje suprotstavljeni razlozi većeg pravnog značaja te ako pravilo jamči objektivnu procjenu kandidatura koja uzima u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Drugi dio pitanja

Drugim dijelom svog pitanja, Staatsgerichtshof u osnovi pita isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive nacionalno pravilo koje propisuje da obvezujući ciljevi razvojnog plana za žene da se radna mjesta u akademskoj službi na određeno vrijeme te za akademske asistente moraju popuniti minimalnim postotkom žena koje je barem jednak postotku žena među studentima diplomskog studija, studentima postdiplomskog i doktorskog studija te ostalim studentima pojedine discipline.

Tužitelji u glavnom postupku smatraju da članak 2. (1) i (4) Direktive isključuje takav sustav, budući da je njegov cilj ostvariti definirani rezultat u pogledu udjela u kojima su spolovi predstavljeni, radije nego u pogledu uklanjanja određenih prepreka jednakih mogućnosti žena. Odvjetnik Savezne pokrajine također tvrdi da je sustav minimalnih kvota suprotan načelu jednakosti spolova i jednakih mogućnosti muškaraca i žena time što mjere u pitanju nemaju pojedinačnu svrhu te nisu povezane s određenom nepogodnošću s kojom se žene susreću u radnom i društvenom životu.

U ovom trenutku, iz zahtjeva za prethodnom odlukom proizlazi da članak 5. (7) HGIG-a ograničava primjenu načela „odabira najboljeg” na isti način s obzirom na odluke o odabiru, kao i s obzirom na sve odluke o odabiru donesene s uvažavanjem ciljeva razvojnog plana za žene. U tom slučaju, članak 5. (7) može utjecati na odluku o odabiru samo ako kandidati imaju jednake kvalifikacije. U tom smislu, opća razmatranja obvezujuće prirode razvojnog plana za žene također važe.

Kao što je nezavisni odvjetnik primijetio u točki 39. svog Mišljenja, poseban sustav akademskih sektora u pitanju u glavnom postupku ne određuje granicu koja je apsolutna već koja se određuje s obzirom na broj osoba koje su odgovarajuće osposobljene, što dovodi do uporabe stvarne činjenice kao kvantitativnog kriterija davanja prednosti ženama.

Slijedi da, sa gledišta prava Zajednice, ne postoje prigovori o postojanju posebnog sustava za akademski sektor.

Odgovor, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive ne isključuje nacionalno pravilo koje propisuje da obvezujući ciljevi razvojnog plana za žene da se radna mjesta u akademskoj službi na određeno vrijeme te za akademske asistente moraju popuniti minimalnim postotkom žena koje je barem jednak postotku žena među studentima diplomskog studija, studentima postdiplomskog i doktorskog studija te ostalim studentima pojedine discipline.

Treći dio pitanja

Trećim dijelom svog pitanja, Staatsgerichtshof u osnovi pita isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive nacionalno pravilo o javnim službama koje, u profesijama u kojima je potrebno osposobljavanje za samostalan rad a u kojima su žene nedovoljno zastupljene te u kojima država nema monopol za osposobljavanje, barem polovicu pripravnčkih mjesta dodjeljuju ženama.

Tužitelji u glavnom postupku smatraju da članak 2. (1) i (4) Direktive isključuje pravila kao što su ona iz članka 7. (1) HGIG-a. Tvrdi da, kao i članak 5. (7) HGIG-a, članak 7. (1) jasno upućuje na to da cilj HGIG-a nije ukloniti zapreke jednakim mogućnostima žena, već samo osigurati određeni rezultat u pogledu udjela u kojima su spolovi predstavljeni, što je zabranjeno pravom Zajednice, osobito presudom *Kalanke*. Prema njihovu mišljenju, HGIG nije namijenjen provođenju jednakih mogućnosti na samom početku, već izravnom utjecaju na rezultat raspodjele pripravničkih mjesta. Slijedi da odredba u pitanju predstavlja izravnu diskriminaciju u smislu članka 2. (1) Direktive koja ne čini iznimku iz članka 2. (4).

Prema tvrdnjama Odvjetnika Savezne pokrajine, mjere namijenjene boljem provođenju jednakih mogućnosti žena moraju imati pojedinačnu svrhu i biti povezane s specifičnim situacijama na ili izvan posla koje žene u pravilu dovode ili bi mogle dovesti u nepovoljniji položaj. Minimalna kvota primjenjiva na pripravnička mjesta prema članku 7. (1) HGIG-a unaprijed je utvrđena kvota, utoliko što određuje na obvezujući način minimalne udjele žena u određenim sektorima. Takva minimalna kvota u korist žena ne može se smatrati mjerom promicanja jednakih mogućnosti u smislu članka 2. (4) Direktive, time što promicanje jednakih mogućnosti zamjenjuje rezultat do kojeg se može doći samo provođenjem jednakih mogućnosti.

Staatsgerichtshof je o navedenom tvrdio kako je formalno osposobljavanje preduvjet uspješnog sudjelovanja na tržištu rada. Donio je zaključak da bi zakonska obveza nadoknade za manje povoljnu situaciju u kojoj se žene nalaze u ovom području mogla biti opravdana obvezom jednakosti.

Također se čini, iz zahtjeva za prethodnom odlukom, da je, kada je HGIG usvojen, zakonodavac Savezne pokrajine Hessen smatrao kako su „unatoč obvezama sadržanim u Općem zakonu o jednakim pravima žena i muškaraca te zabrani diskriminacije na temelju spola iz članka 3. Općeg zakona, u društvenoj stvarnosti žene i dalje stavljanje u nepovoljniji položaj od muškaraca” te, unatoč formalnoj pravnoj jednakosti, „osobito u zapošljavanju, [žene] nemaju jednaki pristup visoko kvalificiranim položajima”. Zakonodavac Hessena smatrao je to nepodnošljivom nepravdom u nedavnom i konzistentnom razvoju ostvarivanja značajnijih uspjeha u obrazovanju od strane mladih žena u usporedbi s mladim muškarcima.

Kao što proizlazi iz obrazloženja članka 7. (1) HGIG-a, zakonodavac Hessena je uvođenjem „kvote strogog rezultata” u pogledu stručnog osposobljavanja radi olakšavanja takvog uspjeha nakanio uspostaviti uravnoteženu raspodjelu pripravničkih mjesta, barem u javnoj službi.

Ta namjera, međutim, nužno ne uključuje potpunu nefleksibilnost. Članak 7. (2) jasno omogućuje da, ako nema dovoljno prijavi od strane žena unatoč mjerama prikladnim za upoznavanje žena o dostupnim pripravničkim mjestima, više od polovice tih mjesta bude popunjeno muškarcima.

Odredba u pitanju u glavnom postupku čini dio ograničenog pojma jednakih mogućnosti. Za žene nisu rezervirana radna već pripravnička mjesta radi stjecanja kvalifikacija s ciljem naknadnog pristupa profesijama u kojima je potrebno osposobljavanje za samostalan rad u javnoj službi.

Budući da se kvota primjenjuje samo na pripravnička mjesta za koja država nema monopol te se stoga tiče osposobljavanja za rad i u privatnom sektoru, nijednom muškom kandidatu nije definitivno onemogućeno osposobljavanje.

Dakle, dostupne su mjere kojima se namjeravaju iskorijeniti uzroci ženinih smanjenih mogućnosti pristupa zaposlenosti i karijeri te koje se tiču stručne orijentacije i osposobljavanja. Stoga, takve mjere spadaju pod mjere odobrene člankom 2. (4) Direktive, namijenjene poboljšavanju sposobnosti žena da se natječu na tržištu rada i stvaraju karijeru ravnopravno s muškarcima.

Odgovor, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive ne isključuje nacionalno pravilo o javnim službama čija je svrha ukloniti nedovoljnu zastupljenost žena a koje, u profesijama u kojima je potrebno osposobljavanje za samostalan rad a u kojima su žene nedovoljno zastupljene te u kojima država nema monopol za osposobljavanje, barem polovicu pripravničkih mjesta dodjeljuju ženama, osim ako, unatoč mjerama prikladnim za upoznavanje žena o dostupnim pripravničkim mjestima, nema dovoljno prijava od strane žena.

Četvrti dio pitanja

Četvrtim dijelom svog pitanja, Staatsgerichtshof u osnovi pita isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive nacionalno pravilo koje jamči da će, kada muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije, kvalificirane žene biti pozvane na razgovor, u sektorima u kojima su nedovoljno zastupljene.

Odredba u pitanju u glavnom postupku omogućava dva različita pristupa. Prvim se sve kvalificirane ženske kandidatkinje koje ispunjavaju sve tražene uvjete zovu na razgovor. U tom slučaju broj muških kandidata s kojima će se provesti razgovor može biti jednaki ili manji od broja ženskih kandidatkinja. Drugim se ograničeni broj kvalificiranih ženskih kandidatkinja zove na razgovor. U tom slučaju najviše se jednaki broj muških kandidata može pozvati na razgovor.

Tužitelji u glavnom postupku smatraju da članak 2. (1) i (4) Direktive isključuje takvo pravilo. Prema njihovom stajalištu, ovo je izravna diskriminacija u smislu članka 2. (1) Direktive koja ne čini iznimku iz članka 2. (4).

Odvjetnik Savezne pokrajine smatra da odredba u pitanju u glavnom postupku čini strogu kvotu utoliko što se odnosi na broj žena koje se pozivaju na razgovor. U slučaju da svi muški i ženski kandidati ne mogu biti pozvani na razgovor, odredba nalaže da barem jednaki broj žena kao muškaraca mora biti. U takvim okolnostima, muškarci mogu biti stavljeni u nepovoljniji položaj i stoga izravno diskriminirani na temelju njihovog spola. Prema mišljenju Odvjetnika Savezne pokrajine, to je suprotno načelu jednakosti spolova i jednakih mogućnosti muškaraca i žena.

Kao što je nezavisni odvjetnik primijetio u točki 41. svog Mišljenja, odredba u pitanju u glavnom postupku ne podrazumijeva pokušaj ostvarivanja konačnog rezultata – imenovanje ili napredovanje – nego kvalificiranim ženama daje dodatne mogućnosti kako bi im olakšala započinjanje radnog života i karijere.

Sljedeće, iz zahtjeva za prethodnom odlukom proizlazi da navedena odredba, osim što propisuje pravila o broju razgovora koji se mora provesti sa ženama, također određuje da svi kandidati moraju biti prethodno ispitani te da se samo kvalificirani kandidati koji ispunjavaju sve tražene ili postavljene uvjete pozivaju na razgovor.

Prema tome, ova je odredba, time što jamči da će se, kada kandidati imaju jednake kvalifikacije, kvalificirane žene pozvati na razgovor, namijenjena promicanju jednakih mogućnosti muškaraca i žena u smislu članka 2. (4) Direktive.

Odgovor, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive ne isključuje nacionalno pravilo koje jamči da će, kada muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije, kvalificirane žene koje ispunjavaju sve tražene ili postavljene uvjete biti pozvane na razgovor, u sektorima u kojima su nedovoljno zastupljene.

Peti dio pitanja

Petim dijelom svojeg pitanja, Staatsgerichtshof u osnovi pita isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive nacionalno pravilo prema kojemu bi, kod imenovanja u radnička vijeća te upravna vijeća i nadzorne odbore, barem polovica članova trebale biti žene.

Iz zahtjeva za prethodnom odlukom i obrazloženja proizlazi da članak 14. HGIG-a o sastavu kolektivnih tijela nije prisilna, već je dispozitivna odredba koja priznaje mogućnost da su mnoga tijela osnovana zakonodavnim odredbama te da bi puna provedba zahtjeva jednakog članstva žena u tim tijelima u svakom slučaju zahtijevala izmjenu i dopunu važećeg zakona. Štoviše, ona se ne primjenjuje na dužnosti za koje se provode izbori. To bi također zahtijevalo izmjenu i dopunu važećeg zakona. Konačno, budući da nije prisilna, odredba dozvoljava da se, u određenom opsegu, u obzir uzmu i drugi kriteriji.

Odgovor, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive ne isključuje nacionalno pravilo o sastavu radničkih vijeća te upravnih vijeća i nadzornih odbora koje preporuča da se zakonskim odredbama usvojenim radi provođenja tog pravila u obzir uzme cilj da barem polovica članova tih tijela moraju biti žene.

U svjetlu prethodno navedenog, ne postoji potreba odlučiti o tumačenju članka 141. (4) EZ.

Troškovi

Troškovi nizozemske i finske Vlade i Komisije, koji su podnijeli razmatranja Sudu, nisu nadoknadivi. Budući da su ovi postupci, za stranke u glavnom postupku, dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud.

Na tim temeljima,

SUD,

u svrhu odgovora na pitanje upućeno od Staatsgerichtshof des Landes Hessen zahtjevom od 16. travnja 1997., odlučuje:

Članak 2(1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada ne isključuje nacionalno pravilo koje

u sektorima javne službe u kojima su žene nedovoljno zastupljene, prednost daje, kada muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije, ženskim kandidatkinjama kada se dokaže da je to potrebno radi usklađivanja sa ciljevima razvojnog plana za žene, ako ne postoje suprotstavljeni razlozi većeg pravnog značaja te ako pravilo jamči objektivnu procjenu kandidatura koja uzima u obzir specifične osobne situacije svih kandidata,

propisuje da obvezujući ciljevi razvojnog plana za žene da se radna mjesta u akademskoj službi na određeno vrijeme te za akademske asistente moraju popuniti minimalnim postotkom žena koje je barem jednak postotku žena među studentima diplomskog studija, studentima postdiplomskog i doktorskog studija te ostalim studentima pojedine discipline,

za svrhu ima uklanjanje nedovoljne zastupljenosti žena u profesijama u kojima je potrebno osposobljavanje za samostalan rad a u kojima su žene nedovoljno zastupljene i u kojima država nema monopol za osposobljavanje, te ženama dodjeljuje barem polovicu pripravničkih mjesta, osim ako, unatoč mjerama prikladnim za upoznavanje žena o dostupnim pripravničkim mjestima, nema dovoljno prijava od strane žena,

jamči da će, kada muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije, kvalificirane žene koje ispunjavaju sve tražene ili postavljene uvjete biti pozvane na razgovor, u sektorima u kojima su nedovoljno zastupljene,

vezano uz sastav radničkih vijeća te upravnih vijeća i nadzornih odbora preporuča da se zakonskim odredbama usvojenim radi provođenja tog pravila u obzir uzme cilj da barem polovica članova tih tijela moraju biti žene.

Usprkos svojoj opsežnosti, odluka *Badeck* ostavila je otvorenim iznimno bitno pitanje kvalifikacija. Naime, kao što je već navedeno, jedan od temeljnih uvjeta formule *Marschall* tražio je da su „kandidatkinja i kandidat jednako kvalificirani u pogledu prikladnosti, kompetencija i profesionalne izvedbe”. Što je to konkretno značilo, Sud nije pojasnio. *Abrahamsson* je bio predmet koji je Sud izravno suočio s ovim pitanjem. Preciznije, u tom predmetu Sud je morao odlučiti o dopuštenosti mjere pozitivne akcije koja je pružala prednost kandidatkinji koja je zadovoljila kriterije za zapošljavanje na konkretno radno mjesto, ali je po „objektivnim” stručnim kvalifikacijama zaostajala za muškim konkurentom. Država članica koja je uvela mjeru pravdala ju činjenicom da u konkretnom sektoru (sveučilišno obrazovanje) ima izuzetno malo žena i da postoji značajan otpor njihovom ulasku u to područje.

Kao što se vidi u samoj presudi koja je izložena u nastavku, Sud je našao da je konkretan model pozitivnih mjera suprotan direktivi. No, razlozi koje je dao nisu odgovorili na ključno pitanje. Prema mišljenju Suda mjera je bila neprihvatljiva jer procjena kvalifikacija kandidata koja se referencirala na „zahtjeve ispražnjenog mjesta” nije bila „temeljena na jasnim i nedvosmislenim kriterijima koji bi spriječili ili nadoknadili diskriminacijske prepreke koje postoje u profesionalnom životu”. Kako zbog takve dvosmislenosti i nedorečenosti postupka ocjene kvalifikacija nije bilo moguće precizno odrediti doseg sporne mjere, Sud je naglasio kako se izbor na kraju vjerojatno sveo samo na činjenicu da je kandidatkinja pripadala podzastupljenom spolu, a ne na temelju precizno određenih kvalifikacija te uz sve navedeno postupak nije nudio „spašavajuću klauzulu”.

Ovakvim odgovorom Sud se ograničio samo na ono što je bilo “potrebno” reći i nije ulazio u pitanje može li kandidatkinja koja je potpuno kvalificirana za određeno radno mjesto dobiti prednost u situaciji gdje konkurent ima nešto bolje kvalifikacije, ali je podzastupljenost takvog karaktera da signalizira sustavno isključivanje žena. To i dalje ostaje otvoreno pitanje.

C-407/98 Abrahamsson ECR [2000] I-05539

PRESUDA SUDA

6. srpnja 2000.

U predmetu C-407/98,

ZAHTJEV Sudu, temeljem članka 177. Ugovora o EZ (novim člankom 234. EZ), od Överklagandenämnden för Högskolan (Švedska) za prethodnom odlukom u postupku u tijeku pred tim sudom između:

Katarine Abrahamsson,

Leifa Andersona

i

Elisabet Fogelqvist

o tumačenju članka 2. (1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40.).

SUD (Peto vijeće)

sastavljen od: D.A.O. Edwarda, predsjednika vijeća, L. Sevóna, P.J.G. Kapteyna (izvjestitelja), P. Janna i H. Ragnemalma, sudaca,

Nezavisni odvjetnik: A. Saggio,

Zapisničar: R. Grass,

nakon razmatranja pisanih primjedba podnesenih u ime:

- gosp. Andersona, u svoje ime,

- švedske Vlade, po A. Krauseu, Departmentsrad u Ministarstvu vanjskih poslova, kao zastupniku,

- Komisije Europske zajednici, po K. Oldfeitu, Glavnom pravnom savjetniku, i A. Aresu, iz Pravnog odjela, kao zastupnicima,

uzimajući u obzir izvješće suca izvjestitelja,

nakon saslušanja Mišljenja Nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 16. studenog 1999.,

donosi sljedeću

Presudu

Zahtjevom od 14. listopada 1998., primljenim na Sud 26. listopada 1998., Överklagandenämnden för Högskolan (Žalbeni odbor Sveučilišta) uputio je Sudu na prethodnu odluku, temeljem članka 177. Ugovora o EZ (novi članak 234. EZ), četiri pitanja o tumačenju članka 2. (1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40., nadalje „Direktiva”).

Pitanja su postavljena u postupku kojeg su pokrenuli gđa. Abrahamsson i gosp. Anderson protiv gđe. Fogelqvist o njezinu imenovanju kao profesora hidrosferne znanosti na Sveučilištu u Göteborgu.

