



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS  
MICHAL BOBEK  
10 päivänä syyskuuta 2019<sup>1</sup>

**Asia C-450/18**

**WA**

**vastaan**

**Instituto Nacional de la Seguridad Social**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Geronan työ- ja sosiaaliasioiden tuomioistuin nro 3, Espanja))

Ennakkoratkaisupyyntö – Nais- ja miespuoliset työntekijät – Tasa-arvoinen kohtelu sosiaaliturvaa koskevista kysymyksissä – Direktiivi 79/7/ETY – Työkyvyttömyyseläke – Kahden tai useamman lapsen äideille, jotka saavat sosiaaliturvaan kuuluvaa maksuperusteista eläkettä, myönnettävä eläkkeen lisä – SEUT 157 artiklan 4 kohta – Positiiviset erityistoimenpiteet – Naispuolisten työntekijöiden ammattiuraan liittyvien haittojen hyvittämiseen tarkoitetut toimenpiteet

## I Johdanto

1. Espanjan lainsäädännön mukaan *naisilla, jotka ovat saaneet vähintään kaksi biologista tai adoptoitua lasta*, on oikeus lisään, jolla täydennetään heidän saamaansa maksuperusteista sosiaaliturvaan kuuluvaa vanhuuseläkettä, leskeneläkettä tai pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavaa eläkettä. Pääasian kantaja (jäljempänä kantaja), kahden tyttären isä, riitautti kansallisen sosiaaliturvaviranomaisen päätöksen, jossa hänelle kieltäydettiin myöntämästä samankaltaista lisää hänen pysyvän työkyvyttömyyden perusteella saamaansa eläkkeeseen.

2. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, rikotaanko unionin oikeuteen sisältyvää sukupuoleen perustuvan syrjinnän kieltoa kansallisella säännöksellä, jolla otetaan käyttöön naisille myönnettävä eläkkeen lisä ja jossa ei myönnetä tällaista oikeutta miehille.

3. Unionin tuomioistuimella on jo ollut tilaisuus tarkastella kysymystä eläkejärjestelmistä, joissa myönnetään äitiyteen liittyviä etuuksia ainoastaan naispuolisille työntekijöille. Asiat Griesmar<sup>2</sup> ja Leone<sup>3</sup> koskivat kuitenkin virkamiehille myönnettäviä ammatillisia lisäeläkkeitä, joihin sovellettiin SEUT 157 artiklaan kirjattua samapalkkaisuuden periaatetta. Käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuinta pyydetään määrittämään, olisiko samankaltaista lähestymistapaa sovellettava myös asioihin, joissa on kyse yleisen sosiaaliturvan piiriin kuuluvasta eläkejärjestelmästä myönnettävistä etuuksista.

<sup>1</sup> Alkuperäinen kieli: englanti.

<sup>2</sup> Tuomio 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

<sup>3</sup> Tuomio 17.7.2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090).

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### A Unionin oikeus

4. Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä annetun direktiivin 79/7/ETY<sup>4</sup> johdanto-osan kolmannen perustelukappaleen mukaan ”tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttaminen sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä ei estä soveltamasta naisten suojelua äitiyden perusteella koskevia säännöksiä; tästä jäsenvaltiot voivat antaa naisia koskevia erityissäännöksiä eriarvoisen kohtelun poistamiseksi”.

5. Direktiivin 79/7 tarkoituksena on sen 1 artiklan mukaan ”asteittain toteuttaa 3 artiklassa tarkoitettussa sosiaaliturvassa ja muussa sosiaalisessa suojelussa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate, jäljempänä ’tasa-arvoisen kohtelun periaate’”.

6. Direktiivin 79/7 3 artiklan 1 kohdan mukaan direktiiviä sovelletaan:

”a) lakisääteisiin järjestelmiin, jotka antavat turvaa seuraavien tapausten varalta:

--

– työkyvyttömyys,

--”.

7. Direktiivin 79/7 4 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi eikä välillisesti etenkin siviilisäädyn tai perheaseman perusteella eikä varsinkaan, kun on kysymyksessä:

--

– etuuksien, aviopuolisosta ja huollettavista johtuvat lisät mukaan lukien, laskentaperusteet sekä etuuksiin olevan oikeuden kesto ja jatkumista koskevat edellytykset.