Pravna pozadina

Pravo Zajednice

Članci 2(1) i (4) Direktive glase:

„1. U svrhu odredaba koje slijede, načelo jednakog postupanja podrazumijeva zabranu bilo kakve diskriminacije na temelju spola, bilo izravne ili neizravne, a osobito s obzirom na bračni ili obiteljski status.

...

4. Ova Direktiva ne dovodi u pitanje mjere za promicanje jednakih mogućnosti za muškarce i žene, osobito uklanjanjem postojećih nejednakosti koje utječu na mogućnosti žena u područjima navedenim u članku 1. (1).”

U skladu s trećim recitalom preambule Preporuke Vijeća 84/635/EEZ od 13. prosinca 1984. o promicanju pozitivnih mjera u korist žena (OJ 1984 L 331, str. 34.), „postojeće pravne odredbe o jednakom postupanju, stvorene radi pružanja prava pojedincima, nisu odgovarajuće za uklanjanje svih postojećih nejednakosti ukoliko vlade, obje strane u radnim odnosima te ostala nadležna tijela ne poduzmu dodatne mjere radi suprotstavljanja učincima predrasuda prema ženama u zapošljavanju koje potječu iz društvenih stavova, ponašanja i struktura.” Izričito se pozivajući na članak 2. (4) Direktive, Vijeće je preporučilo državama članicama da:

„1. ... usvoje politiku pozitivnih mjera stvorenu radi uklanjanja postojećih nejednakosti prema ženama u radnom okruženju te promicanja bolje ravnoteže među spolovima u zapošljavanju, koja obuhvaća odgovarajuće opće i posebne mjere, u okviru nacionalnih politika i praksi, a istovremeno u potpunosti poštuje nadležnost obiju stranaka u radnim odnosima, kako bi: eliminirale ili se suprotstavile učincima predrasuda prema zaposlenim ženama ili ženama u potrazi za zaposlenjem koje nastaju iz postojećih stavova, ponašanja i struktura utemeljenih na tradicionalnoj društvenoj podjeli uloga između muškaraca i žena; potaknule sudjelovanje žena u raznim zanimanjima unutar sektora u kojima su trenutno nedovoljno zastupljene, osobito budućih sektora te na višim razinama odgovornosti, kako bi postale bolje korištenje svim ljudskim resursima.

Od stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama 1. svibnja 1999., članak 141. (1) i (4) EZ glasi:

„1. Svaka država članica mora osigurati primjenu načela jednakosti plaće radnika i radnica za jednaki rad ili rad jednake vrijednosti.

...

4. Radi osiguravanja potpune jednakosti muškaraca i žena u radnom životu u praksi, načelo jednakog postupanja neće sprječavati niti jednu državu članicu da zadrži ili usvoji mjere koje omogućavaju određene pogodnosti kako bi olakšale nedovoljno zastupljenom spolu bavljenje profesionalnom aktivnošću te spriječile ili nadoknadile nepovoljniji položaj u profesionalnoj karijeri.” Deklaracija br. 28 na članak 141. (4) (bivši članak 199. (4)) Ugovora o osnivanju Europske zajednice, priložena Ugovoru iz Amsterdama, glasi:

„Prilikom donošenja mjera iz članka 141. stavka 4. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, države članice bi, prije svega, trebale nastojati poboljšati položaj žena u radnom životu.”

Nacionalno pravo

Točka 2 drugog paragrafa članka 16. Jämställdhetslagen (1991:433) (švedskog Zakona o jednakosti) navodi da su mjere pozitivne diskriminacije dopuštene ako doprinose naporima za promicanje jednakosti na radnom mjestu. Članak glasi:

„Nezakonita diskriminacija postoji ako poslodavac u vrijeme zapošljavanja, napredovanja ili osposobljavanja radi napredovanja radije imenuje jednu osobu nego drugu različitog spola iako osoba koja nije izabrana bolje ispunjava objektivne uvjete za radno mjesto ili za osposobljavanje.

Ti se uvjeti neće primjenjivati ako poslodavac dokaže:

da odluka nije izravno ili neizravno povezana sa spolom osobe koja nije izabrana;

da odluka čini dio napora za promicanje jednakosti muškaraca i žena na radnom mjestu;

da je odluka opravdana jer uzima u obzir moralni ili drugi posebni interes koji ne mora nužno biti značajniji od interesa za osiguravanje jednakosti u profesionalnom životu.”

Članak 15. poglavlja 4. Högskoleförordningen (1993:100) (švedske Uredbe o sveučilištima), na snazi od 1. siječnja 1999. (nadalje „Uredba 1993:100”) navodi, u vezi s osnovama za napredovanje ili zapošljavanje na profesorska radna mjesta:

„Zapošljavanje na profesorska radna mjesta mora biti utemeljeno na znanstvenim, umjetničkim, pedagoškim, administrativnim ili drugim postignućima povezanim s disciplinom tog radnog mjesta te naravi te discipline.

Pri zapošljavanju, u obzir se također moraju uzeti objektivni razlozi u skladu s općim ciljevima politika u vezi s tržištem rada, jednakosti, socijalnim pitanjima i zaposlenosti.”

Članak 15. a poglavlja 4. Uredbe 1993:100 uspostavlja poseban oblik pozitivne diskriminacije za

slučajeve u kojima visoka obrazovna institucija odluči da je takva diskriminacija dopuštena u popunjavanju radnih mjesta ili određene kategorije radnih mjesta radi promicanja jednakosti na radnom mjestu. U tim slučajevima, kandidat koji pripada nedovoljno zastupljenom spolu te ima kvalifikacije potrebne za radno mjesto može biti izabran umjesto kandidata suprotnog spola koji bi inače bio izabran ako razlika u njihovim kvalifikacijama nije toliko velika da bi primjena ovog pravila bila suprotna zahtjevu za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.

U skladu s člankom 16. poglavlja 4. Uredbe 1993:100, u svakom postupku zapošljavanja profesora osobita važnost mora se pridodati znanstvenim i predavačkim sposobnostima.

Prema članku 4. (2) Lagen (1994:260) om offentlig anställning (švedskog Zakona o zapošljavanju državnih službenika), primjenjivog na javnu službu, ako posebni razlozi ne opravdavaju drugačije djelovanje, prednost se mora dati sposobnostima. Iz povijesnog tumačenja te odredbe proizlazi da postizanje jednakosti može biti poseban razlog te vrste.

Förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarasistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (švedska Uredba o radnim mjestima profesora i asistenata s ciljem promicanja jednakosti, nadalje „Uredba 1995:936”) stupila je na snagu 1. srpnja 1995.

Povijesno tumačenje te uredbe (nacr 1994/95:164) pokazuje da je, kao što tvrdi švedska Vlada, napredak prema poštenijoj raspodjeli profesorskih radnih mjesta između spolova bio naročito spor te su potrebni veliki naponi kako bi se u kratkom razdoblju osigurao veliki porast u broju ženskih profesora. Uredba 1995:936 odražava te posebne napore, čiji je cilj primijeniti, ako i gdje je to potrebno, takozvane mjere pozitivne diskriminacije. Prema odluci švedske Vlade od 14. ožujka 1996. (dnr 96/91), ti su naponi rezultirali otvaranjem 30 profesorskih radnih mjesta.

Članci 1. do 3. Uredbe 1995:936 glase:

„Članak 1.

Ova uredba uređuje radna mjesta profesora i asistenata koja se otvaraju i popunjavaju prema posebnom postupku preraspodjele u proračunskoj godini 1995./1996. na određenim državnim sveučilištima i visokim obrazovnim institucijama u kontekstu promicanja jednakosti u profesionalnom životu.

Članak 2.

U postupku zapošljavanja, odredbe članka 15. a poglavlja 4. Uredbe 1993:100 zamjenjuju se sljedećim odredbama.

Kandidat koji pripada nedovoljno zastupljenom spolu te ima potrebne kvalifikacije u skladu s prvim stavkom članka 15. poglavlja 4. Uredbe 1993:100 mora imati prednost pred kandidatom suprotnog spola koji bi inače bio izabran („pozitivna diskriminacija”) ako se to pokaže potrebnim radi zapošljavanja kandidata nedovoljno zastupljenog spola.

Međutim, do pozitivne diskriminacije ne smije doći ako je razlika u kvalifikacijama kandidata nije toliko velika da bi primjena ovog pravila dovela do povrede zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.”

Iz nacrta 1994/95:164 proizlazi da ograničenje iz trećeg stavka članka 3. Uredbe 1995:936 postoji radi poštivanja članka 9. poglavlja 11. švedskog Ustava prema kojemu se, prilikom zapošljavanja u državnu službu, u obzir uzimaju samo objektivni kriteriji, kao što su postignuća (duljina prijašnjih radnih odnosa) i sposobnosti (podobnost za radno mjesto, dokazano teoretskim i praktičnim obrazovanjem i radnim iskustvom). U nacrtu 1994/95:164 također se navodi da „iako promicanje jednakosti jest objektivni razlog u smislu švedskog Ustava, iz te odredbe jasno proizlazi da razlika u razini postignuća, dopuštena u slučajevima pozitivne diskriminacije, može biti ograničena”.

Glavni postupak i pitanja upućena Sudu

Sveučilište u Göteborgu objavilo je natječaj za radno mjesto profesora hidrosfernih znanosti 3. lipnja 1996. U natječaju je bilo naznačeno da zapošljavanje na to radno mjesto mora pridonijeti promicanju jednakosti spolova u profesionalnom životu te da je pozitivna diskriminacija moguća, u skladu s Uredbom 1995:936.

Osam se kandidata prijavilo, uključujući gđu Abrahamsson, gđu Destouni i gosp. Fogelqvista te gosp. Andresona.

Odbor za imenovanje Fakulteta znanosti (nadalje „birački odbor“) dva puta je glasovao, prvom prilikom o znanstvenim kvalifikacijama kandidata. U tom je glasovanju gosp. Anderson bio na prvom mjestu s pet glasova, a gđa Destouni imala je tri glasa. Nakon drugog glasovanja, u kojem se u obzir uzimalo i znanstvena postignuća i Uredbu 1995:936, na prvo je mjesto dospjela gđa Destouni sa šest glasova, nasuprot dva glasa za gosp. Andersona. Birački je odbor Rektor u Sveučilišta u Göteborgu predložio imenovanje gđe Destouni, izričito napominjući da imenovanje te kandidatkinje umjesto gosp. Andersona ne dovodi do povrede zahtjeva za objektivnošću u smislu trećeg stavka članka 3. Uredbe 1995:936. Birački je odbor stavio gosp. Andersona na drugo mjesto, a gđu Fogelqvist na treće, pozivajući se na izvješća stručnjaka u oba slučaja.

Nakon što je gđa Destouni povukla svoju prijavu, Rektor je Sveučilišta 27. lipnja 1997. odlučio ponovno uputiti predmet biračkom odboru radi donošenja odluke o preostalim prijavama u svjetlu jednakosti muškaraca i žena te osobito imajući u obzir Uredbu 1995:936 i Plan Sveučilišta za postizanje jednakosti muškaraca i žena. Birački je odbor 6. studenog 1997. izjavio da ne može ponovno razmotriti predmet uzimajući u obzir te čimbenike budući da je pitanje jednakosti već uzeto u obzir prilikom donošenja prve odluke. Nadalje, izjavio je da je naišao na teškoće pri tumačenju područja primjene trećeg stavka članka 3. Uredbe 1995:936, s time da je većina članova odbora smatrala da je između gosp. Andersona i gđe Fogelqvist značajna razlika.

Rektor Sveučilišta u Göteborgu je 18. studenog 1997. odlučio kao profesora imenovati gđu Fogelqvist. U svojoj je odluci rektor uputio na Uredbu 1995:936 i na Plan Sveučilišta za postizanje jednakosti muškaraca i žena te izjavio da razlika u postignućima gosp. Andersona i gđe Fogelqvist nije toliko značajna da bi pozitivna diskriminacija u korist gđe Fogelqvist dovela do povrede zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.

Gosp. Anderson i gđa Abrahamsson podnijeli su žalbu Överklagandenämnden för Högskolan. Gosp. Anderson tvrdio je da je imenovanje bilo suprotno i članku 3. Uredbe 1995:936 i presudi Suda pravde u predmetu *C-450/93 Kalanke v Bremen* [1995] ECR I-3051. Gđa Abrahamsson je tvrdila da procjena biračkog odbora nije uravnotežena te da je njezino znanstveno postignuće veće od onog gđe Fogelqvist. Međutim, priznala je da su postignuća gosp. Andersona superiorna njezinima.

Birački je odbor, ponovno sastavljen, 13. ožujka 1998. izjavio da ne postoje razlozi za izmjenu prethodnih stajališta. Rektor je 26. lipnja 1998. također odbio poduprijeti žalbe.

Överklagandenämnden je smatrao da su gosp. Anderson i gđa Fogelqvist najbolje kvalificirani kandidati te da je nakon provedenih ispitivanja očigledno da je gosp. Anderson u znanstvenom području sposobniji od gđe Fogelqvist. Što se tiče predavačkih sposobnosti, prema mišljenju Överklagandenämndena, nijedan od dvoje kandidata ne bi se mogao smatrati bolje kvalificiranim od drugoga. Također, njihove administrativne sposobnosti nisu bile odlučni faktor, iako se smatralo da gđa Fogelqvist ima u tom pogledu određenu, ali ograničenu prednost.

Överklagandenämnden je također izjavio da, u skladu s tradicijom i sa mjerodavnom sudskom praksom, u cjelokupnoj procjeni osobitu važnost imaju znanstvena postignuća. U ovom slučaju, mala prednost gđe Fogelqvist u administrativnom području ne može prevagnuti nad premoći gosp. Andersona u znanstvenom području. Stoga, postavilo se pitanje principa može li, u razmatranju pozitivne diskriminacije u skladu s Uredbom 1995:936, nedovoljno zastupljeni spol gđe Fogelqvist prevagnuti nad prednošću gosp. Andersona te, nadalje, je li primjena Uredbe 1995:936 u skladu s pravom Zajednice te osobito s člankom 2. (4) Direktive.

S obzirom na primjenu Uredbe 1995:936, Överklagandenämnden je smatrao da područje primje-

ne ograničenja iz trećeg stavka članka 3. (pridržavanje zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju) koji se primjenjuje na pozitivnu diskriminaciju nije pojašnjeno ostalim izvorima prava. Međutim, zauzeo je stajalište da ograničenje može podrazumijevati da se cilj postizanja jednakosti mora uravnotežiti s interesom za osiguravanje što stručnijeg obavljanja društveno važnih funkcija, kao što su istraživanje i visoko obrazovanje. U tom smislu, Överklagandenämnden je smatrao da zahtjev za objektivnošću, u slučaju da najbolje kvalificirani kandidat nije izabran, podrazumijeva da se mjera pozitivne diskriminacije ne može primijeniti ako bi očito mogla umanjiti kvalitetu izvedbe tih funkcija. Överklagandenämnden je smatrao da, ako bi se okolnosti slučaja razmotrile s obzirom na taj kriterij, imenovanje gđe. Fogelqvist ne dovodi do očite povrede zahtjeva za objektivnošću.

Što se tiče usklađenosti oblika pozitivne diskriminacije iz članka 3. Uredbe 1995:936 s pravom Zajednice, Överklagandenämnden je smatrao da odredbe Direktive ne pružaju nedvosmislen odgovor. Iako je primijetio da je važnost iznimke od načela jednakog postupanja iz članka 2. (4) Direktive Sud do određene mjere ispitao u presudi *Kalanke*, prethodno citiranoj, te u predmetu *C-409/95 Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363, Överklagandenämnden je svejedno smatrao da nije neprikladno od Suda tražiti odluku o tumačenju primjenjivog prava Zajednice, temeljem članka 177. Ugovora.

U tim je okolnostima Överklagandenämnden för Högskolan zastao s postupkom radi donošenja prethodne odluke Suda o sljedeća četiri pitanja:

Isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada, nacionalno zakonodavstvo prema kojemu kandidat nedovoljno zastupljenog spola koji ima potrebne kvalifikacije za državnog službenika ima prednost u zapošljavanju pred kandidatom suprotnog spola koji bi inače bio izabran („pozitivan poseban tretman“) ako postoji potreba za odabirom kandidata nedovoljno zastupljenog spola te prema kojoj nema pozitivnog posebnog tretmana ako je razlika u kvalifikacijama kandidata toliko velika da bi takav tretman bio suprotan zahtjevu za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju?

Ako je odgovor na prvo pitanje pozitivan, je li pozitivan poseban tretman nedopustiv u slučaju u kojem je primjena nacionalnog zakonodavstva ograničena na zapošljavanje na unaprijed ograničeni broj radnih mjesta ili na radna mjesta stvorena kao dio posebnog programa kojeg je usvojilo pojedino sveučilište, a prema kojemu može doći do pozitivnog posebnog tretmana (kao što je prema članku 15. poglavlja 4. Högskoleförordningen)?

Ako bi odgovor na drugo pitanje značio da je pozitivan posebni tretman u nekom pogledu nezakonit, može li se pravilo, utemeljeno na švedskoj administrativnoj praksi i drugom stavku članka 15. poglavlja 4. Högskoleförordningena, koje je odobrio Žalbeni odbor, da se kandidatu nedovoljno zastupljenog spola mora dati prednost pred kandidatom suprotnog spola, s time da se kandidati mogu smatrati jednakima ili skoro jednakima u pogledu postignuća, u određenom smislu smatrati suprotno Direktivi 76/207/EEZ?

Ima li ikakve razlike u postavljanju nabrojanih pitanja to što se zakonodavstvo odnosi ili na radna mjesta nižeg stupnja unutar područja djelatnosti ili na radna mjesta najvišeg stupnja?“

Dopuštenost

Prije odgovaranja na podnesena pitanja, potrebno je razmotriti može li se Överklagandenämnden för Högskolan smatrati sudom u smislu članka 177. Ugovora.

Kako bi utvrdili je li tijelo koje podnosi zahtjev sud u smislu članka 177. Ugovora, što je pitanje uređeno isključivo pravom Zajednice, Sud uzima u obzir nekoliko faktora, kao što su je li tijelo osnovano zakonom, je li trajno, ima li obvezujuću nadležnost, provodi li postupak *inter partes*, primjenjuje li pravna pravila te je li nezavisno (vidi, osobito, spojene predmete *C-110/98 to C-147/98 Gabalfrisa and Others* [2000] ECR I-1577, paragraf 33).

U ovom slučaju, Överklagandenämnden, trajno tijelo, osnovano je po Högskolelagenu (1992:1434) (Zakonu o visokom obrazovanju), čiji članak 1. (1) poglavlja 5. navodi da poseban žalbeni odbor

ispituje žalbe protiv odluka donesenih u svezi s visokim obrazovanjem.