2. Tasa-arvoisen kohtelun periaate ei rajoita naisten suojelua äitiyden perusteella koskevien säännösten soveltamista.”

8. Direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan direktiivi ei rajoita jäsenvaltioiden oikeutta jättää sen soveltamisalan ulkopuolelle ”lapsia kasvattaneille henkilöille myönnettäviä, vanhuuseläkejärjestelmään kuuluvia etuuksia” ja ”oikeutta etuuksiin jaksoilta, joiden aikana työnteko on ollut keskeytyneenä lasten kasvattamisen vuoksi”.

4 19.12.1978 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1979, L 6, s. 24).

## **B Espanjan oikeus**

9. Yleisen sosiaaliturvalain (Ley General de la Seguridad Social, jäljempänä LGSS)<sup>5</sup> 60 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Lisä eläkkeeseen myönnetään sosiaaliturvaa edistävästä panoksesta väestönkasvuun naisille, jotka ovat saaneet biologisia tai adoptoituja lapsia ja jotka saavat vanhuuseläkettä, leskeneläkettä tai pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavaa eläkettä mistä tahansa maksuperusteisesta sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvasta järjestelmästä.

Tämä lisä, joka on kaikilta oikeudellisilta vaikutuksiltaan maksuperusteinen yleinen eläke, koostuu summasta, joka saadaan soveltamalla edellä mainittujen eläkkeiden alkuperäiseen määrään tiettyä prosenttiosuutta, joka perustuu lasten määrään seuraavan laskukaavan mukaisesti:

- a) kaksi lasta: 5 prosenttia.
- b) kolme lasta: 10 prosenttia.
- c) vähintään neljä lasta: 15 prosenttia.

Määritettäessä oikeutta eläkkeeseen myönnettävään lisään ja sen määrään otetaan huomioon vain lapset, jotka ovat syntyneet tai jotka on adoptoitu ennen vastaavaa eläkkeeseen oikeuttavaa tapahtumaa.”

## **III Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymys**

10. Kantajalle myönnettiin Instituto Nacional de la Seguridad Socialin (kansallinen sosiaaliturvalaitos, jäljempänä INSS) 25.1.2017 tekemällä päätöksellä ehdottoman ja pysyvän työkyvyttömyyden perusteella eläke, jonka suuruus on 100 prosenttia perusmäärästä eli 1 603,43 euroa kuukaudessa elinkustannusindeksin mukaisin korotuksin.

11. Kantaja teki kyseisestä päätöksestä oikaisuvaatimuksen, jossa hän väitti lähinnä, että koska hän on kahden tyttären isä, hänellä on oikeus saada 5 prosentin suuruinen lisä eläkkeeseen samoin edellytyksin kuin naisilla.

12. INSS teki 9.6.2017 päätöksen, jolla se hylkäsi edellä mainitun oikaisuvaatimuksen ja pysytti 25.1.2017 tehdyn päätöksensä. INSS totesi, että kuten äitiyden perusteella maksettavan lisän nimikin osoittaa, se on lisä, joka myönnetään sosiaaliturvaa edistävästä panoksesta väestönkasvuun yksinomaan naisille, jotka saavat sosiaaliturvajärjestelmästä jotain maksuperusteista etuutta ja joilla on vähintään kaksi lasta.

13. Kantaja nosti 23.5.2017 INSS:n päätöksestä kanteen Juzgado de lo Social n.º 3 de Geronassa (Geronan työ- ja sosiaaliasioiden tuomioistuin nro 3, Espanja), joka on ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin. Kanteessaan hän vaati, että hänelle myönnetään oikeus ehdottoman ja pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavan eläkkeen perusmäärän perusteella laskettavaan 5 prosentin korotukseen vastaavin perustein kuin myönnetään äitiyden perusteella maksettava lisä, josta säädetään LGSS:n 60 §:n 1 momentissa.

<sup>5</sup> Hyväksytty 20.6.1994 annetulla kuninkaan asetuksella 1/1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994; BOE nro 154, 29.6.1994, s. 20658), sellaisena kuin se on konsolidoitu 30.10.2015 annetulla kuninkaan asetuksella 8/2015 (Real Decreto Legislativo 8/2015; BOE nro 261, 31.10.2015, s. 103291), sellaisena kuin se on muutettuna vuoden 2016 valtion yleisestä talousarviosta 29.10.2015 annetulla lailla 48/2015 (Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016; BOE nro 260, 30.10.2015, s. 101965).

14. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sai 18.5.2018 tiedon, että kantaja oli kuollut 9.12.2017. Kantajan aviopuoliso otti ajaakseen kantajan vaatimuksen hänen oikeudellisenä seuraajanaan pääasian oikeudenkäynnissä.<sup>6</sup>

15. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan *panos väestönkasvuun* pätee yhtä lailla naisiin kuin miehiinkin, koska sekä lisääntyminen että vastuu lasten hoidosta, huolenpidosta, elatuksesta ja koulutuksesta voi olla jokaisella, jolla on vanhemman asema, sukupuolesta riippumatta. Lisäksi työuran keskeytyminen lasten syntymän tai adoption vuoksi tai biologisten lasten tai adoptiolasten hoitoa varten voi aiheuttaa samalla tavoin haittaa sekä miehille että naisille. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että tästä näkökulmasta tarkasteltuna LGSS:n 60 §:n 1 momentissa säädetyllä äitiyden perusteella maksettavalla lisällä vahvistettaisiin perusteeton ero naisten hyväksi, niiden miesten vahingoksi, jotka ovat vastaavassa tilanteessa.

16. Se kuitenkin myöntää, että *biologisesta* näkökulmasta tarkasteltuna sukupuolten välillä on olemassa kiistaton ero, koska naisilla lisääntymiseen liittyy huomattavasti suurempi henkilökohtainen rasite kuin miehillä. Naisten on kestettävä raskausaika ja synnytys, joihin liittyy ilmeisiä biologisia ja fysiologisia rasitteita ja joista aiheutuu naisille fyysisten rasitusten lisäksi haittaa myös työelämässä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan biologisesta näkökulmasta tarkasteltuna LGSS:n 60 §:n 1 momentissa säädetty äitiyden perusteella maksettava lisä on perustellusti naisten hyväksi säädetty lisä eläkkeeseen. Yksikään mies ei näet ole vastaavassa tilanteessa. Miespuolisen työntekijän tilanne ei ole rinnastettavissa naispuolisen työntekijän tilanteeseen, jossa hänelle aiheutuu ammatillista haittaa työuran keskeytymisestä raskauden ja lapsen syntymän vuoksi. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kuitenkin epävarma unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja erityisesti tuomion Griesmar<sup>7</sup> vaikutuksista käsiteltävään asiaan.

17. Tässä tilanteessa Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona lykkäsi asian käsittelyä ja esitti unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko kansallinen lainsäädäntö (konkreettisesti [LGSS:n] 60 §:n 1 momentti) [SEUT] 157 artiklassa ja miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9.2.1976 annetussa neuvoston direktiivissä 76/207/ETY ja sen muuttamisesta 23.9.2002 annetussa direktiivissä 2002/73/EY, jotka on uudelleenlaadittu miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa 5.7.2006 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2006/54/EY, tunnustetun kaiken sukupuoleen perustuvan syrjinnän kieltävän tasa-arvoisen kohtelun periaatteen vastainen, kun siinä annetaan sosiaaliturvaa edistävistä panoksesta väestönkasvuun oikeus eläkkeeseen myönnettävään lisään naisille, jotka ovat saaneet biologisia tai adoptoituja lapsia ja jotka saavat mistä tahansa maksuperusteisesta sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvasta järjestelmästä vanhuuseläkettä, leskeneläkettä tai eläkettä pysyvän työkyvyttömyyden perusteella, mutta tätä oikeutta ei sitä vastoin anneta miehille, jotka ovat samassa tilanteessa?”

18. Kantaja, INSS ja Euroopan komissio esittivät kirjallisia huomautuksia. Kyseiset osapuolet, samoin kuin Espanjan hallitus, joka myös vastasi unionin tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin, esittivät suulliset lausumansa 13.6.2019 pidetyssä istunnossa.

6 Tähän ratkaisuehdotukseen sisältyviä viittauksia kantajaan olisi tulkittava vastaavasti.

7 Tuomio 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

## IV Asian tarkastelu

19. Tämän ratkaisuehdotuksen rakenne on seuraavanlainen. Aluksi yksilöin sen asian kannalta merkityksellisen unionin oikeuden välineen, jota voidaan soveltaa käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaan etuuteen (A). Sen jälkeen tulkitsen asian kannalta merkityksellisiä säännöksiä, joita sovelletaan käsiteltävään asiaan ja jotka sisältyvät direktiiviin 79/7 (B). Koska katson, että kyseistä direktiiviä on tulkittava siten, että se on esteenä käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaiselle toimenpiteelle, tutkin lopuksi, voisiko kansallinen säännös kuitenkin kuulua SEUT 157 artiklan 4 kohdassa määrätyn, yleisen ”positiivista syrjintää” koskevan poikkeuksen piiriin (C).