Iz Förordningen (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (Uredbe o uputama za žalbeni odbor za visoko obrazovanje) jasno proizlazi da od osam članova Överklagandenämndena, predsjednik i potpredsjednik moraju ili su morali biti suci. Od ostalih članova, barem trojica moraju biti pravnici. Sve članove imenuje Vlada.

Överklagandenämnden samostalno ispituje žalbe na odluke o imenovanjima na sveučilištima i visokim obrazovnim institucijama. U skladu s člankom 9. poglavlja 1. švedskog Ustava, u obzir se mora uzeti osiguravanje jednakosti svih osoba pred zakonom te objektivnosti i nepristranosti. U skladu s člankom 7. poglavlja 11. švedskog Ustava, nijedna vlast, čak ni Parlament, ne smije odlučiti kakvu će odluku donijeti Överklagandenämnden u predmetu pred njim. Jedine žalbe koje se razmatraju one su u kojima podnositelj žalbe osobno traži utvrđivanje da je on/ona trebala biti zaposlen/zaposlena na određeno radno mjesto.

Överklagandenämnden je nadležan donijeti odluku ako su prisutni predsjednik i barem trojica ostalih članova, od kojih barem jedan mora biti pravnik. Pravila o postupku koji provodi Överklagandenämnden nalaze se u Förvaltningslagen (1986:223) (Zakonu o upravnom postupku, nadalje „Zakon 1986:223”). O predmetu se u pravilu odlučuje nakon pripreme izvješća prije kojeg su stranke imale mogućnost biti saslušane i očitovati se na izjave suprotnih stranaka. Također postoji odredba koja uređuje usmeni postupak.

Nakon razmatranja se donosi obvezujuća odluka, na koju se ne može podnijeti žalba (članak 1. (2) poglavlja 5. Zakona 1992:1434).

Iz zakonskih odredbi i uredbi spomenutih u paragrafima 30 do 34 jasno proizlazi da je Överklagandenämnden utemeljen zakonom, da je stalno tijelo kojem je, iako čini dio upravne vlasti, dodijeljena sudska funkcija, da primjenjuje pravna pravila te da je postupak koji provodi *inter partes*, iako to Zakon 1986:223 izričito ne navodi.

Što se tiče nezavisnosti, iz odredbi švedskog Ustava spomenutih u paragrafu 32. ove presude jasno proizlazi da Överklagandenämnden povodom žalbi protiv određenih odluka sveučilišta i visokih obrazovnih institucija odlučuje bez uputa i potpuno nepristrano.

Navedena jamstva na Överklagandenämndenu daju status odvojen od statusa vlasti koja je donijela odluku na koju se podnosi žalba te nezavisnost potrebnu da bi se smatrao sudom u smislu članka 177. Ugovora.

Slijedi da se Överklagandenämnden för Högskolan mora smatrati sudom u smislu članka 177. Ugovora te su, stoga, pitanja podnesena sudu dopuštena.

Materija

Prethodna razmatranja

Na početku valja primijetiti da svojim pitanjem nacionalni sud želi utvrditi isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive nacionalno zakonodavstvo, kao što je švedsko zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku, u području visokog obrazovanja, koje uređuje pozitivnu diskriminaciju u zapošljavanju u korist kandidata nedovoljno zastupljenog spola.

Tumačenje članka 141. (4) EZ, koje se odnosi na mjere te vrste, ne bi pomoglo u odlučivanju u glavnom postupku osim ako bi Sud smatrao da članak 2. Direktive isključuje nacionalno zakonodavstvo vrste u pitanju.

Zatim, članak 1. (1) Direktive namijenjen je započinjanju s primjenom načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u državama članicama, osobito u području pristupa zaposlenosti, uključujući i napredovanje, te stručnog osposobljavanja. Prema članku 2. (1) Direktive, to načelo podrazumijeva ukidanje svake diskriminacije izravno ili neizravno utemeljene na spolu. Međutim, člankom 2. (4) Direktiva ne zabranjuje mjere koje promiču jednake mogućnosti muškaraca i žena, osobito uklanjanjem postojećih nejednakosti koje utječu na mogućnosti žena u područjima navedenim u članku 1. (1)

Konačno, u svojoj presudi u predmetu C-158/97 *Badeck and Others* [2000] ECR I-1875, paragraf 23, Sud je smatrao da se mjera koja je namijenjena davanju prednosti u napredovanju ženama u

sektorima javne službe u kojima su nedovoljno zastupljene mora smatrati usklađenom s pravom Zajednice ako ženama ne daje prednost automatski i isključivo u slučajevima u kojima su žene i muškarci jednako kvalificirani, te ako se kandidature objektivno procjenjuju uzimajući u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Prvo pitanje

Prvim pitanjem postavlja se problem isključuje li članak 2. (1) i (4) nacionalno zakonodavstvo, kao što je švedsko zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku, prema kojemu se kandidati za državnog službenika koji pripadaju nedovoljno zastupljenom spolu i imaju potrebne kvalifikacije za to radno mjesto moraju izabrati umjesto kandidata suprotnog spola koji bi inače bili izabrani ako postoji potreba za odabirom kandidata nedovoljno zastupljenog spola te ako razlika u postignućima kandidata nije toliko velika da bi dovela do povrede zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.

Za razliku od nacionalnog zakonodavstva o pozitivnoj diskriminaciji koje je Sud razmatrao u presudama *Kalanke*, *Marschall* i *Badeck*, nacionalno zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku omogućuje davanje prednosti kandidatima nedovoljno zastupljenog spola koji, iako su dovoljno kvalificirani, nemaju kvalifikacije jednake onima ostalih kandidata suprotnog spola.

Pravilo je da postupak odabira kandidata za radno mjesto uključuje razmatranje njihovih kvalifikacija s obzirom na zahtjeve slobodnog radnog mjesta ili dužnosti koje bi trebali obavljati.

U paragrafima 31 i 32 presude *Badeck*, prethodno citirane, Sud je smatrao da je radi procjene opravdano u obzir uzeti određene pozitivne i negativne kriterije koji u pravilu prednost daju ženama, iako su oblikovani pojmovima koji su neutralni s obzirom na spol te koji stoga mogu u korist ići i muškarcima. Stoga, može se odlučiti da se radni staž, dob i datum posljednjeg napredovanja uzimaju u obzir samo u mjeri u kojoj su značajni za prikladnost, radne učinke i sposobnosti podnositelja prijave. Slično tome, može se propisati da je obiteljski status ili dohodak partnera nebitan te da rad u nepunom radnom vremenu, dopust i odugovlačenje u završavanju pripravničkog staža kao posljedice brige za djecu ili o ovisnim osobama ne smije imati negativne učinke. Očita svrha navedenih kriterija jest postizanje materijalne, prije nego formalne, jednakosti smanjivanjem *de facto* nejednakosti do kojih može doći u društvu te, stoga, u skladu s člankom 141. (4) EZ, prevencija i nadoknada za stavljanje osoba nedovoljno zastupljenog spola u nepovoljniji položaj u profesionalnoj karijeri.

U tom je smislu važno naglasiti da primjena kriterija, kao što su oni prethodno spomenuti iz paragrafa 47., mora biti transparentna i podložna provjerama kako bi se izbjegle arbitrarne procjene kvalifikacija kandidata.

Što se tiče postupka odabira u pitanju u glavnom postupku, iz relevantnog švedskog zakonodavstva ne proizlazi da je procjena kvalifikacija kandidata prema zahtjevima slobodnog radnog mjesta utemeljena na jasnim i nedvosmislenim kriterijima radi sprečavanja ili nadoknađivanja za stavljanje osoba nedovoljno zastupljenog spola u nepovoljniji položaj u profesionalnoj karijeri. S druge strane, prema tom se zakonodavstvu kandidat za državnog službenika nedovoljno zastupljenog spola mora izabrati umjesto kandidata suprotnog spola koji bi inače bio izabran, ako je ta mjera potrebna radi zapošljavanja kandidata nedovoljno zastupljenog spola.

Slijedi da zakonodavstvo u pitanju u glavnom postupku automatski prednost daje kandidatima nedovoljno zastupljenog spola ako imaju potrebne kvalifikacije, pod jedinim uvjetom da razlika u postignućima kandidata oba spola nije toliko velika da bi dovela do povrede zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.

Područje primjene i učinak tog uvjeta ne mogu se precizno odrediti, tako da se odabir kandidata, između onih koji imaju potrebne kvalifikacije, konačno temelji na samoj činjenici pripadnosti nedovoljno zastupljenom spolu, a tako je čak i ako su postignuća kandidata izabranog na taj način manja od postignuća kandidata suprotnog spola. Nadalje, kandidature se ne procjenjuju

objektivno, uzimajući u obzir specifične osobne situacije svih kandidata. Slijedi da takva metoda odabira nije odobrena člankom 2. (4) Direktive.

U tim okolnostima, potrebno je utvrditi je li zakonodavstvo kao što je ono u pitanju u glavnom postupku opravdano člankom 141. (4) EZ.

U tom je pogledu dovoljno istaknuti da se, iako članak 141. (4) EZ dopušta državama članicama da zadrže ili usvoje mjere koje omogućavaju određene pogodnosti kako bi spriječile ili nadoknatile nepovoljniji položaj u profesionalnoj karijeri i time osigurale potpunu jednakost muškaraca i žena u profesionalnom životu, ne može iz toga zaključiti da je dopuštena metoda odabira kao što je ona u pitanju u glavnom postupku, koja se, u svakom pogledu, čini neproporcionalna cilju koji se želi postići.

Odgovor na prvo pitanje, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive i članak 141. (4) EZ isključuju nacionalno zakonodavstvo prema kojemu se kandidat za državnog službenika koji pripada nedovoljno zastupljenom spolu i koji ima potrebne kvalifikacije mora izabrati umjesto kandidata suprotnog spola koji bi inače bio izabran, ako je navedena mjera potrebna radi zapošljavanja kandidata nedovoljno zastupljenog spola te ako razlika u postignućima kandidata oba spola nije toliko velika da bi dovela do povrede zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.

Drugo pitanje

Drugim pitanjem, nacionalni sud želi utvrditi isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive također i nacionalno zakonodavstvo koje se primjenjuje samo na postupke popunjavanja unaprijed ograničenog broja radnih mjesta ili radnih mjesta stvorenih kao dio posebnog programa koji je usvojila pojedina visoka obrazovna institucija, a prema kojem se mogu primijeniti mjere pozitivne diskriminacije.

U tom smislu, sama činjenica što se ograničava područje primjene mjera pozitivne diskriminacije kao što su one u pitanju nije dovoljna da izmjeni njihovu apsolutnu i disproportionalnu narav. Odgovor na drugo pitanje, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive i članak 141. (4) EZ također isključuju nacionalno zakonodavstvo koje se primjenjuje samo na postupke popunjavanja unaprijed ograničenog broja radnih mjesta ili radnih mjesta stvorenih kao dio posebnog programa kojeg je usvojila pojedina visoka obrazovna institucija, a prema kojemu se mogu primijeniti mjere pozitivne diskriminacije.

Treće pitanje

Trećim pitanjem nacionalni sud želi utvrditi isključuje li članak 2. (1) i (4) Direktive pravilo nacionalne sudske prakse prema kojoj se kandidatu nedovoljno zastupljenog spola može dati prednost pred kandidatom suprotnog spola, s time da kandidati imaju jednaka ili skoro jednaka postignuća.

U tom pogledu, dovoljno je reći da se, kao što je prethodno napomenuto u paragrafu 43, takvo pravilo mora smatrati usklađenim s pravom Zajednice ako se kandidature objektivno procjenjuju uzimajući u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Odgovor na treće pitanje, dakle, mora biti da članak 2. (1) i (4) Direktive ne isključuje pravilo nacionalne sudske prakse prema kojoj se kandidatu nedovoljno zastupljenog spola može dati prednost pred kandidatom suprotnog spola, s time da kandidati imaju jednaka ili skoro jednaka postignuća ako se kandidature objektivno procjenjuju uzimajući u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Četvrto pitanje

Četvrtim pitanjem nacionalni sud želi utvrditi bi li se odgovori na prvo, drugo i treće pitanje razlikovali ako bi se zakonodavstvo odnosilo ili na radna mjesta nižeg stupnja ili na radna mjesta najvišeg stupnja?

U tom smislu, pravo Zajednice ne čini primjenu načela jednakog postupanja prema muškarcima

i ženama, u pogledu pristupa zaposlenosti, ovisnom o stupnju radnog mjesta koje se popunjava. Odgovor na četvrto pitanje, dakle, mora biti da pitanje jesu li nacionalna pravila o pozitivnoj diskriminaciji u zapošljavanju u visokom obrazovanju zakonita ne može ovisiti o stupnju radnog mjesta koje se popunjava.

Troškovi

Troškovi švedske Vlade i Komisije, koji su podnijeli razmatranja Suda, nisu nadoknadivi. Budući da su ovi postupci, za stranke u glavnom postupku, dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud.

Na tim temeljima,

SUD (Peto vijeće),

radi odgovora na pitanje upućeno od Överklagandenämnden för Högskolan zahtjevom od 14. listopada 1998., odlučuje:

Članak 2. (1) i (4) Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju te uvjeta rada i članak 141. (4) EZ isključuju nacionalno zakonodavstvo prema kojemu se kandidat za državnog službenika koji pripada nedovoljno zastupljenom spolu i koji ima potrebne kvalifikacije mora izabrati umjesto kandidata suprotnog spola koji bi inače bio izabran, ako je navedena mjera potrebna radi zapošljavanja kandidata nedovoljno zastupljenog spola te ako razlika u postignućima kandidata oba spola nije toliko velika da bi dovela do povrede zahtjeva za objektivnošću u donošenju odluke o zapošljavanju.

Članak 2. (1) i (4) Direktive 76/207 i članak 141. (4) EZ također isključuju nacionalno zakonodavstvo koje se primjenjuje samo na postupke popunjavanja unaprijed ograničenog broja radnih mjesta ili radnih mjesta stvorenih kao dio posebnog programa koji je usvojila pojedina visoka obrazovna institucija, a prema kojem se mogu primijeniti mjere pozitivne diskriminacije.

Članak 2. (1) i (4) Direktive 76/207 ne isključuje pravilo nacionalne sudske prakse prema kojoj se kandidatu nedovoljno zastupljenog spola može dati prednost pred kandidatom suprotnog spola, s time da kandidati imaju jednaka ili skoro jednaka postignuća, ako se kandidature objektivno procjenjuju uzimajući u obzir specifične osobne situacije svih kandidata.

Pitanje jesu li nacionalna pravila o pozitivnoj diskriminaciji u zapošljavanju u visokom obrazovanju zakonita ne može ovisiti o stupnju radnog mjesta koje se popunjava.

2.3 Neizravna diskriminacija

Neizravna diskriminacija na neki je način perjanica sustava antidiskriminacijske zaštite EU. Baš kao i jamstvo izravne diskriminacije, ovo jamstvo ušlo je u pravni poredak EU kroz sudsku praksu i to kroz pomalo mitsku odluku Suda pravde u predmetu *Bilka* koja je uključena i u ovu zbirku. Opet, baš kao i jamstvo izravne diskriminacije, neizravna diskriminacija ušla je u pravni poredak EU zahvaljujući području jednakosti spolova.

Jamstvo zabrane neizravne diskriminacije u potpunosti je kreacija sudova. Iako će neki tvrditi kako je jamstvo zabrane neizravne diskriminacije inherentno klasičnom aristotelovskom načelu gdje predstavlja onu drugu stranu načela koja glasi „*s različitima različito*”, jamstvo u obliku kakvom ga mi poznajemo danas inicijalno se razvilo u praksi Vrhovnog suda SAD-a s početkom 70-ih godina prošlog stoljeća vrlo utjecajnim predmetom *Griggs v. Duke Power Co.*⁸ Nakon što se u američkom antidiskriminacijskom pravu ustalilo jamstvo zabrane diskriminacije, prešlo je Atlantik i ušlo prvo u sudsku praksu britanskih sudova, a zatim zahvaljujući Sudu pravde Europske unije i u praksu sudova u ostatak država članica EU.

Jamstvo zabrane neizravne diskriminacije odraz je pravnog pragmatizma koji je karakterističan za pravna jamstva koja su umjesto zakonodavaca razvijali sudovi. Prvo, jamstvo neizravne diskriminacije u sudsku je praksu ušlo ponajprije kao reakcija na slabosti koje je tradicionalno jamstvo zabrane izravne diskriminacije učestalo pokazivalo u sudskoj praksi u to vrijeme. Primjenjivano prvenstveno kao jamstvo istovjetnosti u postupanju kojem konkretni učinci nisu bili od prevelikog značenja, zbog čega je i zaslužilo pejorativan naziv formalne jednakosti, jamstvo zabrane diskriminacije nije se pokazalo zadovoljavajućom zaštitom od onih oblika nepovoljnog postupanja koji nisu bili „otvoreno” diskriminatorni ili koji iza sebe nisu imali jasnu pristranu motivaciju, a ponajmanje od onih oblika koji su bili osmišljeni kako bi išli u korist pripadnicima jedne skupine iako su se zbog svog neutralnog naličja formalno dosljedno primjenjivali na sve. Drugo, način na koji je strukturirano jamstvo odražava vrijednosni kompromis između nekoliko suprotstavljenih društvenih vrednota i interesa. S jedne strane, jamstvo jasno odražava volju da se prevlada *status quo* kojeg tvrdoglavo održavaju društveno ustaljeni i široko prihvaćeni obrasci postupanja koji pogoduju prvenstveno dominantnoj društvenoj skupini. S druge strane, jamstvo jednako jasno odražava brigu da se donositelje spornih odluka (prvenstveno poslodavce) ne optereti u onom opsegu kada postaje „nepravilno” držati ih odgovornima za diskriminatorne učinke njihovih postupaka čije uzroke nisu imali pod svojom kontrolom.

Odluka Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Griggs* vrijedan je primjer takvog vrijednosnog kompromisa. U svom obrazloženju, na temelju kojeg je presudio da je poslodavac odgovoran za rasnu diskriminaciju jer je za potrebe zapošljavanja i napredovanja uveo verziju testa inteligencije na kojem su pripadnici „bijele” rase zbog kvalitetnijeg pristupa obrazovanju u pravilu ostvarivali bolje rezultate od pripadnika „crne” rase, Vrhovni sud nije se usredotočio na mogućnost da je takav postupak bio motiviran namjerom da se isključi što veći broj osoba afroameričkog podrijetla, što mu je omogućilo da se usredotoči na samu naizgled neutralnu praksu. Ocjenjujući spornu praksu, Sud je našao da je zakonodavac propisao „*da testovi ili kriteriji zapošljavanja ili unapređivanja ne mogu poštivati jednakost prilika samo na način na koji je rodi ponuđeno mlijeko u basni o rodi i lisici. Upravo suprotno, Kongres je zahtijevao da se uzmu u obzir položaji uvjeti konkretne osobe koja traži posao. Propisao je – da opet iskoristimo basnu – da posuda u kojoj se nudi mlijeko mora biti takva da je mogu iskoristiti svi. Zakon zabranjuje ne samo otvorenu diskriminaciju već i prakse koje su ispravne u svojoj formi ali su diskriminatorne u izvedbi. Poanta je poslovna nužnost. Ako se za poslovnu praksu koja u svojoj provedbi isključuje crnce ne može pokazati da je povezana uz izvedbu posla, praksa je zabranjena.*”

Test poslovne nužnosti izraz je opisanog kompromisa između potrebe da se iz društvenih od-

⁸ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424.

nosa uklone prakse koje perpetuiraju podređeni društveni položaj povijesno diskriminiranih skupina i potrebe da se zaštiti kako poslodavac od „nerazmjernog” opterećenja koje donose antidiskriminacijske reforme tako i društveni interes za „učinkovitim” tržišnim poslovanjem.