### *A Sovellettava unionin oikeuden väline*

20. Ennakkoratkaisupyynnössä tiedustellaan LGSS:n 60 §:n 1 momentin yhteensopivuutta tasa-arvoisen kohtelun periaatteen kanssa, sellaisena kuin se vahvistetaan SEUT 157 artiklassa ja miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa annetussa direktiivissä 2006/54/EY.<sup>8</sup>

21. Kantaja on samaa mieltä ennakkoratkaisupyynnössä yksilöidyistä asiaa koskevista unionin oikeussäännöistä. Sitä vastoin INSS, Espanjan hallitus ja komissio ovat eri mieltä ennakkoratkaisupyynnössä esitetystä näkemyksestä ja väittävät, että käsiteltävään asiaan sovellettava unionin oikeuden väline on direktiivi 79/7. Kantaja väittää toissijaisesti, että viimeksi mainittua direktiiviä voidaan joka tapauksessa soveltaa.

22. Olen samaa mieltä siitä, että sovellettava unionin oikeuden väline on direktiivi 79/7.

23. Unionin tuomioistuinta sitovat tietysti asian tosiseikat, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne todennut, samoin kuin kysymysten ulottuvuus ja asian yleinen kehys, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin on ne määritellyt ennakkoratkaisupyynnössä. Tämä ei kuitenkaan päde sovellettavaan unionin oikeuteen. Unionin tuomioistuimella on oikeus tulkita kaikkia asian kannalta merkityksellisiä unionin oikeuden säännöksiä, joita kansalliset tuomioistuimet tarvitsevat ratkaistessaan niiden käsiteltäväksi saatettuja asioita, vaikka näitä säännöksiä ei olisi nimenomaisesti mainittu unionin tuomioistuimelle esitetyissä kysymyksissä.<sup>9</sup> Iura (Europaea) novit Curia (Europaea).

24. Unionin oikeudessa erotetaan ammatilliset lisäeläkejärjestelmät, jotka kuuluvat SEUT 157 artiklan 1 ja 2 kohtaan sisältyvään palkan käsitteeseen,<sup>10</sup> ja sosiaaliturvan mukaiset lakisääteiset eläkejärjestelmät, jotka eivät kuulu mainittuun käsitteeseen.<sup>11</sup>

25. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on johdonmukaisesti vahvistettu, että SEUT 157 artiklaan sisältyvään palkan käsitteeseen ei voida sisällyttää sellaisia ”vanhuuseläkkeiden kaltaisia sosiaaliturvajärjestelmiä tai -etuuksia, joista säädetään välittömästi laissa eli jotka eivät edellytä minkäänlaisia neuvotteluja yrityksen tai kyseisen ammattialan sisällä sekä joiden soveltaminen yleisesti määriteltyihin työntekijäryhmiin on pakollista”. Tämä johtuu siitä, että ”tällaisissa järjestelmissä – – työntekijöille myönnetään etuuksia sellaisen lakisääteisen järjestelmän mukaisesti, jonka rahoitukseen työntekijät, työnantajat ja mahdollisesti myös julkinen valta osallistuvat suhteessa, joka ei määräydy niinkään työnantajan ja työntekijän välisen työsuhteen vaan sosiaalipoliittisten syiden mukaan”.<sup>12</sup>

8 5.7.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (uudelleenlaadittu toisinto) (EUVL 2006, L 204, s. 23).

9 Ks. vastaavasti esim. tuomio 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, 40 ja 41 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

10 Ks. esim. tuomio 17.5.1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, 25–28 kohta).

11 Ks. esim. tuomio 25.5.1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, 7 ja 8 kohta).

12 Ks. esim. tuomio 25.5.1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, 7 ja 8 kohta).

26. Kantaja väitti istunnossa, että käsiteltävä asia koskee maksuperusteista eläkettä, joka määräytyy aiemman työskentelyn perusteella. Korkeampi palkka oikeuttaa suurempaan eläkkeeseen. Tästä syystä kyseessä olevaa etuutta olisi hänen mukaansa pidettävä SEUT 157 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna palkkana.

27. Kuten kantaja väittää, on niin, että oikeuskäytännössä on yksilöity *työtä koskeva arviointiperuste* ratkaisevaksi tekijäksi sen kannalta, kuuluuko eläkejärjestelmä palkan käsitteeseen.<sup>13</sup> On kuitenkin niin, että se, että eläkejärjestelmä rahoitetaan maksuilla, joiden laskenta määräytyy palkan perusteella, tekee tuskin kyseisestä eläkejärjestelmästä automaattisesti sellaista, joka kuuluu palkan käsitteeseen. Unionin tuomioistuimen kehittämä testi käsittää kokonaisvaltaisen arvioinnin, joka ei perustu yhteen ainoaan arviointiperusteeseen, kuten etuuden maksuperusteiseen luonteeseen.<sup>14</sup> Vaikka sosiaaliturvaetuudet voivat koskea palkan käsitettä ja liittyä työhön maksujen kautta, etuuksien, joista säädetään laissa, jotka eivät edellytä minkäänlaisia neuvotteluja yrityksen tai kyseisen ammattialan sisällä ja joita sovelletaan yleisesti määritelyihin työntekijäryhmiin, on katsottu jäävän palkan käsitteen ulkopuolelle.<sup>15</sup>

28. Unionin tuomioistuimella on jo ollut tilaisuus tarkastella Espanjan yleisen sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvia erilaisia etuuksia. Se on johdonmukaisesti todennut, että maksuperusteiset etuudet, kuten vanhuuseläkkeet ja työttömyysetuudet, samoin kuin pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettava eläke, johon kyseessä olevaa lisää sovelletaan, eivät kuulu palkan käsitteen piiriin vaan direktiivin 79/7 mukaiseen kehukseen.<sup>16</sup>

29. Tästä lähestymistavasta ei nähdäkseni ole syytä poiketa käsiteltävässä asiassa. On jokseenkin selvää, että kyseessä oleva etuus kuuluu lakisääteiseen sosiaaliturvajärjestelmään – jolloin se ei edellytä minkäänlaisia neuvotteluja – ja että sitä sovelletaan yleisesti määritelyihin työntekijäryhmiin eikä yhteen tiettyyn työntekijäryhmään.

30. Direktiivi 2006/54 noudattaa SEUT 157 artiklan 2 kohtaa koskevassa oikeuskäytännössä palkan käsitteen osalta tehtyä samaa erottelua. Direktiivin soveltamisala rajoittuu nimenomaisesti ”ammattillisiin sosiaaliturvajärjestelmiin”, jotka määritellään siten, etteivät ne käsitä lakisääteisiä sosiaaliturvajärjestelmiä.<sup>17</sup>

31. Näin ollen kyseessä oleva etuus ei kuulu SEUT 157 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun palkan käsitteeseen. Se ei siten myöskään kuulu direktiivin 2006/54 soveltamisalaan.

13 Ks. esim. tuomio 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, 43 kohta) tai tuomio 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, 28 kohta).

14 Etuuden maksuperusteisesta luonteesta ja etuuden luonnehtimisesta palkaksi ks. julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, 34–38 kohta).

15 Ks. vastaavasti esim. tuomio 25.5.1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, 7 ja 8 kohta) tai tuomio 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, 24 kohta).

16 Maksuperusteisista vanhuuseläkkeistä, joihin käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaa lisää myös sovelletaan, ks. esim. tuomio 22.11.2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, 26 kohta) ja tuomio 8.5.2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, 56 kohta). Työttömyysetuksista ks. tuomio 9.11.2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, 33 ja 34 kohta). Pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavasta eläkkeestä ks. tuomio 16.7.2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, 63 kohta) ja tuomio 14.4.2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, 26 ja 34 kohta).

17 Ks. johdanto-osan 13 ja 14 perustelukappale. Direktiiviä 2006/54 sovelletaan sen 1 artiklan c alakohdan mukaan ”ammattillisiin sosiaaliturvajärjestelmiin”, joita ovat 2 artiklan 1 kohdan f alakohdan määritelmän mukaan nimenomaisesti ”järjestelmät, joita – – [direktiivin 79/7] ei koske – –”.