Baš kao i u SAD-u, jamstvo neizravne diskriminacije postalo je dio sustava antidiskriminacijske zaštite dobrim dijelom kao rezultat sudskog pragmatizma. Kao što je spomenuto, sami počeci nisu bili naklonjeni ovom instrumentu. U odluci *Defrenne* (5 godina nakon odluke *Griggs*) Sud pravde Europske unije izričito je odbacio koncept neizravne diskriminacije s obzirom na da ga se nije moglo dokazati temeljem „čisto pravne analize situacije”, već je primjena tog jamstva zahtijevala sociološke analize i složene društvene odluke. No, kako je važnost antidiskriminacijskih jamstava u pravnom poretku EU rasla, Sud je postajao sve svjesniji potrebe za instrumentom koji bi odgovorio na nedostatke jamstva zabrane izravne diskriminacije i omogućio mu da se usredotoči na negativne implikacije onih prepreka jednakosti koje su čvrsto utkane u strukturu svakodnevnih odnosa i imaju duboke posljedice za sposobnost žena da se ravnopravno natječu s muškarcima za vrijedne prilike koje pruža tržište rada. Štoviše, usprkos stajalištu Suda koje je zauzeo u *Defrenne*, ova vrsta „naizgled neutralnih” i dosljedno primjenjivih prepreka postala je meta značajnog broja sporova pred nacionalnim sudovima. U tom smislu, pitanje neizravne diskriminacije brzo je nakon *Defrenne* postalo pitanje od ključnog značenja za ugled Suda koji ga je predstavljao kao instituciju predanu idealu jednakosti spolova.

Odluka u predmetu *Bilka* bila je odgovor na navedene potrebe i izazove. *Bilka* je proširila doseg načela jednakosti u postupanju u području jednakosti spolova, a time i antidiskriminacijskom pravu uopće, koje je od te odluke nadalje uključivalo ne samo strogu sudsku kontrolu različitog postupanja već i brigu oko spolno neujednačenih učinaka navodno neutralnih praksi. Istovremeno vrijedi napomenuti kako ovakav prošireni pristup načelu jednakosti u postupanju nije bio potpuno stran Sudu i prije *Bilke*. Iako ga je odbio u odluci *Defrenne*, Sud ga je deset godina prije *Bilke*, u približno istom periodu kada je to jamstvo ušlo i u američki pravni poredak, dobrim dijelom već uključio u svoju praksu u području tržišnih sloboda.

Jamstvo zabrane neizravne diskriminacije poprimilo je u pravnom poretku EU svoje posebno ruho. Iako je vrijednosna pozadina ovog jamstva slična onoj koja je i dovela do njegova uspostavljanja u odluci *Griggs*, ono što jamstvo zabrane neizravne diskriminacije EU čini posebnim, odnosno, vrlo „europskim” jest njegova iznimno strukturirana forma. Baš kao i kod izravne diskriminacije, odnosno, pozitivne akcije, jamstvo zabrane neizravne diskriminacije ima oblik koherentne, logički strukturirane formule. I ovdje ta formula ostavlja dojam da je pravno pravilo koje predstavlja predvidjelo bit problema koji se pojavio u praksi i unaprijed ga riješio barem u najvažnijem dijelu. Drugim riječima, ostavlja dojam kontrole nad situacijom i dojam objektivnosti u primjeni. U tom smislu, jamstvo neizravne diskriminacije razlikuje se od sestrinskog američkog jamstva, koje je određeno u klasičnom obliku otvorene standard-norme koja odgovornost za vrijednosno tumačenje standarda stavlja izravno na sudove.

U *Bilki* je Sud bio suočen s pitanjem je li poslovna politika poslodavca koja onemogućuje zaposlenicima s nepunim radnim vremenom pristup profesionalnom mirovinskom sustavu koji je uspostavio poslodavac spolna diskriminacija protivna članku 119. Ugovora. Drugim riječima, poslodavac nije ograničio pristup mirovini bilo ženama bilo muškarcima već isključivo onim zaposlenicima, bez obzira na spol, koji nisu radili određeni broj godina u punom radnom vremenu. U raspravi pred Sudom *Bilka* je svoju poslovnu praksu obrazlagala ciljem obeshrabrivanja zapošljavanja u nepunom radnom vremenu jer zbog rotacije radnika po smjenama, kao posljedice značajnog broja zaposlenika s nepunim radnim vremenom, nisu bili u mogućnosti učinkovito odgovoriti na učestale potrebe za dodatnim prekovremenim radom.

Sud je prvo u svom klasičnom stilu „ništa se značajno ne događa” našao da bi, s obzirom na to da mirovina iz privatnih mirovinskih fondova ulazi u pojam plaće, u slučaju da se utvrdi kako *znatno manji udio* žena od muškaraca radi s punim radnim vremenom, isključivanje radnika s

nepunim radnim vremenom iz profesionalnog mirovinskog sustava bilo suprotno jamstvu zabrane spolne diskriminacije u pogledu plaća propisanom člankom 119. Ugovora *ako se ne bi moglo opravdati* objektivnim razlozima koji isključuju bilo koji oblik diskriminacije temeljem spola. Nadalje, Sud je također pobliže obrazložio što u okvirima jamstva neizravne diskriminacije obuhvaća uvjet objektivnog opravdanja. Kada procjenjuju opravdanost spolno nerazmjernog učinka naizgled neutralne prakse, nacionalni sudovi tako moraju procijeniti „u kojoj se mjeri osnove koje je iznio poslodavac [mogu] smatrati objektivno opravdanim ekonomskim osnovama”, odnosno, provjeriti „odgovaraju li stvarnoj potrebi poduzeća, jesu li prikladne za postizanje utvrđenih ciljeva te jesu li u tom smislu nužne”.

U dva paragrafa svojeg obrazloženja Sud je na ovaj način uspostavio jamstvo s vrlo elegantnom strukturom koje tu svoju formu ima u nepromijenjenom obliku i danas više od tri desetljeća nakon što je uspostavljeno. Jamstvo se sastoji od dva dijela, s tim da drugi dio ima nekoliko elemenata. Svaki dio ima svoju zasebnu „funkciju” i za sobom povlači praktične konzekvence.

Formula je sljedeća:

- ustanoviti nerazmjerni učinak na usporedive skupine
- dopustiti mogućnost objektivnog opravdanja (poslovnim razlozima)
 - legitimni cilj (stvarna poslovna potreba)
 - sposobnost sporne prakse da ostvari cilj
 - njezina nužnost za realizaciju cilja

Korisno je izričito uputiti na nekoliko aspekata formule *Bilka*. Prvo, nešto što vrlo često ostaje neshvaćeno, obrazloženje Suda u odluci *Bilka* upozorava na dvostruku antidiskriminacijsku vrijednost nerazmjernog učinka. Kao što je navedeno, nerazmjerni učinak koji sporna praksa ima za društveno diskriminiranu društvenu skupinu bit će zabranjena diskriminacija ako se ne bi mogla opravdati objektivnim razlozima koji isključuju *bilo koji oblik* diskriminacije temeljem spola. Ovo stajalište navodi na to da nerazmjerni učinak može upućivati na to da je došlo ili do 1) izravne diskriminacije ili do 2) neizravne diskriminacije.

Praktične su posljedice značajne. Ako se nerazmjerni učinak upotrebljava u svrhu dokazivanja izravne diskriminacije, njegova uspješna upotreba dozvolila bi sudu da zaključi kako je do diskriminacije došlo i bez toga da tuženiku pruži priliku da opravda svoju praksu. Na ovakvu dokaznu moć nepovoljnog učinka sporne prakse već smo uputili ranije u raspravi koja se odnosila na odluku *Dekker*, gdje je Sud našao kako nepovoljno postupanje temeljem trudnoće predstavlja spolnu diskriminaciju žena jer njegov učinak u 100% slučajeva nepovoljno pogađa žene, a ne muškarce. Kako u velikoj većini slučajeva praksa neće imati stopostotni nepovoljni učinak, pitanje je ima li i neki malo niži postotak istu snagu. Da, ima. No, prvo treba jasno osvijestiti što se dokazuje takvim postotkom.

Visoki postotak nerazmjernog učinka jasno upućuje na povezanost negativnih učinaka sporne prakse i spolne pripadnosti osoba čiji su interesi povrijeđeni spornom praksom. U ovom trenutku došli smo do možda i najvažnijeg pitanja antidiskriminacijskog prava. Za koju vrstu povezanosti odgovara tuženik (najčešće poslodavac)? O odgovoru na ovo pitanje ovisi konceptijska smislenost razlikovanja između dva naizgled, pozitivno pravno, jasno odvojena instrumenta zaštite – zabrane izravne i neizravne diskriminacije. Ukratko, što smo skloniji tuženika držati odgovornim za diskriminaciju na temelju nekog oblika nehaja, odnosno, tvrditi kako je sporno postupanje uvjetovano spolnom pripadnošću i izravna je diskriminacija jer su životni učinci sporne prakse takvi da tuženik „nije mogao ne biti svjestan povezanosti”, postotak nerazmjernog učinka kojim se koristimo kao dokazom *izravne* diskriminacije bit će niži. Što je taj postotak u smislu dokaznog sredstva za izravnu diskriminaciju niži, to je razlika između ove dvije koncepcije nejasnija. Ostavljajući navedeno po strani, većina sudova vjerojatno će u najmanju ruku prihvatiti poziciju kako je sporno postupanje bilo izravno diskriminatorno ako iza njega stoji namjera da se iz pristupa nekom dobru ili koristi isključi što veći broj pripadnika određene skupine bez obzira što takva diskriminacija nije bila „otvorena”, odnosno, nije imala 100% nepovoljni učinak. U tom smislu, visoki postotak nerazmjernog učinka zasigurno se može iskoristiti kao dokaz namjere

nepovoljnog postupanja, što automatski ulazi u opseg jamstva zabrane izravne diskriminacije. Kod izravne diskriminacije, formalno gledajući, tuženik nema mogućnost opravdanja takvog postupanja dok se kod neizravne nerazmjerni učinak formalno može opravdavati. Kasnije ćemo vidjeti da i ta razlika u mogućnosti opravdanja pojedinog oblika diskriminacije često nije nimalo uvjerljiva.

Drugo, kada se nerazmjerni učinak naizgled neutralne prakse upotrebljava kao dokazno sredstvo u okviru jamstva neizravne diskriminacije, ono je dovoljno kako bi tužitelj dokazao *prima facie* diskriminaciju. U tom trenutku na tuženiku je da zadovolji uvjet objektivnog poslovnog opravdanja nerazmjernog učinka.

I ovdje vrijedi naglasiti praktične posljedice koje upotreba nerazmjernog učinka kao dokaznog sredstva ima za sporove koji se vode u okviru koncepcije izravne diskriminacije i one koje se vode u okviru neizravne diskriminacije. U sporovima izravne diskriminacije nerazmjerni učinak kao dokazno sredstvo može biti dvosjekli mač. Naime, ako nerazmjerni učinak uvjerljivo upućuje na postojanje namjere, spor bi trebao biti brzo gotov u korist tužitelja. No, ako ga sud neće smatrati uvjerljivim, u najboljem slučaju dat će mu vrijednost dokaza *prima facie* diskriminacije. No, u okviru izravne diskriminacije, *prima facie* diskriminacija ne opravdava se testom objektivne poslovne potrebe iz *Bilka* formule već dokazivanjem postojanja nekog razloga koji nije vezan uz spolnu pripadnost tužitelja. Drugim riječima, kod izravne diskriminacije, nerazmjerni učinak kao dokaz *prima facie* diskriminacije može se oboriti samo prvim korakom iz formule *Bilka* objektivnog opravdanja, tj. dokazivanjem legitimnog cilja. U tom smislu, vrlo koristan savjet bio bi da se antidiskriminacijske tužbe koje se temelje na nerazmjernom učinku ne ograničavaju samo na izravnu diskriminaciju, već se postavljaju alternativno upotrebom obaju instrumenata.

Ovaj „praktični” savjet izravna je posljedica „teorijske” tvrdnje da je naizgled jasna konceptualna razlika između izravne i neizravne diskriminacije vrlo problematična, o čemu će još riječi biti kasnije. On je također i dokaz da oni koji ovakve vrste analiza pejorativno opisuju kao teoriju koja nema puno veze s praksom nemaju neko duboko razumijevanje ovih instrumenata.

170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH ECR [1986] 1607

PRESUDA SUDA

13. svibnja 1986.

U predmetu 170/84,

ZAHTJEV Sudu, temeljem članka 177. Ugovora o EEZ, od Bundesarbeitsgericht [Federalni radni sud], za prethodnom odlukom u postupku u tijeku pred tim sudom između:

Bilka-Kaufhaus GmbH**i****Karin Weber von Hartz**

o tumačenju članka 119. Ugovora o EEZ,

SUD

sastavljen od: Lorda Mackenzieja Stuarda, predsjednika, T. Koopmansa, U. Everlinga, K. Bahlmanna i R. Joliéta (predsjednika vijeća), G. Bosca, O. Duea, Y. Galmota i C. Kakourisa, sudaca, Nezavisni odvjetnik: M. Darmon,

Zapisničar: D. Louterman, administrator,

nakon razmatranja pisanih primjedbi podnesenih u ime:

Bilka-Kaufhaus GmbH, tužitelja u glavnom postupku, zastupanog po K. H. Kochu, J. Burkardtu i G. Habereru, odvjetnicima, Frankfurt na Majni,

gđe Weber von Hartz, tuženice u glavnom postupku, zastupane po H. Thonu, odvjetniku, Frankfurt na Majni,

Ujedinjenog Kraljevstva, po S. H. Hayu, iz Pravnog odjela Državne blagajne, kao zastupniku,

Komisije Europske zajednici, po J. Pipkornu i M. Beschelu, članovima Pravnog odjela, kao zastupnicima,

nakon saslušanja Mišljenja Nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 15. listopada 1985.,

donosi sljedeću

Presudu

Zahtjevom od 5. lipnja 1984., primljenim na Sud 2. srpnja 1984., Bundesarbeitsgericht je Sudu uputio, temeljem članka 177. Ugovora o EEZ, nekoliko pitanja o tumačenju članka 119. Ugovora na prethodnu odluku.

Pitanja su postavljena u postupku između Bilka-Kaufhaus GmbH i bivše radnice tog poduzeća Karin Weber von Hartz o isplati starosne mirovine gđi Weber von Hartz prema dopunskom mirovinskom sustavu koji je Bilka osnovala za svoje radnike.

Iz dokumenata dostupnih sudu proizlazi da je Bilka, koja pripada skupini robnih kuća u Saveznoj Republici Njemačkoj koja zapošljava nekoliko tisuća osoba, nekoliko godina imala dopunski (profesionalni) mirovinski sustav za svoje radnike. Taj se sustav, izmijenjen u nekoliko navrata, smatra sastavnim dijelom ugovora o radu između Bilke i njezinih radnika.

U skladu sa verzijom na snazi od 26. listopada 1973., radnici s nepunim radnim vremenom imaju pravo na mirovinu na temelju tog sustava samo ako su radili u punom radnom vremenu barem 15 godina u razdoblju od 20 godina.

Gđa Weber radila je u Bilki od 1961. do 1976. kao prodavačica. Iako je u početku radila u punom radnom vremenu, odlučila je da će raditi u nepunom radnom vremenu od 1. listopada 1972. do kraja radnog odnosa. Budući da nije radila u punom radnom vremenu u minimalnom razdoblju od 15 godina, Bilka joj je odbila isplatiti profesionalnu mirovinu prema svom sustavu.

Gđa Weber pokrenula je postupak pred njemačkim radnim sudovima osporavajući zakonitost Bilkina odbijanja da joj isplati mirovinu. Među ostalim, tvrdila je da je profesionalni mirovinski sustav suprotan načelu jednakosti plaće muškaraca i žena iz članka 119. Ugovora o EEZ. Tvrdila je da zahtjev minimalnog razdoblja rada u punom radnom vremenu za isplatu profesionalne mirovine stavlja žene u nepovoljniji položaj budući da je veća vjerojatnost da će žene, a ne njihovi

muški kolege, raditi u nepunom radnom vremenu kako bi mogle brinuti za svoju obitelj i djecu. S druge strane, Bilka je tvrdila da nije kriva za povredu načela jednakosti plaće budući da postoje objektivno opravdane ekonomske osnove odluke da se radnici s nepunim radnim vremenom isključe iz profesionalnog mirovinskog sustava. U tom je smislu naglasila da, u usporedbi s zapošljavanjem radnika na nepuno radno vrijeme, zapošljavanje radnika na puno radno vrijeme podrazumijeva niže dodatne troškove i dozvoljava korištenje osobljem unutar radnog vremena. Oslanjajući se na statistiku o skupini kojoj pripada, Bilka je izjavila da je, sve do 1980., 81,3% svih profesionalnih mirovina isplaćeno ženama, iako su samo 72% radnika bile žene. Te su brojke, kako tvrdi, pokazale da sustav u pitanju ne diskriminira na temelju spola.

Povodom žalbe, postupak između gđe Weber i Bilke došao je pred Bundesarbeitsgericht; taj je sud odlučio zastati s postupkom i Sudu uputiti sljedeća pitanja:

Može li doći do povrede članka 119. Ugovora o EEZ u obliku „neizravne diskriminacije” ako robna kuća koja uglavnom zapošljava žene isključuje radnike s nepunim radnim vremenom od koristi iz njihovog profesionalnog mirovinskog sustava, iako takvo isključivanje nerazmjerno više utječe na žene nego na muškarce?

Ako je tako:

Može li poduzeće opravdati stavljanje u nepovoljniji položaj svojim ciljem da zaposli što manje radnika s nepunim radnim vremenom iako u sektoru robnih kuća nije potrebna takva politika upravljanja osobljem radi osiguravanja djelatnosti u poslovanju?

Postoji li dužnost poduzeća da strukturira svoj mirovinski sustav tako da se kod određivanja profesionalnih mirovina odgovarajuće u obzir uzmu posebne teškoće s kojima se radnici susreću vezano uz njihove obaveze u obitelji.

U skladu s člankom 20. Protokola na Statut Suda pravde EEZ-a, pisane su podneske podnijeli Bilka, gđa Weber von Hartz, Ujedinjeno Kraljevstvo i Komisija Europske zajednice.

Primjenjivost članka 119.

Ujedinjeno je Kraljevstvo iznijelo prethodni argument da poslodavčevi uvjeti pristupa radnika profesionalnom mirovinskom sustavu, kao što je onaj koji je opisao nacionalni sud, ne ulaze u područje primjene članka 119. Ugovora.

U potporu tom argumentu, uputilo je na presudu od 15. lipnja 1978. (predmet 149/77 *Defrenne v Sabena* [1978] ECR 1365), u kojem je Sud smatrao da se članak 119. odnosi samo na diskriminaciju u pogledu plaća radnika i radnica te da se područje primjene tog članka ne može proširiti na ostale elemente radnog odnosa, čak i ako ti elementi mogu imati financijske posljedice na osobu u pitanju.

Nadalje, Ujedinjeno je Kraljevstvo citiralo presudu od 16. veljače 1982. (predmet 19/81 *Burton v British Railways Board* [1982] ECR 555), u kojoj je Sud smatrao da navodnu diskriminaciju, koja proizlazi iz razlike u dobi potrebnoj za stjecanje prava na isplatu iz dobrovoljnog sustava otpremnina, ne uređuje članak 119. već Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40.).

Na ročištu je Ujedinjeno Kraljevstvo također uputilo na prijedlog direktive Vijeća o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u profesionalnim sustavima socijalne sigurnosti, koji je Komisija podnijela 5. svibnja 1983. (OJ 1983, C 134, str. 7.). Prema tvrdnji Ujedinjenog Kraljevstva, činjenica da je Komisija smatrala potrebnim podnijeti takav prijedlog pokazuje da profesionalni mirovinski sustavi, kao što je onaj koji je opisao nacionalni sud, nisu uređeni člankom 119. već člancima 117. i 118., tako da primjena načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u tom području zahtjeva usvajanje posebnih odredbi od strane institucija Zajednice.

S druge strane, Komisija je tvrdila da profesionalni mirovinski sustav, kao što ga je opisao nacionalni sud, spada pod pojam plaće zbog svrhe iz drugog stavka članka 119. U potporu svojoj tvrdnji, uputila je na presudu od 11. ožujka 1981. (predmet 69/80 *Worringham and Humphreys v Lloyds Bank* [1981] ECR 767).

Kako bi se riješio problem tumačenja koji je postavilo Ujedinjeno Kraljevstvo, potrebno je napomenuti da, prema prvom stavku članka 119., države članice moraju osigurati primjenu načela na temelju kojeg bi muškarci i žene trebali primiti jednaku plaću za jednaki rad. Drugi stavak članka 119. definira „plaću” kao „redovnu osnovnu ili minimalnu zaradu ili dohodak te svaku drugu naknadu u gotovini ili u naravi, koju radnik prima izravno ili neizravno, s obzirom na svoju zaposlenost, od svog poslodavca”.

U presudi od 25. svibnja 1971. (predmet 80/70 *Defrenne v Belgium* [1971] ECR 445), Sud je ispitivao čini li starosna mirovina, isplaćena prema zakonskom sustavu socijalne sigurnosti, naknadu koju radnik neizravno prima od poslodavca s obzirom na svoju zaposlenost, u smislu drugog stavka članka 119.

Sud je negativno odgovorio, zauzimajući stajalište da plaća u smislu članka 119., iako u načelu može uključivati koristi iz sustava socijalne sigurnosti, ne uključuje sustave socijalne sigurnosti i odgovarajuće koristi, osobito starosne mirovine, koji su uređeni zakonodavstvom te koji ne uključuju elemente ugovora unutar poduzeća ili određene grane trgovine te su obvezni za opće kategorije radnika.

U tom je smislu sud napomenuo da sustavi socijalne sigurnosti radnicima jamče koristi iz zakonskog sustava u koje radnici, poslodavci te, u određenim okolnostima, vlast financijski doprinose u mjeri koja je više određena naknadama iz socijalne politike nego radnim odnosom poslodavca i radnika, tako da se doprinos poslodavca ne može smatrati izravnom ili neizravnom isplatom radnikuzbog svrhe drugog stavka članka 119.

Dakle, postavlja se pitanje je li zaključak Suda iz navedene presude također primjenjiv na predmet pred nacionalnim sudom.

Potrebno je napomenuti da je, prema dokumentima koji su dostupni Sudu, profesionalni mirovinski sustav u pitanju u glavnom postupku, iako usvojen u skladu s odredbama njemačkog zakonodavstva koje uređuju takve sustave, utemeljen na sporazumu između Bilke i radničkog vijeća tog poduzeća te nadomješta socijalne naknade isplative prema općem nacionalnom zakonodavstvu, s time da se naknade financiraju isključivo iz sredstava poslodavca.

Ugovornu, prije nego zakonsku, narav sustava u pitanju potvrđuje činjenica da su sustav i pravila koja ga uređuju, kao što je prethodno napomenuto, sastavni dio ugovora o radu između Bilke i njezinih radnika.

Dakle, potrebno je zaključiti da taj sustav nije sustav socijalne sigurnosti koji izravno uređuje zakon te je, stoga, izvan područja primjene članka 119. Koristi koje radnici imaju od tog sustava, dakle, smatraju se naknadama koje radnicima isplaćuje poslodavac s obzirom na njihovu zaposlenost, u skladu s drugim stavkom članka 119.

Predmet pred nacionalnim sudom, dakle, ulazi u područje primjene članka 119.

Prvo pitanje

Svojim prvim pitanjem nacionalni sud pita je li politika upravljanja osobljem koju provodi robna kuća, a koja isključuje radnike s nepunim radnim vremenom od koristi iz profesionalnog mirovinskog sustava, diskriminacija protivna članku 119. ako takvo isključivanje utječe na puno veći broj žena nego muškaraca.

Radi odgovora na navedeno pitanje, potrebno je uputiti na presudu od 31. ožujka 1981. (predmet 96/80 *Jenkins v Kingsgate* [1981] ECR 911).

U toj je presudi Sud razmatrao pitanje usklađenosti isplate manje satnice za rad u nepunom radnom vremenu s člankom 119.

Praksa u pitanju usporediva je s onom koju razmatra nacionalni sud u sljedećem slučaju: Bilka ne isplaćuje različite satnice radnicima zaposlenima na puno i na nepuno radno vrijeme, ali samo radnicima zaposlenim na puno radno vrijeme odobrava profesionalnu mirovinu. Budući da, kao što je prethodno navedeno, takva mirovina ulazi u pojam plaće u svrhu primjene drugog stavka članka 119., slijedi da je ukupna naknada koju Bilka isplaćuje radnicima s punim radnim vremenom viša od one koju isplaćuje radnicima s nepunim radnim vremenom.

Zaključak je Suda u presudi od 31. ožujka 1981., dakle, također valjan u kontekstu ovog predmeta.

Ako bi se, dakle, presudilo da znatno manji udio žena od muškaraca radi s punim radnim vremenom, isključivanje radnika s nepunim radnim vremenom iz profesionalnog mirovinskog sustava bilo bi suprotno članku 119. Ugovora ako se, uzimanjem u obzir teškoća s kojima se susreću radnice s punim radnim vremenom, mjera ne bi mogla opravdati čimbenicima koji isključuju svaku diskriminaciju na temelju spola.

Međutim, ako je poduzeće u mogućnosti opravdati svoju praksu objektivno opravdanim čimbenicima koji nisu povezani ni sa kojim oblikom diskriminacije na temelju spola, članak 119. nije povrijeđen.

Odgovor na prvo pitanje upućeno od strane nacionalnog suda, dakle, mora biti da robna kuća koja isključuje radnike s nepunim radnim vremenom iz svog profesionalnog mirovinskog sustava, ako takvo isključivanje utječe na puno veći broj žena od muškaraca, krši članak 119. Ugovora o EEZ, osim ako to poduzeće dokaže da je isključenje utemeljeno na objektivno opravdanim čimbenicima koji nisu povezani ni sa kojim oblikom diskriminacije na temelju spola.

Pitanje 2. (a)

Svojim drugim pitanjem nacionalni sud u osnovi želi saznati mogu li se razlozi koje je iznijela Bilka kako bi objasnila svoju politiku plaća smatrati „objektivno opravdanom ekonomskom osnovom”, u skladu s presudom od 31. ožujka 1981., ako interesi poduzeća u sektoru robnih kuća ne zahtijevaju takvu politiku.

U svojim razmatranjima Bilka tvrdi da je isključivanje radnika s nepunim radnim vremenom iz profesionalnog mirovinskog sustava namijenjeno obeshrabrivanju rada s nepunim radnim vremenom, budući da radnici s nepunim radnim vremenom u pravilu odbijaju raditi u kasno poslijepodne i subotom. Kako bi osigurali odgovarajuću radnu snagu u to vrijeme, bilo je potrebno rad s punim radnim vremenom učiniti privlačnijim od rada s nepunim tako da profesionalni mirovinski sustav bude dostupan samo radnicima s punim radnim vremenom. Bilka je, na temelju presude od 31. ožujka 1981., zaključila da ne može biti optužena za povredu članka 119.

U očitovanju na razloge iznesene radi opravdanja isključivanja radnika s nepunim radnim vremenom, gđa Weber von Hartz napominje da Bilka ni na koji način nije obvezana zaposliti radnike na nepuno radno vrijeme te da, ako je već odlučila to učiniti, ne može naknadno tim radnicima ograničiti prava na mirovinu koja su ionako već smanjena jer rade manji broj sati.

Prema Komisiji, radi utvrđivanja da članak 119. nije povrijeđen, nedovoljno je samo pokazati da je, u usvajanju prakse u pogledu plaća koja u stvari diskriminira radnice, poslodavac nastojao postići ciljeve različite od diskriminacije žena. Komisija smatra da poslodavac mora navesti objektivne ekonomske osnove u vezi s upravljanjem poduzećem da bi opravdao takvu politiku u pogledu plaća, kao što je sud odlučio u presudi od 31. ožujka 1981. Također je potrebno utvrditi je li praksa u pogledu plaća potrebna te razmjerna cilju koji poslodavac želi postići.

Na nacionalnom je sudu, isključivo nadležnom za utvrđivanje činjenica, da odredi mogu li se i u kojoj mjeri osnove koje je iznio poslodavac kako bi objasnio usvajanje prakse u pogledu plaća koja se primjenjuje neovisno o spolu radnika, ali u stvarnosti više utječe na žene nego na muškarce, smatrati objektivno opravdanim ekonomskim osnovama. Ako nacionalni sud ocijeni da mjere koje je Bilka odabrala odgovaraju stvarnoj potrebi poduzeća, da su prikladne za postizanje utvrđenih ciljeva te su u tom smislu nužne, činjenica da mjera utječe na puno veći broj žena od muškaraca nije dovoljna za utvrđivanje povrede članka 119.

Odgovor na pitanje 2. (a), dakle, mora biti da, prema članku 119., robna kuća može opravdati usvajanje politike u pogledu plaća koja isključuje radnike s nepunim radnim vremenom iz profesionalnog mirovinskog sustava, neovisno o njihovom spolu, iz razloga što pokušava zaposliti što je moguće manje radnika s nepunim radnim vremenom, ako se utvrdi da sredstva odabrana za postizanje tog cilja odgovaraju stvarnoj potrebi poduzeća, da su prikladna za postizanje ciljeva u pitanju te su u tom smislu potrebna.

Pitanje 2. (b)

Konačno, pitanjem 2. (b), nacionalni sud pita je li poslodavac obavezan na temelju članka 119. Ugovora organizirati svoj profesionalni mirovinski sustav na način da u obzir uzme činjenicu da odgovornosti u obitelji sprječavaju radnice od ispunjavanja uvjeta za stjecanje takve mirovine. U svojim razmatranjima, gđa Weber von Hartz tvrdi da se na to pitanje treba pozitivno odgovoriti. Tvrdi da stavljanje žena u nepovoljniji položaj zbog isključivanja radnika s nepunim radnim vremenom iz profesionalnog mirovinskog sustava mora biti ublaženo barem zahtijevanjem od poslodavca da razdoblja u kojima radnice moraju ispunjavati obiteljske odgovornosti smatra jednakima razdobljima rada u punom radnom vremenu.

S druge strane, prema Komisiji načelo iz članka 119. ne zahtjeva od poslodavca da, pri utvrđivanju profesionalnih mirovinskih sustava, u obzir uzme obiteljske odgovornosti svojih radnika. Prema mišljenju Komisije, taj se cilj mora postizati mjerama usvojenim prema članku 117. U tom smislu upućuje na svoj prijedlog direktive Vijeća o dobrovoljnom radu s nepunim radnim vremenom koji je podnesen 4. siječnja 1982. (OJ 1982, C 62, str. 7.), koji je izmijenjen i dopunjen 5. siječnja 1983. (OJ 1983, C 18, str. 5.), ali koji još nije usvojen.

Potrebno je napomenuti da je područje primjene članka 119. ograničeno na pitanje diskriminacije u pogledu plaća radnika i radnica, kao što je utvrđeno u presudi od 15. lipnja 1978. S druge strane, problemi vezani uz ostale uvjete rada i zaposlenosti u pravilu su pokriveni ostalim odredbama prava Zajednice, osobito člancima 117. i 118. Ugovora, u cilju harmonizacije socijalnih sustava država članica i usklađivanja njihovih zakonodavstava u tom području.

Nametanje obaveze kao što je ona koju je razmatrao nacionalni sud izlazi iz područja primjene članka 119. te nema drugi temelj prema pravu Zajednice u trenutnom stupnju razvoja.

Odgovor na pitanje 2. (b), dakle, mora biti da članak 119. ne zahtjeva od poslodavca da organizira svoj profesionalni mirovinski sustav na način da u obzir uzme pojedine teškoće s kojima se susreću osobe s obiteljskim odgovornostima u ispunjavanju uvjeta za stjecanje prava na takvu mirovinu.

Troškovi

Troškovi Ujedinjenog Kraljevstva i Komisije Europske zajednice, koji su podnijeli razmatranja Sudu, nisu nadoknadivi. Budući da su ovi postupci, za stranke u glavnom postupku, dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud.

Na tim temeljima,

SUD,

u svrhu odgovora na pitanja upućena od Bundesarbeitsgericht zahtjevom od 5. lipnja 1984., odlučuje:

Robna kuća koja isključuje radnike s nepunim radnim vremenom iz svog profesionalnog mirovinskog sustava, ako takvo isključivanje utječe na puno veći broj žena od muškaraca, krši članak 119. Ugovora o EEZ, osim ako to poduzeće dokaže da je isključenje utemeljeno na objektivno opravdanim čimbenicima koji nisu povezani ni sa kojim oblikom diskriminacije na temelju spola.

Prema članku 119., robna kuća može opravdati usvajanje politike u pogledu plaća koja isključuje radnike s nepunim radnim vremenom iz profesionalnog mirovinskog sustava, neovisno o njihovom spolu, iz razloga što pokušava zaposliti što je moguće manje radnika s nepunim radnim vremenom, ako se utvrdi da sredstva odabrana za postizanje tog cilja odgovaraju stvarnoj potrebi poduzeća, da su prikladna za postizanje ciljeva u pitanju te su u tom smislu potrebna. Članak 119. ne zahtjeva od poslodavca da organizira svoj profesionalni mirovinski sustav na način da u obzir uzme pojedine teškoće s kojima se susreću osobe s obiteljskim odgovornostima u ispunjavanju uvjeta za stjecanje prava na takvu mirovinu.

2.3.2. TEST OBJEKTIVNOG OPRAVDANJA

Jamstvo zabrane neizravne diskriminacije ima dvije specifične komponente koje ga čine prepoznatljivim. Prva je nerazmjerni učinak na izgled neutralne praske. Druga je uvjet objektivnog opravdanja. Poblježe ću ih raspraviti u obrnutom redoslijedu iz sasvim praktičkih razloga vezanih uz izbor presuda koje priručnik uključuje i njihov redoslijed.

Uvjet objektivnog opravdanja vjerojatno je najprepoznatljiviji element jamstva neizravne diskriminacije. Kao što smo vidjeli u odluci *Bilka*, kada se pred sudom utvrdi da neka na izgled neutralna mjera koja se dosljedno primjenjuje na sve bez razlike na njihovu pripadnost nekoj skupini u svojoj izvedbi proizvodi neravnomjerni učinak na skupinu koja uživa antidiskriminacijsku zaštitu, nastaje pretpostavka *prima facie* diskriminacije i na poslodavcu je da dokaže kako je postojao objektivni poslovni razlog koji je sposoban „opravdati” neravnomjerni učinak. U tom smislu, *Bilka* je u svojoj osnovnoj strukturi slična odluci *Griggs*, koja je naglasila kako je kamen temeljac ovog jamstva „poslovna nužnost”. No, ono što ovom jamstvu daje posebno europsko ruho razrađena je struktura uvjeta objektivnog opravdanja. Uvjet objektivnog opravdanja po svojoj je strukturi ništa drugo nego ono što kontinentalna pravna kultura pod germanskim utjecajem naziva načelo razmjernosti (proporcionalnosti).

Sva tri elementa od kojih se sastoji uvjet objektivne opravdanosti – legitimni cilj, sposobnost i nužnost - odgovaraju strukturi načela razmjernosti. Ono što nedostaje, ali samo na izgled, da bi u potpunosti odgovaralo strukturi načela razmjernosti kako je ono razvijeno u praksi njemačkih sudova predvođenih Saveznim ustavnim sudom jest tzv. četvrti element uske razmjernosti. Uska razmjernost je korak u kojem se od suda traži da procijeni je li društvena vrijednost koju određeni legitimni cilj, a kojim se opravdava sporna praksa ima za tuženika, ali i za društvo u cjelini; da li je ta društvena vrijednost veća od štete koja za tužitelja, ali i društvo u cjelini, nastaje zbog sporne prakse. Drugim riječima, četvrti korak svodi se na uravnotežavanje sukobljenih vrijednosti i interesa.

S obzirom na to da je uvjet objektivne opravdanosti najprepoznatljiviji dio jamstva zabrane neizravne diskriminacije, postoji značajan broj onih koji tvrde da je glavna razlika između ovog jamstva i zabrane izravne diskriminacije ta što se neizravnu diskriminaciju za razliku od izravne može opravdati. Ovaj argument određena je vrsta dogme. Prvo, uvjet objektivne opravdanosti nije klasično opravdanje. Uvjet je test koji se u svojoj osnovi svodi na vrijednosno uravnotežavanje sukobljenih interesa i vrijednosti sličan njemačkoj tzv. uskoj razmjernosti. Za razliku od njemačkog testa razmjernosti taj četvrti korak koji na izgled nedostaje formuli *Bilka* u biti je ugrađen u svaki od tri preostala elementa. Ova tvrdnja bit će poblježe obrazložena malo kasnije. Drugo, i usko povezano s prvim, uvjet objektivnog opravdanja svodi se na test razmjernosti, a test razmjernosti ima izuzetno važnu ulogu u praksi Suda koja se odnosi na izravnu diskriminaciju.

Tvrdnja da se izravna diskriminacija ne može opravdati pomalo je naivna. Treba samo razmotriti primjenu tog jamstva u praksi odnosno, preciznije, način na koji se vode rasprave pred sudovima u sporovima u kojima se odlučuje o izravnoj diskriminaciji. Poanta spora koji se vodi na temelju tužbe radi izravne diskriminacije jest uvjeriti sud da je odluka tuženika uvjetovana pripadnošću tužitelja određenoj društvenoj skupini koja uživa antidiskriminacijsku zaštitu. Uvjetovanost se može dokazivati kroz nekoliko strategija. Prva i najčešća strategija jest dokazivati namjeru tuženika da postupi nepovoljno prema tužitelju jer je on pripadnik određene društvene skupine. Namjera se može dokazivati postojanjem predrasuda ili svjesnog stereotipa o tužitelju kao pripadniku konkretne skupine. Irelevantno je radi li se o iracionalnom (neosnovanom pa čak i glupom) stereotipu ili o racionalnom stereotipu temeljenom na iskustvu poput onog da će žena određene dobi vrlo vjerojatno zatrudnjeti i time poslodavcu nametnuti dodatni trošak poslovanja. Odluke koje su iznesene ili raspravljene u ovoj zbirci jasno pokazuju kako su obje vrste stereotipa zabranjene. Uvjetovanost se također može dokazivati utjecajem stereotipa na odluke tužitelja kojeg ni on sam nije bio svjestan. U ovom slučaju nema namjere, ali postoji neosvijestena uvjetovanost između nepovoljnog postupanja i pripadnosti tužitelja određenoj skupini. Treća je strategija

najzahtjevnija. Svodi se na dokazivanje odgovornosti tuženika prema kojoj na temelju značaja štetnih učinaka na položaj društvene skupine kojoj tužitelj pripada držimo da je tuženik bio ili barem trebao biti svjestan uvjetovanosti svoje prakse diskriminatornom osnovom. Činjenica da je bio svjestan ili trebao biti svjestan, ali je štetne učinke olako ignorirao, pokazuje njegovu volju da se pripadnike konkretne društvene skupine isključe iz pristupa određenom dobru ili koristi što je po društvenoj štetnosti jednako namjeri ili utjecaju neosvijestjenog stereotipa.

Za sud pred kojim se vodi spor test razmjernosti predstavlja korisni instrument. Test razmjernosti može preuzeti ulogu „detektora neistine”. Kako se od tuženika očekuje da sud uvjeri kako nepovoljno postupanje nije bilo uvjetovano pripadnošću tužitelja određenoj društvenoj skupini, tuženik će u pravilu uvijek dokazivati postojanje legitimnog cilja, tj. razloga koji može objasniti motivaciju za sporno postupanje, a koji ni na koji način nije povezan s pripadnošću tužitelja konkretnoj skupini. S obzirom na to da će gotovo svaka odluka ili praksa imati nekoliko objašnjenja, tuženiku će uvijek biti omogućeno da spornu praksu opravda nekim objektivnim razlogom nezanim uz diskriminatornu osnovu. U tom trenutku sud od tuženika može zatražiti da dokaže kako je sporna praksa sposobna ostvariti cilj koji je tuženik naveo kao opravdani razlog. Ako sporna praksa ne pridonosi ostvarivanju cilja u nekoj značajnijoj mjeri, vjerojatno je kako razlog koji je tuženik naveo nije stvarna podloga te prakse. Slično je i s testom nužnosti koji posebno dobiva na važnosti kod treće strategije dokazivanja izravne diskriminacija. Ako tuženik dokaže nužnost svoje sporne prakse za postizanje legitimnog cilja, nije vjerojatno kako je tu praksu podržavao radi njenih nepovoljnih učinaka na određenu društvenu skupinu. Ako ne dokaže nužnost, tj. ako se utvrdi da postoji neka druga, lako dostupna mjera koja je isti cilj mogla postići sa znatno manje štetnih učinaka po položaj pripadnika konkretne društvene skupine, sud je u poziciji zaključiti kako je vjerojatno da se tuženik koristio spornom praksom i radi njenih štetnih socijalnih učinaka.

Test razmjernosti ima znatno drugačiju ulogu u okviru jamstva neizravne diskriminacije. Kod neizravne diskriminacije njegova temeljna svrha nije „istjerati na vidjelo” razloge zbog kojih se tuženik služio spornom praksom. Temeljna uloga testa razmjernosti kod ovog jamstva jest pružiti okvir unutar kojeg će sud procijeniti jesu li društveno štetni učinici koje je detektirao test nerazmjernog učinka kao prvi dio jamstva zabrane neizravne diskriminacije takvi da sud može ocijeniti da nije društveno poželjno podržavati praksu poslodavca usprkos korisnim učincima koje ta praksa ima za njegovo poslovanje, a time i za društveni interes učinkovitog tržišnog poslovanja. Drugim riječima, test razmjernosti ovdje stvara okvir za vrijednosno uravnotežavanje.

Ovo vrijednosno uravnotežavanje događat će se ponajprije kroz način na koji se sud koristi svakim od tri testa koji čine test razmjernosti. Usprkos svojoj razrađenoj strukturi koja ostavlja dojam „fiksiranosti”, „kontrola”, odnosno, „predvidljivosti”, test razmjernosti izuzetno je fleksibilan instrument. Svaki od njegova tri elementa zaseban je test. Svaki od ta tri testa može se strože ili blaže „podesiti”. Naprimjer, test sposobnosti može se „podesiti na blaže” tako da se sud zadovolji dokazom tuženika koji pokazuje kako je bilo „razumno” očekivati kako će sporna praksa ostvariti deklarirani legitimni cilj. Istovremeno, može ga se „postrožiti” dižući dokazni prag tako da se od tuženika traži da dokaže kako je sporna praksa uistinu doprinijela ostvarenju cilja u nekoj značajnoj mjeri ili čak u potpunosti. Slično je i s testom nužnosti. Test nužnosti može se „kalibrirati” u blagi test razumnosti ako se tuženiku dopusti da sud uvjerava kako je bilo „razumno” da se odluči za spornu praksu, da u trenutku odluke (ili kasnije) nije uvidio da postoji i druga mjera koja mu je bila na raspolaganju, a koja bi imala manje štetnih učinaka za konkretnu društvenu skupinu. Istovremeno se može pretvoriti u izuzetno strog test koji od tuženika traži da sud uvjeri kako je s obzirom na težinu štetnih učinaka iskoristio sve što je u njegovoj moći kako bi se uvjerio da ne postoji još neka podjednako učinkovita mjera za ostvarenje cilja koja bi proizvela manje štetnih učinaka po konkretnu skupinu.

Ključno je primijetiti sljedeće. Kako će sud podesiti test sposobnosti ili test nužnosti ovisi ponajprije o vrijednosti koju će dati interesu postizanja stvarne društvene jednakosti pripadnika određene skupine, odnosno, idealu socijalne uključivosti s jedne strane nasuprot vrijednosti

koju će dati „legitimnom cilju”, odnosno, interesima koje tuženik želi kroz taj cilj ostvariti s druge strane. U tom smislu, formula *Bilka* sadrži i onaj četvrti korak „uske razmjernosti” koji naizgled nadostaje kad se usporedi sa strukturom klasičnog testa razmjernosti kako se taj test razvio kroz praksu njemačkih sudova.

NEARAVNOMJERNI UČINAK

Nema sumnje kako je uvjet objektivne opravdanosti iz formule *Bilka* izazov za svaki sud. No, ništa manji izazov nije ni test neravnomjernog činka.

Test neravnomjernog učinka ostavlja zavodljivi dojam jednostavnosti. Ako utvrdimo da postoji neka odluka, propis ili praksa koja je po svojoj formi i primjeni neutralna, tj. formulirana da uključuje sve, i dosljedno primjenjivana na sve, ali koja usprkos toj neutralnoj dosljednosti stavlja veći broj pripadnika jedne skupine u nepovoljniji položaj u odnosu na pripadnike druge skupine, utvrdili smo *prima facie* diskriminaciju i prelazimo na test objektivnog opravdanja. Nažalost, ovakva jednostavnost samo je privid.

Neravnomjernost nije jednostrana pojava. Razmjerno očigledno pitanje koje pred nas postavlja ovaj test jest pitanje razlike. Koja je razlika između oštećenih pripadnika diskriminirane skupine i oštećenih pripadnika privilegirane skupine dovoljno velika da je možemo smatrati dovoljno ozbiljnom kako bismo aktivirali test objektivnog opravdanja? Kako je jamstvo neizravne diskriminacije usredotočeno na učinke koje sporna praksa ima na položaj skupine, a ne samo konkretnog pojedinca, ta razlika najčešće će se prikazivati u obliku nekog statističkog udjela. U tom smislu, nikako nije odmah jasno koji se statistički udio može smatrati dovoljno ozbiljnim. Možemo li razliku od 12% smatrati dovoljno ozbiljnom? Onu od 20%? Zašto ne od 6%? Da pitanje nije nimalo jednostavno, možemo vidjeti i ako statističke udjele pretvorimo u konkretne brojke. Uzmimo udio od 12% kao primjer. Ako nam je uzorak na kojem mjerimo neravnomjernost učinka 100 osoba, 12% znači da će 12 pripadnika jedne skupine više od pripadnika druge skupine biti dovedeno u nepovoljni položaj. Je li ta razlika od 12 osoba ozbiljna razlika? Što ako je uzorak viši, npr. 1000 osoba? Je li razlika od 120 osoba ozbiljna razlika?

Visina razlike nije jedina nedoumica koju test neravnomjernog učinka stavlja pred nas. Nije ni najozbiljnija. Jednako izazovno pitanje jest ono kako odrediti statistički udio. Ako mjerimo razliku između statističkih udjela, u jednom trenutku morat ćemo odgovoriti na pitanje kako smo došli do udjela, tj. u čemu smo mjerili udio. Štoviše, ovo pitanje sastoji se od niza jednako izazovnih potpitanja. Postoje dva aspekta koja moramo uzeti u obzir.

Prvo, nije uvijek jasno kako definirati statistički uzorak (tzv. statistički bazen) unutar kojeg ćemo određivati statistički udio. Vrlo često postojat će dilema treba li uspoređivati društvene skupine unutar cjelokupne radne snage na tržištu rada, broja zaposlenih unutar nego sektora, broja zaposlenih kod poslodavca, broja zaposlenih s određenim brojem karakteristika, itd. Nema jednoznačnog, odnosno, apsolutno ispravnog odgovora na ovo pitanje. Odgovor će ovisiti ponajprije o kontekstu konkretnog slučaja. Štoviše, pred sud će staviti vrijednosne dileme slične onima na koje smo uputili u raspravi oko testa razmjernosti.

Drugo, nakon što se odredi odgovarajući statistički bazen, test nerazmjernog učinka traži da definiramo parametre statističkog udjela. Nepovoljni učinci koje neka sporna mjera može proizvesti za neku društvenu skupinu mogu se sagledati s više strana. U odluci *Bilka* sud je bio usredotočen na razliku između broja pripadnika uspoređivanih društvenih skupina koji *nisu uspjeli zadovoljiti* sporni kriterij pristupa privatnom mirovinskom fondu. No, to je samo jedan aspekt neravnomjernog učinka. Neravnomjeran učinak sastoji se od dva para statističkih odnosa. S jedne strane nalazi se odnos između udjela pripadnika diskriminirane skupine i udjela pripadnika privilegirane skupine koji *nisu uspjeli zadovoljiti* sporni uvjet, odnosno, s druge strane nalazi se odnos između udjela pripadnika diskriminirane skupine i udjela pripadnika privilegirane skupine koji *su uspjeli zadovoljiti* sporni uvjet. Dojam može biti znatno drugačiji ako se fokus stavi samo na jedan od ovih aspekata. U načelu, pristup koji je usredotočen na odnos udjela pripadni-

ka skupina koji nisu uspjeli zadovoljiti kriteriji ide više na ruku tužitelju. Isto tako, što je onih koji su uspjeli zadovoljiti sporni kriteriji više u obje skupine, to će se odnos između broja pripadnika skupina koji nisu uspjeli zadovoljiti kriterije činiti manje važnom.

Naravno, navedene dileme neće imati velikog smisla ako ne postoji dobra statistička „baza podataka”. Bez konkretnih empirijskih pokazatelja jamstvo zabrane neizravne diskriminacije neće se pokazati previše *učinkovitim* u praksi. To nije samo problem tužitelja. Upravo suprotno. Sud je u svojim antidiskriminacijskim odlukama dosljedno odlučivao da je netransparentnost postupka odlučivanja kroz koji je formirana sporna odluka ili praksa činjenica koja je dovoljna kako bi se stvorila pretpostavka *prima facie* diskriminacije. U tom trenutku teret dokaza temeljem kojih mora uvjeriti sud da sporna praksa ni na koji način nije povezana uz bilo koji oblik diskriminacije leži na tuženiku koji ima kontrolu nad potrebnim podacima. S obzirom na to da ih izlaže riziku antidiskriminacijskih tužbi, ovakvo stajalište *de facto* znači da oni koji imaju moć odlučivati o interesima drugih, npr. poslodavci, imaju i pozitivnu obvezu učiniti svoje postupke unutar kojih je koriste transparentnima.

U nedavnoj odluci *Kelly C-104/10* Sud pravde Europske unije čvrsto je potvrdio ovo stajalište. U navedenoj odluci Sud je našao kako odredba o preraspodjeli tereta dokazivanja izričito ne propisuje kako tuženik ima obvezu tužitelju osigurati uvid u sve informacije temeljem kojih je donio neku spornu odluku. U konkretnom predmetu tužitelj je tražio uvid u podatke o kandidatkinjama koje su zadovoljile uvjete upisa na poslijediplomski studij smatrajući kako njegova prijava nije bila uspješna zato jer je muškarac. No, Sud je naglasio kako bi neudovoljavanje zahtjevu za uvid u podatke na temelju kojih se donosila neka sporna odluka moglo kompromitirati učinkovitost zaštite od diskriminacije koju pruža pravo EU. Ako nacionalni sud procijeni da je to slučaj, ima obvezu narediti uvid u potrebne podatke.

Navedeno stajalište trebalo bi posebno zabrinjavati hrvatska tijela javne vlasti i hrvatske poslodavce s obzirom na to da se u Hrvatskoj prikupljanju relevantnih, kredibilnih statističkih podataka posvećuje vrlo malo ozbiljne pažnje i sredstava.

Gore opisane statističke dileme učestali su izazov za uspješnu primjenu jamstva za izravnu diskriminaciju. Prema broju predmeta koji dolaze pred Sud pravde Europske unije čini se kako je jamstvo neizravne diskriminacije zaživjelo u praksi pravnih poredaka država članica. No jednako tako iz istih predmeta proizlazi kako je statistika nepresušni izvor pitanja za praksu. U odluci *Seymour-Smith C-167/97* Sud je pokušao riješiti dio ovih dilema.

Odluka *Seymour-Smith* uspostavila je nekoliko važnih doktrinarnih stajališta. Prvo, Sud je naglasio kako statistički podaci koji se upotrebljavaju moraju uključivati podatke nastale u trenutku primjene sporne prakse mjere koja je dovela do neravnomjernog učinka, ali i podatke o učincima sporne mjere koji su nastali nakon trenutka primjene koja je dovela do konkretnog spora. U svakom slučaju, podaci kojima se koriste moraju zadovoljavati stupanj vjerodostojnosti koji prema Sudu traži da nacionalni sud mora procijeniti „*može li ih se uzeti u obzir, odnosno pokrivaju li dovoljno pojedinaca, prikazuju li samo slučajne ili kratkotrajne pojave te čine li se u osnovi značajnima*”.

Drugo, Sud je potvrdio kako se testom neravnomjernog učinka treba utvrditi značajna razlika između broja pripadnika uspoređivanih skupina koji *ne mogu zadovoljiti* sporni kriterij. No, u sklopu te ocjene „*najbolji je pristup usporedbi statističkih podataka, s jedne strane, razmotriti udio muškaraca u radnoj snazi koji udovoljavaju zahtjevu za dvogodišnjom zaposlenošću prema spornom pravilu i udio muškaraca koji tome ne udovoljavaju te, s druge strane, usporediti te udjele s obzirom na žene u radnoj snazi*”. Kako je predmet konkretnog spora bila zakonska odredba koja je proizvodila neravnomjerni učinak na nacionalnoj razini, Sud je također naglasio kako u takvoj situaciji „*nije dovoljno razmotriti samo broj osoba na koje mjera utječe, budući da to ovisi o cjelokupnom broju radnika u državi članici te o postotku muškaraca i žena zaposlenih u toj državi*”. Treće, odluka *Seymour-Smith* je osobito bitna jer je Sud po prvi put istaknuo kako sama statistička razlika uz „*količinski*” ima i „*temporalni*” aspekt. Prema Sudu i mala razlika može biti dovoljna kako bi se stvorila pretpostavka *prima facie* diskriminacije ako „*statistički dokazi upute*

na manju, ali trajnu i relativno konstantnu razliku koja postoji kroz duže razdoblje između muškaraca i žena koji zadovoljavaju” sporni kriterij. Konkretno stajalište ne iznenađuje s obzirom da i mala ali dugotrajna razlika pokazuje da je podatak statistički relevantan, odnosno, da je razlika sigurno povezana s činjenicom pripadnosti određenoj skupini. S obzirom na ciljeve ovog jamstva, ikakav dokaz povezanosti između štetnih učinaka i pripadnosti diskriminiranoj društvenoj skupini dovoljan je da se uspostavi pretpostavka *prima facie* diskriminacije.

Odluka *Seymour-Smith* je još jedna potvrda tvrdnji kako u pogledu primjene antidiskriminacijskih jamstava EU ne postoje formule koje su na temelju utvrđenih činjenica i logike sposobne proizvesti unaprijed predodređen ishod. Svaki test, svaki element, pa tako i statistički podaci, zahtijeva da bude sagledan, procijenjen i vrednovan unutar konkretnog društvenog konteksta u kojem se spor odvija i u svjetlu vrednota i interesa koje se sukobljavaju u pozadini antidiskriminacijskih jamstava.

C-167/97 Seymour-Smith ECR [1999] I-623

PRESUDA SUDA

9. veljače 1999.

U predmetu C-167/97,

ZAHTJEV Sudu, temeljem članka 177. Ugovora o EZ (novim člankom 234. EZ), od House of Lords (Doma lordova, Ujedinjeno Kraljevstvo) za prethodnom odlukom u postupku u tijeku pred tim sudom između:

Regine

i

Secretary of State for Employment (Državnog tajništva za zapošljavanje),

ex parte Nicole Seymour-Smith i Laure Perez,

o tumačenju članka 119. Ugovora o EZ te Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40.).

SUD

sastavljen od: G. C. Rodriguez Iglesiasa, predsjednika, P. J. G. Kapteyna, J.-P. Puissocheta, G. Hirscha i P. Janna (predsjednika vijeća), G. E Mancinija (izvjestitelja), J. C. Moitinha de Almeide, C. Gulmanna, J. L. Murraya, D. A. O. Edwarda, H. Ragnemalma, L. Sevóna, M. Watheleta, R. Schintgena i K. M. Ioannoua, sudaca,

Nezavisni odvjetnik: G. Cosmas,

Zapisničar: D. Louterman-Hubeau, glavni administrator,

nakon razmatranja pisanih primjedbi podnesenih u ime:

gđe Seymour-Smith i gđe Perez, zastupanih po Robinu Allenu QC, Peteru Duffyju QC i Gayu Moonu, odvjetnicima,

Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, po Lindsey Nicoll, iz Pravne službe Državne blagajne, kao zastupnici, te Patricku Eliasu QC i Nicholasu Painesu QC,

Komisije Europske zajednici, po Christopheru Dockseyju i Marie Wolfcarius, iz Pravne službe, kao zastupnicima,

nakon saslušanja usmenih primjedbi gđe Seymour-Smith i gđe Perez, zastupanih po Robinu Allenu QC, Peteru Duffyju QC i Gayu Moonu, Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, po Stephanie Ridley, iz Pravne službe Državne blagajne, kao zastupnici, i Komisije, zastupane po Christopheru Dockseyju i Marie Wolfcarius, na ročištu održanom 12. svibnja 1998.,

uzimajući u obzir Izvješće s ročišta,

nakon saslušanja Mišljenja nezavisnog odvjetnika na sjednici održanoj 14. srpnja 1998.,

donosi sljedeću

Presudu

Zahtjevom od 13. ožujka 1997., primljenim na Sud 2. svibnja 1997., Dom lordova uputio je Sudu na prethodnu odluku, temeljem članka 177. Ugovora o EZ, pet pitanja o tumačenju članka 119. Ugovora o EZ i Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada. (OJ 1976 L 39, str. 40).

Pitanja su postavljena u postupku kojeg su pokrenuli gđa. Seymour-Smith i gđa Perez pred High Court of Justice (Visokim sudom pravde) za sudsku kontrolu Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1985., S. I. 1985 No 782 (Propisa o nedopuštenim otkazima (u vrijeme probnog rada) iz 1985., nadalje „Propis iz 1985.”), koji je izmijenio i dopunio članak 54. Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (Zakona o zaštiti pri zapošljavanju iz 1978., nadalje „Zakon iz 1978.”).

Nacionalno zakonodavstvo

Članak 54. Zakona iz 1978. navodi da radnik na kojeg se taj članak primjenjuje ima pravo ne dobiti nedopušteni otkaz od svog poslodavca. Slična odredba nalazi se u članku 94. Employment Rights Act 1996 (Zakona o pravima radnika, „Zakon iz 1996.”), koji u vrijeme odvijanja činjenica slučaja nije bio na snazi.

Prije stupanja na snagu Propisa iz 1985., radnici su uživali zaštitu od nedopuštenog otkaza prema članku 54. Zakona iz 1978. ako im je, na dan prestanka radnog odnosa, radni odnos s poslodavcem koji zapošljava 20 ili više radnika neprekidno trajao jednu ili više godina. Prema članku 64. (1) Zakona iz 1978., izmijenjenom i dopunjenom Propisom iz 1985., članak 54. ne primjenjuje se na otkaz radnika koji nije bio u radnom odnosu neprekidno u minimalnom razdoblju od dvije godine do dana kada nastupaju učinci otkaza (nadalje „sporno pravilo”). Članak 108. (1) Zakona iz 1996. sadrži odredbe slične onima iz spornog pravila.

Prema članku 68. (1) Zakona iz 1978., ako Industrijski sud utvrdi da su osnove za prigovor zbog nedopuštenog otkaza osnovane, mora objasniti tužitelju koji nalozi za vraćanje radnika na posao mogu biti izdani i u kojim okolnostima te ga upitati želi li da sud izda takav nalog.

Prema članku 68. (2) Zakona iz 1978., ako Industrijski sud utvrdi da su osnove za prigovor zbog nedopuštenog otkaza opravdane, a nije izdan nalog za vraćanje radnika na posao, mora dodijeliti naknadu štete zbog nedopuštenog otkaza.

Naknada štete zbog nedopuštenog otkaza obuhvaća dva elementa, naknadu obične štete i naknadu izmaknule koristi. Naknada obične štete odražava radnikov gubitak dohotka radi otkaza. Prema članku 74. (1) Zakona iz 1978., naknada izmaknule koristi iznos je koji sud smatra pravednim i pravičnim radi svih okolnosti, imajući u obziru gubitak koji je tužitelj imao kao posljedicu otkaza u mjeri u kojoj se taj gubitak može pripisati radnji poslodavca. Članak 74. (2) navodi da se u taj gubitak ubrajaju svi razumni troškovi tužitelja koji su posljedica otkaza te svaka izmaknula korist koju je opravdano mogao očekivati da nije došlo do otkaza.

Pravo Zajednice

Prvi stavak članka 1. Direktive Vijeća 75/117/EEZ od 10. veljače 1975. o usuglašavanju zakona država članica u pogledu primjene načela jednakosti plaće muškaraca i žena (OJ 1975 L 45, str. 19.) navodi da načelo jednakosti plaće muškaraca i žena iz članka 119. Ugovora podrazumijeva uklanjanje svih oblika diskriminacije na temelju spola s obzirom na sve oblike i uvjete naknade za jednaki rad ili rad jednake vrijednosti.

U skladu s člankom 1. Direktive 76/207, njezina je svrha započinjanje s primjenom načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u državama članicama s obzirom na, među ostalim, pristup zaposlenju i uvjete rada.

Prema članku 5. (1) Direktive 76/2012, primjena načela jednakog postupanja s obzirom na uvjete rada, uključujući uvjete otkaza, znači da se muškarcima i ženama jamče jednaki uvjeti bez diskriminacije na temelju spola.

Spor u glavnom postupku

Gđa Seymour-Smith počela je raditi kao tajnica u Christo & Co. 1. veljače 1990., a otkaz je dobila 1. svibnja 1991. Industrijskom je sudu 26. srpnja 1991. podnijela prigovor zbog nedopuštenog otkaza od strane bivšeg poslodavca.

Gđa Perez zaposlila se u Matthew Stone Restoration Limited 19. veljače 1990., a otkaz je dobila 25. svibnja 1991. Industrijskom je sudu 19. lipnja 1991. podnijela prigovor zbog nedopuštenog otkaza od strane bivšeg poslodavca. 20. lipnja 1991. obaviještena je od Središnjeg ureda Industrijskih sudova da nisu proveli njezin prigovor jer nije bila zaposlena više od dvije godine. Međutim, 12. kolovoza 1991., ponovo je podnijela prigovor Industrijskom sudu, ponovno tvrdeći da je dobila nedopušteni otkaz.

Iz spisa predmeta očito je da je Industrijski sud odbio pozabaviti se prigovorima zbog nedopuštenog otkaza te tužbama za naknadu štete koje su podnijele dvije tužiteljice, na temelju neispunjavanja uvjeta dvogodišnjeg trajanja radnog odnosa koje zahtjeva sporno pravilo.

Na ročištu pred Sudom, tužiteljice u glavnom postupku objasnile su da je Industrijski sud obustavio postupke koje su pokrenule kako bi im omogućio paralelno podnošenje zahtjeva za sudskom kontrolom zakonitosti spornog pravila.

15. kolovoza 1994. podnijele su zahtjev Visokom sudu pravde za sudskom kontrolom spornog pravila na temelju suprotnosti tog pravila sa Direktivom 76/207. Pokretanje postupka odobreno im je 12. rujna 1991.

Visoki je sud 20. svibnja 1994. odbacio zahtjeve za sudskom kontrolom, tvrdeći da, iako sporno pravilo više utječe na žene nego na muškarce, statistika nije pokazala da je takav učinak disproporcionalan. Međutim, i da je statistika to pokazala, ne postoje nikakve objektivne osnove koje bi mogle opravdati takvu diskriminaciju.

Tužiteljice su protiv te odluke podnijele žalbu Žalbenom sudu, koji im je odobrio oslanjanje na članak 119. Ugovora i na Direktivu 76/207.

Žalbeni je sud 31. srpnja 1995. odlučio da je sporno pravilo, u vrijeme kada su tužiteljice dobile otkaz, bilo neizravno diskriminatorno te nije bilo objektivno opravdano. Međutim, budući da nije bilo jasno smatra li se naknada štete zbog nedopuštenog otkaza „plaćom” u smislu članka 119. Ugovora, Žalbeni je sud izjavio da zahtjev izmijenjenog i dopunjenog Zakona iz 1978. za kvalifikacijskim razdobljem od dvije godine trajanja radnog odnosa nije bio u skladu s Direktivom 76/207 u vrijeme kada su tužiteljice dobile otkaz.

Pitanja upućena na prethodnu odluku

Državno tajništvo i tužiteljice u glavnom postupku žalili su se Domu lordova, koji je ukinuo odluku Žalbenog suda te odlučio zastati s postupkom i uputiti sljedeća pitanja Sudu pravde radi prethodne odluke:

Može li se naknada štete zbog povrede prava na zabranu nedopuštenog otkaza prema nacionalnom zakonodavstvu kao što je Zakon o zaštiti radnika iz 1978. smatrati „plaćom” u smislu članka 119. Ugovora o EZ?

Ako je odgovor na prvo pitanje pozitivan, ulaze li uvjeti koji određuju ima li radnik pravo na zabranu nedopuštenog otkaza od strane poslodavca u područje primjene članka 119. ili u područje primjene Direktive 76/207?

Kojim se pravnim testom utvrđuje ima li mjera koju je usvojila država članica učinak na muškarce i na žene toliko različit da dovodi do neizravne diskriminacije u smislu članka 119. Ugovora o EZ, osim ako se pokaže da je osnovana na objektivno opravdanim čimbenicima različitim od spola?

Kada se taj pravni test primjenjuje na mjeru koju je usvojila država članica? Odnosno, prema kojemu se od sljedećih trenutaka ili od ostalih trenutaka, test mora primijeniti na mjeru:

prema trenutku usvajanja mjere;

prema trenutku kada mjera stupi na snagu;

prema trenutku otkaza?

Koji su pravni uvjeti utvrđivanja objektivnog opravdanja mjere koju je usvojila država članica radi provođenja svoje socijalne politike u svrhu primjene jamstva neizravne diskriminacije iz članka 119.? Osobito, koje dokaze države članice moraju predložiti u korist osnova opravdanosti mjere?

Prvo pitanje

Prvim pitanjem nacionalni sud pita može li se naknada štete koju sud dodjeljuje zbog povrede prava na zabranu nedopuštenog otkaza smatrati plaćom u smislu članka 119. Ugovora o EZ.

Tužiteljice u glavnom postupku i Komisija smatraju da se naknada štete dodijeljena zbog nedopuštenog otkaza smatra plaćom u smislu članka 119. Ugovora. Prema Komisiji, to je naknada gubitka dohotka u obliku plaće i ostalih koristi u svezi s zaposlenošću.

Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, s druge strane, tvrdi da se ovaj predmet tiče navodno nejednakih uvjeta rada u smislu Direktive 76/207, osobito s obzirom na pravo na zabranu nedopuštenog otkaza. Naknada koju Industrijski sud može dodijeliti ne predstavlja naknadu za obavljeni rad radnika, već naknadu za povredu uvjeta rada od strane poslodavca. Stoga, osnovna značajka plaće, odnosno to što jeriječ o naknadi za obavljeni rad, u ovom slučaju ne postoji.

U skladu s utvrđenom sudskom praksom, pojam plaće, u smislu drugog stavka članka 119., obuhvaća i svaku drugu naknadu, u novcu ili u naravi, neposrednu ili buduću, pod uvjetom da je radnik primi, makar i neizravno, u svezi sa svojim radom od svojeg poslodavca (vidi, osobito, presudu od 9. veljače 1982. u predmetu 12/81 *Garland v British Rail Engineering* [1982] ECR 359, paragraf 5, i predmet C-262/88 *Barber* [1990] ECR I-1889, paragraf 12).

Sud je također smatrao da činjenica što se određene koristi isplaćuju nakon prestanka radnog odnosa ne sprečava da se smatraju plaćom u smislu članka 119. Ugovora (*Barber*, prethodno citiran, paragraf 12).

S obzirom na naknadu koju poslodavac isplaćuje radniku radi prestanka radnog odnosa, Sud je već izjavio da je takva naknada oblik plaće na koju radnik ima pravo na temelju obavljenog rada, koju mu se isplaćuje nakon prestanka radnog odnosa te koja olakšava njegovu prilagodbu na novonastale okolnosti (vidi *Barber*, prethodno citiran, paragraf 13, i predmet C-33/89 *Kowalska* [1990] ECR I-2591, paragraf 10).

U ovom predmetu naknada koja se isplaćuje radniku zbog nedopuštenog otkaza, koja se sastoji od naknade obične štete i naknade izmakle koristi, osobito je namijenjena davanju radniku onoga što bi zaradio da poslodavac nije nedopušteno raskinuo radni odnos.

Naknada obične štete izravno odražava naknadu koju bi radnik primio da nije bio otpušten. Naknada izmaknule koristi pokriva gubitak koji je pretrpio zbog otkaza, uključujući sve razumne troškove koji je zbog toga imao te, uz određene uvjete, svaki gubitak koristi koju je opravdano mogao očekivati da nije došlo do otkaza.

Slijedi da se naknada štete zbog nedopuštenog otkaza isplaćuje radniku na temelju radnog odnosa, koji bi i dalje trajao da nije došlo do nedopuštenog otkaza. Takva naknada, dakle, ulazi u definiciju plaće u smislu članka 119. Ugovora.

Navedeni zaključak nije doveden u pitanje činjenicom da naknadu u pitanju u glavnom postupku dodjeljuje sud na temelju primjenjivog zakonodavstva. Kao što je Sud po tom pitanju već izrekao, nije bitno proizlazi li pravo na naknadu iz ugovora o radu ili, naprimjer, iz zakona (vidi, u tom smislu, *Barber*, prethodno citiran, paragraf 16).

U svjetlu prethodno navedenog, odgovor na prvo pitanje mora biti da se naknada štete zbog povrede prava na zabranu nedopuštenog otkaza koju dodjeljuje sud smatra plaćom u smislu članka 119. Ugovora.

Drugo pitanje

Drugim pitanjem, nacionalni sud u osnovi pita ulaze li uvjeti koji određuju ima li radnik koji je dobio nedopušteni otkaz pravo na vraćanje na posao, odnosno na naknadu štete, u područje primjene članka 119. ili u područje primjene Direktive 76/207.

Budući da se ovaj predmet odnosi na plaću u smislu članka 119., tužiteljice tvrde da se Direktiva 76/207, koja se odnosi na jednako postupanje, ne primjenjuje. Zakon ne može radniku, koji ima pravo na naknadu štete zbog nedopuštenog otkaza kao dio prava na jednakost plaće prema članku 119., onemogućiti oslanjanje na tu odredbu kako bi osigurao da poslodavac na njega ne primjeni diskriminatorne uvjete čija bi primjena dovela do negacije načela jednakosti plaće.

Vlada Ujedinjenog Kraljevstva tvrdi da, čak i ako bi se naknada štete zbog povrede prava na zabranu nedopuštenog otkaza smatrala plaćom u smislu članka 119., svaka je navodna povreda načela jednakog postupanja u uvjetima stjecanja prava, uključujući i prava na novčanu naknadu, uređena Direktivom 76/207, a ne člankom 119.

Kako bi potkrijepila svoj argument, oslanja se na predmet 149/77 *Defrenne III* [1978] ECR 1365, u kojem je Sud u paragrafu 21 naveo da činjenica da određivanje određenih uvjeta rada može imati financijske posljedice nije dovoljna da takvi uvjeti uđu u područje primjene članka 119., koji je utemeljen na bliskoj povezanosti naravi usluga koje se pružaju i iznosa naknade.

U tom je pogledu potrebno napomenuti da se, kao što je Komisija pravilno istaknula, u slučaju tužbe za naknadu štete uvjeti određeni spornim pravilom odnose na pravo na pristup određenom obliku plaće na koji se primjenjuju članak 119. i Direktiva 75/117.

U ovom predmetu, postupci koje su pokrenule gđa Seymour-Smith i gđa Perez nisu povezani s mogućim posljedicama uvjeta rada, odnosno prava na zabranu nedopuštenog otkaza, već se vode radi naknade štete kao takve, što je uređeno člankom 119. Ugovora, a ne Direktivom 76/207.

Drugačije bi bilo da otpuštene radnice traže vraćanje na posao. U tom bi se slučaju uvjeti koje predviđa nacionalni zakon odnosili na uvjete rada ili pravo na zapošljavanje te bi stoga bili uređeni Direktivom 76/207.

U tom bi slučaju, u kontekstu zahtjeva za sudskom kontrolom članka 64. (1) Zakona iz 1978., izmijenjenog i dopunjenog Propisom iz 1985., podnesenog protiv Državnog tajništva za zapošljavanje, tužiteljice u glavnom postupku imale pravo protiviti se diskriminaciji na temelju spola pozivanjem na Direktivu 76/207, a ne na članak 119. Ugovora.

Dosljedno je stajalište suda da se pojedinci protiv države mogu pozvati na odredbe direktive bez obzira na to jesu li bezuvjetne i dovoljno precizne u pogledu predmeta koji uređuju.

Sud je već presudio da je članak 5. (1) Direktive 76/207, koji zabranjuje diskriminaciju na temelju spola s obzirom na uvjete rada, uključujući i uvjete otkaza, dovoljno precizan da se na njega pojedinci mogu pozvati protiv države te da ga nacionalni sud može primijeniti kako bi spriječio primjenu nacionalne odredbe koja sa člankom 5. (1) nije usuglašena (vidi predmet 152/84 *Marshall I* [1986] ECR 723, paragrafi 52 and 56).

U skladu s navedenim, odgovor na drugo pitanje, dakle, mora biti da uvjeti koji određuju ima li radnik pravo na naknadu štete zbog nedopuštenog otkaza ulaze u područje primjene članka 119. Ugovora. Međutim, uvjeti koji određuju ima li radnik pravo na vraćanje na posao nakon nedopuštenog otkaza ulaze u područje primjene Direktive 76/207.

Četvrto pitanje

Četvrtim pitanjem, na koji je prikladno odgovoriti u ovoj fazi, nacionalni sud u osnovi pita mora li se zakonitost pravila kao što je ono u pitanju procijeniti prema trenutku usvajanja tog pravila, prema trenutku stupanja na snagu tog pravila ili prema trenutku kada je radnik dobio otkaz.

Tužiteljice u glavnom postupku tvrde da, ako postoji rizik da će mjera koja se usvaja ili koja stupa na snagu u državi članici imati različiti učinak na plaću muškaraca i žena, ta država članica krši Ugovor o EZ ako se nastavlja koristiti tom mjerom, osim ako se može dokazati da je uvođenje te mjere utemeljeno na objektivno opravdanim čimbenicima nepovezanim sa spolom. Štoviše, Ugovor zahtjeva od država članica da povremeno nadgledaju mjere koje utječu na plaće radnika te da ne primijene te mjere ako utvrde da je povrijeđena neka od obaveza koje u tom pogledu nameće Ugovor.

Vlada Ujedinjenog Kraljevstva, međutim, smatra da je pravodoban trenutak prema kojemu se razmatra učinak mjere onaj kada je radnik dobio otkaz. To je trenutak u kojem sporno pravilo proizvode učinak na koji se radnici žale, koji im onemogućava podnošenje prigovora zbog nedopuštenog otkaza. Diskriminatorna ili nediskriminatorna narav mjere nije određena u trenutku usvajanja ili uvođenja mjere, već ovisi o okolnostima koje prevladavaju u vrijeme učinaka na koje se žale.

Na početku bi trebalo napomenuti da se zahtjevi prava Zajednice moraju poštovati u svakom trenutku, bilo da je to trenutak kada se mjera usvaja, kada se provodi ili kada se primjenjuje na predmet u pitanju.

Međutim, trenutak u vremenu prema kojemu nacionalni sud procjenjuje zakonitost pravila kao što je ono u pitanju u ovom predmetu može ovisiti o različitim okolnostima, pravnim i faktičnim.

Stoga, ako se tvrdi da je vlast koja je usvojila akt djelovala *ultra vires*, zakonitost tog akta mora se, u načelu, procijeniti prema trenutku kada je usvojen.

S druge strane, u okolnostima koje uključuju primjenu zakonito usvojene nacionalne mjere na pojedinu situaciju, prikladno je ispitati je li mjera i u vrijeme primjene u skladu s pravom Zajednice.

S obzirom na statistiku, prikladno je u obzir uzeti ne samo statističke podatke dostupne u trenutku u kojemu je akt usvojen, već također i podatke koji su naknadno sakupljeni i koji vrlo vjerojatno mogu bolje ukazati na utjecaj akta na muškarce i na žene.

U skladu s navedenim, odgovor na četvrto pitanje mora biti da je na nacionalnom sudu da, uzimajući u obzir sve relevantne pravne i faktične okolnosti, odluči prema kojemu se trenutku procjenjuje zakonitost pravila kao što je ono u pitanju.

Treće pitanje

Trećim pitanjem nacionalni sud želi saznati koji je pravni test za utvrđivanje ima li mjera države članice utjecaj na muškarce i na žene toliko različit da dovodi do neizravne diskriminacije u smislu članka 119. Ugovora.

Člankom 119. Ugovora propisuje se načelo da bi muškarci i žene trebali primiti jednaku plaću za jednaki rad. To načelo isključuje ne samo primjenu odredbi koje dovode do izravne spolne diskriminacije, već i primjenu odredbi koji ne zabranjuju različito postupanje prema muškarcima i ženama u radnom odnosu kao rezultat primjene kriterija koji nisu utemeljeni na spolu ako se te razlike u postupanju ne mogu pripisati objektivnim čimbenicima nepovezanim sa spolnom diskriminacijom (vidi spojene predmete C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 i C-78/93 *Helmig and Others* [1994] ECR I-5727, paragraf 20).

Općeprihvaćeno je da sporno pravilo ne dovodi do izravne spolne diskriminacije. Dakle, potrebno je razmotriti može li pravilo dovesti do neizravne diskriminacije protivne članku 119. Ugovora.

Tužiteljice u glavnom postupku smatraju da, ako postoji rizik da će mjera koju država članica uvodi imati različiti učinak na plaću muškaraca i žena, i/ili ako je takav različiti učinak dokazan pouzdanim i značajnim statističkim podacima, članak 119. Ugovora o EZ je povrijeđen, osim ako se može dokazati da je mjera u pitanju utemeljena na objektivno opravdanim čimbenicima nepovezanim sa spolom.

Tužiteljice također tvrde dabi, ako postoje značajni statistički podaci koji se odnose na cjelokupnu radnu snagu te koji upućuju na postojanje dugotrajne pojave koja se ne može smatrati slučajnom, svaka razlika u učinku iznad minimalne povrijedila obavezu provođenja načela jednakog postupanja.

Prema Vladi Ujedinjenog Kraljevstva, pojmovi kojima se Sud koristi u sudskoj praksi o neizravnoj diskriminaciji jasno pokazuju da je Sud na umu imao primjetno drugačiji učinak.

Komisija pak predlaže „statistički značajan” test, s time da je statistika odgovarajući temelj za usporedbu, a nacionalni sud mora osigurati da ona nije iskrivljena čimbenicima specifičnim za određeni slučaj. Postojanje statistički značajnih dokaza dovoljno je za utvrđivanje nerazmjernog učinka te prebacivanje tereta dokazivanja na tvorca navodno diskriminatorne mjere.

Što se tiče utvrđivanja neizravne diskriminacije, prvo je potrebno ispitati ima li mjera, kao što je pravilo u pitanju, nepovoljniji učinak na žene nego na muškarce.

Zatimje, kao što je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva pravilno istaknula, najbolji pristup usporedbi statističkih podataka, s jedne strane, razmotriti udio muškaraca u radnoj snazi koji udovoljavaju zahtjevu za dvogodišnjom zaposlenošću prema spornom pravilu i udio muškaraca koji tome ne udovoljavaju te, s druge strane, usporediti te udjele s obzirom na žene u radnoj snazi. Nije do-

voljno razmotriti samo broj osoba na koje mjera utječe, budući da to ovisi o cjelokupnom broju radnika u državi članici te o postotku muškaraca i žena zaposlenih u toj državi.

Kao što je Sud u nekoliko navrata napomenuo, potrebno je utvrditi može li dostupna statistika potvrditi da značajno manji postotak žena od muškaraca može ispuniti uvjet dvogodišnje zaposlenosti koji zahtjeva sporno pravilo. Takva bi situacija bila dokaz očite spolne diskriminacije osim ako bi sporno pravilo bilo opravdano objektivnim čimbenicima nepovezanim s bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu.

Jednako bi bilo u slučaju da statistički dokazi upute na manju, ali trajnu i razmjerno konstantnu razliku koja postoji kroz duže razdoblje između muškaraca i žena koji udovoljavaju uvjetu za dvogodišnjom zaposlenošću. Međutim, na nacionalnom je sudu da donese zaključak o takvim statističkim podacima.

Na nacionalnom je sudu također da procijeni jesu li statistički podaci o radnoj snazi valjani i može li ih se uzeti u obzir, odnosno pokrivaju li dovoljno pojedinaca, prikazuju li samo slučajne ili kratkotrajne pojave te čine li se u osnovi značajnima (vidi predmet C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, paragraf 17). Na nacionalnom je sudu osobito da utvrdi jesu li, s obzirom na odgovor na četvrto pitanje, statistički podaci iz 1985. godine o postocima muškaraca i žena koji ispunjavaju zahtjev za dvogodišnjom zaposlenošću prema spornom pravilu značajni i dovoljni za odlučivanje o predmetu koji se pred njim nalazi.

U ovom predmetu, iz zahtjeva za prethodnom odlukom proizlazi da je 1985. godine, kada je zahtjev za dvogodišnjom zaposlenošću bio uveden, 77,4% muškaraca i 68,9% žena ispunjavalo taj uvjet.

Takva statistika na prvi pogled ne pokazuje da značajno manji postotak žena od muškaraca udovoljava zahtjevu koji je nametnulo sporno pravilo.

U skladu s navedenim, odgovor na treće pitanje mora biti da radi utvrđivanja ima li mjera koju je usvojila država članica učinak na muškarce i na žene do te mjere različit da dovodi do neizravne diskriminacije u smislu članka 119. Ugovora, nacionalni sud mora provjeriti može li dostupna statistika potvrditi da značajno manji postotak žena od muškaraca može ispuniti zahtjev koji nameće ta mjera. U tom bi slučaju postojala neizravna diskriminacija, osim ako bi mjera u pitanju bila opravdana objektivnim čimbenicima nepovezanim s bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu.

Peto pitanje

Petim pitanjem nacionalni sud želi saznati koji su pravni kriteriji koji objektivno opravdavaju mjeru koju je usvojila država članica radi provođenja svoje socijalne politike, radi utvrđivanja je li došlo do neizravne diskriminacije u smislu članka 119. Ugovora.

U tom smislu, prvo treba napomenuti da je u konačnici na nacionalnom sudu, koji je isključivo nadležan za procjenu činjenica i tumačenje nacionalnog zakonodavstva, da odredi je li, i u kojoj mjeri, zakonodavna odredba koja, iako se primjenjuje neovisno o spolu radnika, u stvarnosti utječe na znatno veći postotak žena nego muškaraca, opravdana objektivnim razlozima nepovezanim sa bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu (predmet 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR 2743, paragraf 15).

Međutim, iako u prethodnim postupcima nacionalni sud mora utvrditi postoje li takvi objektivni razlozi u pojedinačnom predmetu pred njim, Sud pravde, koji odgovara na pitanja nacionalnog

suda, može pružiti smjernice utemeljene na dokumentima iz spisa te pisanim i usmenim podnescima kako bi omogućio nacionalnom sudu donošenje odluke (predmet C-278/93 *Freers and Speckmann* [1996] ECR I-1165, paragraf 24).

Ustaljena je sudska praksa da, ako država članica dokaže da su izabrane mjere usuglašene sa ciljem nužnim za provođenje socijalne politike te prikladne i nužne za postizanje tog cilja, sama činjenica da zakonodavna odredba utječe na više žena nego muškaraca u radnom odnosu ne može se smatrati povredom članka 119. Ugovora (vidi, osobito, predmet C-444/93 *Megner and Scheffel v Innungskrankenkasse Vorderpfalz* [1995] ECR I-4741, paragraf 24, i *Freers and Speckmann*, prethodno citiran, paragraf 28).

U ovom predmetu Vlada Ujedinjenog Kraljevstva tvrdi da će rizik izlaganja poslodavaca postupcima zbog nedopuštenog otkaza, koje su pokrenuli radnici koji su tek nedavno bili zaposleni, loše utjecati na zapošljavanje. Zapošljavanje se potiče produživanjem kvalifikacijskog razdoblja za zaštitu od otkaza.

Ne može se poreći da je poticanje zapošljavanja opravdani cilj socijalne politike.

Također mora biti utvrđeno, u svjetlu svih relevantnih čimbenika te uzimajući u obzir mogućnost postizanja cilja socijalne politike drugim sredstvima, je li moguće da je takav cilj nepovezan sa bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu te može li sporno pravilo, kao sredstvo postizanja tog cilja, taj cilj stvarno i postići.

U svezi s navedenim, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva tvrdi da država članica samo mora pokazati da je opravdano smatrala da će mjera u pitanju postići cilj socijalne politike. U tom se smislu oslanja na predmet C-317/93 *Nolte* [1995] ECR I-4625.

U predmetu *Nolte*, paragraf 33, Sud uistinu jest primijetio da države članice imaju široku diskreciju u odabiru mjere sposobne za postizanje ciljeva njihovih socijalnih politika i politika zapošljavanja.

Međutim, iako socijalnu politiku u osnovi određuju države članice prema trenutno važećem pravu Zajednice, činjenica je da široka diskrecija država članica u tom pogledu ne smije osujetiti provedbu osnovnog načela prava Zajednice, kao što je jednakost plaće muškaraca i žena.

Generalizacija podobnosti specifičnih mjera za poticanje zapošljavanja ne može sama pokazati da je cilj spornog pravila nepovezan s bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu niti u razumnoj mjeri pružiti dokaz da su izabrane mjere sposobne za postizanje tog cilja.

U skladu s navedenim, odgovor na peto pitanje mora biti da, ako je znatno manji postotak žena od muškaraca sposoban ispuniti zahtjev za dvogodišnjom zaposlenošću koji nameće sporno pravilo, države članice koje su usvojile navodno diskriminatorno pravilo moraju pokazati da je pravilo u pitanju usuglašeno s opravdanim ciljem socijalne politike koju provode, da je taj cilj nepovezan s bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu te da se razumno može smatrati da su izabrane mjere sposobne za postizanje tog cilja.

Troškovi

Troškovi Vlade Ujedinjenog Kraljevstva i Komisije, koji su podnijeli razmatranja Sudu, nisu nadoknadivi. Budući da su ovi postupci, za stranke u glavnom postupku, dio neriješenog tužbenog postupka pred nacionalnim sudom, odluku o troškovima donosi nacionalni sud.

Na tim temeljima,

SUD,

radi odgovora na pitanje upućeno od Doma lordova zahtjevom od 13. ožujka 1997., odlučuje:

Naknada štete zbog povrede prava na zabranu nedopuštenog otkaza koju dodjeljuje sud smatra se plaćom u smislu članka 119. Ugovora.

Uvjeti koji određuju ima li radnik pravo na naknadu štete zbog nedopuštenog otkaza ulaze u područje primjene članka 119. Ugovora. Međutim, uvjeti koji određuju ima li radnik pravo na vraćanje na posao nakon nedopuštenog otkaza ulaze u područje primjene Direktive 76/207/EEZ od 9. veljače 1976. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu pristupa zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, te uvjeta rada.

Na nacionalnom je sudu da, uzimajući u obzir sve važne pravne i faktične okolnosti, odluči prema kojemu se trenutku procjenjuje zakonitost pravila prema kojemu se zaštita od nedopuštenog otkaza pruža samo onim radnicima koji su neprekidno bili zaposleni najmanje dvije godine.

Radi utvrđivanja ima li mjera koju je usvojila država članica učinak na muškarce i na žene do te mjere različit da dovodi do neizravne diskriminacije u smislu članka 119. Ugovora, nacionalni sud mora provjeriti može li dostupna statistika potvrditi da značajno manji postotak žena od muškaraca može ispuniti zahtjev koji nameće ta mjera. U tom bi slučaju postojala neizravna diskriminacija, osim ako bi mjera u pitanju bila opravdana objektivnim čimbenicima nepovezanim sa bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu.

Ako je znatno manji postotak žena od muškaraca sposoban ispuniti zahtjev za dvogodišnjom zaposlenošću koji nameće sporno pravilo, države članice koje su usvojile navodno diskriminatorno pravilo moraju pokazati da je pravilo u pitanju usuglašeno sa opravdanim ciljem socijalne politike koju provode, da je taj cilj nepovezan sa bilo kojim oblikom diskriminacije utemeljene na spolu te da se razumno može smatrati da su izabrane mjere sposobne za postizanje tog cilja.

Zaključak

Zbirka je kroz prijevode izabranih presuda i tekst koji prati te odluke pružila ograničen, ali koristan kritički uvid u različite aspekte načela jednakosti u postupanju i njegove specifične izraze u obliku jamstava zabrane izravne i neizravne diskriminacije.

Zbirka je pokazala nekoliko važnih aspekata antidiskriminacijskog prava EU.

Prvo, antidiskriminacijsko pravo EU temelji se na jamstvima specifične pravne forme koja pred sudove stavlja značajne izazove. Oba jamstva na koje je Zbirka bila usredotočena – izravna i neizravna diskriminacija – izražena su u tzv. obliku standard-normi. Glavna karakteristika ovog pravnog oblika jest da najveću odgovornost za konkretno tumačenje i primjenu stavljaju na sudove, a ne na sam pravni tekst propisa. Ova činjenica bit će značajan izazov za konvencionalno razumijevanje sudovanja koje je dominantno i hrvatskoj praksi.

Drugo, glavni „izvor prava” u antidiskriminacijskom pravu EU jest sudska praksa, ponajprije odluke Suda pravde Europske unije. Hrvatski sudovi morat će se naviknuti konzultirati se s odlukama Suda pravde žele li uspješno obaviti svoju zadaću koju su dobili pristupanjem Hrvatske u članstvo EU.

Treće, konkretno značenje antidiskriminacijskih jamstava zabrane izravne i neizravne diskriminacije EU ovisi ponajprije o interakciji konkretnih interesa, društvenih ciljeva i vrednota koji se u njihovoj pozadini natječu za prvenstvo, a ne o pretpostavljenom predodređenom i stoga „objektivnom” pravnom tekstu i pravnoj logici. Kako će izgledati konkretna primjena ovih jamstava u praksi ne ovisi o vještinama semantičko-gramatičkog tumačenja suda, već o volji da na sebe preuzme odgovornost za vrijednosni izbor koji od sudova traže ova jamstva.

Četvrto, pretpostavljene razlike između izravne i neizravne diskriminacije nisu ni približno čvrste kako se to učestalo pretpostavlja. Upravo suprotno, u značajnom broju slučajeva u praksi neće biti jasno radi li se o izravnoj ili neizravnoj diskriminaciji. Zbirka je donekle identificirala razlog takve neodređenosti kao što je uputila na značajan niz praktičnih posljedica koje iz nje slijede.

Peto, pomoću argumenata koji su izneseni u tekstu koji prati pojedine izabrane presude zbirka je pokazala vrijednost kritičkog analitičkog pristupa ovom području prava. Štoviše, pokazala je kako ova vrsta analize nije „puka teorija”, već je od ključnog značenja za uspješnu praksu. Praksa koja nije utemeljena na analitičkom uvidu u konkretna antidiskriminacijska jamstva neće biti u stanju razumjeti i iskoristiti njihov potencijal.

Na kraju, čak i da se ignorira popratni tekst koji kroz zbirku prati izabrane presude njezina praktična vrijednost i dalje ostaje značajna. Zbirka u najmanju ruku pruža hrvatski prijevod značajnog broja odluka Suda pravde Europske unije koje su od srpnja 2013. godine od iznimne važnosti za razumijevanje i primjenu antidiskriminacijskih jamstava u hrvatskom pravnom poretku.

O autoru

Goran Selanec magistrirao je i doktorirao na University of Michigan Law School upravo u području europskog i komparativnog antidiskriminacijskog prava. Svoju specijalizaciju u području antidiskriminacijskog prava ostvario je pod mentorstvom uglednih imena kao što su prof. Daniel Halberstam, prof. Catharine MacKinnon, prof. Christopher McCrudden i prof. Brian Simpson. Niz godina predavao je Europsko javno pravno na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. U siječnju 2012. godine Sabor ga je izabrao na zamjenika pravnorabniteljice za ravnopravnost spolova Republike Hrvatske. Uz ovu dužnosničku poziciju i dalje je aktivan na Pravnom fakultetu i Ekonomskom fakultetu kao vanjski suradnik.