32. Käsiteltävään asiaan sovellettava unionin oikeuden väline on näin ollen direktiivi 79/7. Kyseessä oleva etuus täydentää sosiaaliturvaan kuuluvaa, pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavaa eläkettä, joka on osa lakisääteistä järjestelmää, joka antaa turvaa jonkin kyseisen direktiivin 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa määritellyn tapauksen varalta. Kuten eläke itsekin, lisä liittyy suoraan ja tosiasiallisesti työkyvyttömyyden varalta annettavaan turvaan. Se liittyy erottamattomasti kyseisen riskin toteutumiseen, ja sillä pyritään varmistamaan, että etuudensaajia suojataan asianmukaisesti työkyvyttömyydeltä<sup>18</sup> kaventamalla sukupuolten välistä kuilua.<sup>19</sup>

33. Kaikkien näiden näkökohtien perusteella katson, että ennakkoratkaisukysymys on tarpeen muotoilla uudelleen siten, että siinä viitataan direktiiviin 79/7.

### ***B Onko direktiivi 79/7 esteenä kyseessä olevan kaltaiselle toimenpiteelle?***

34. Sen arviointi, onko kyseessä oleva kansallinen säännös yhteensopiva direktiivin 79/7 kanssa, on kolmivaiheinen. Ensinnäkin, ovatko naiset ja miehet toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa kyseessä olevan kansallisen säännöksen soveltamisen kannalta (1)? Toiseksi, merkitseekö kyseessä oleva kansallinen säännös direktiivin 79/7 4 artiklan 1 kohdan mukaista syrjintää (2)? Kolmanneksi, jos näin on, voisiko LGSS:n 60 §:n 1 momentti kuulua jonkin kyseisen direktiivin 7 artikkelissa säädetyn poikkeuksen piiriin (3)?

#### ***1. Rinnastettavuus***

35. Syrjintää on erilaisten sääntöjen soveltaminen toisiinsa rinnastettavissa tapauksissa tai saman säännön soveltaminen erilaisissa tapauksissa.<sup>20</sup> Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan vertailukelpoisuutta ei ole tutkittava yleisluonteisesti ja abstraktisti vaan erityisellä tavalla *kyseessä olevan etuuden kannalta*. Siten on otettava asianmukaisesti huomioon kyseessä olevan kansallisen toimenpiteen tai etuuden tavoitteet.<sup>21</sup> Laissa mainitut tavoitteet ovat näin ollen erityisen merkityksellisiä, kun varmistetaan nais- ja miespuolisten työntekijöiden tilanteiden rinnastettavuutta.

36. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä samoin kuin johdetussa oikeudessa on yksilöity tilanteita, joissa nais- ja miespuoliset työntekijät eivät yksinkertaisesti ole toisiinsa rinnastettavissa naisten biologisen tilan takia, jonka ymmärretään käsittävän raskauden, synnytyksen ja synnytystä välittömästi seuraavan ajanjakson.

37. Yhtäältä *äitiyslomaa* koskevasta tilanteesta unionin tuomioistuin on katsonut, että äitiyslomalla olevat naiset ovat ”erityistilanteessa, jossa heille on annettava erityissuojelua mutta jota ei voida rinnastaa sellaisen miehen tai naisen tilanteeseen, joka tosiasiallisesti käy työssä”.<sup>22</sup> Unionin tuomioistuin on johdonmukaisesti todennut, että ”miespuolinen työntekijä ja naispuolinen työntekijä eivät ole toisiinsa verrattavassa tilanteessa, jos ainoastaan naispuolisille työntekijöille myönnetyn etuuden tarkoituksena on kompensoida ammatillisia epäkohtia, joita näille työntekijöille aiheutuu työstä etääntymisen vuoksi, mikä on ominaista äitiyslomalle”.<sup>23</sup>

18 Ks. vastaavasti eläkkeiden tarkistusta koskevista järjestelmistä tuomio 20.10.2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, 42 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

19 Ks. toimenpiteen tavoitteista tämän ratkaisuehdotuksen B jakson 1 kohdan b alakohta.

20 Ks. esim. tuomio 14.7.2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

21 Ks. vastaavasti esim. tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 33 kohta) ja tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, 25 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. lähemmin rinnastettavuuden arvioinnista ratkaisuehdotukseni Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, 64–79 kohta).

22 Ks. esim. tuomio 13.2.1996, Gillespie ym. (C-342/93, EU:C:1996:46, 17 kohta) ja tuomio 14.7.2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, 39 kohta).

23 Tuomio 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, 41 kohta). Ks. myös tuomio 16.9.1999, Abdoulaye ym. (C-218/98, EU:C:1999:424, 18, 20 ja 22 kohta).

38. Toisaalta unionin tuomioistuin on katsonut, että työssä käyvät äidit ja isät ovat toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa monien muiden *vanhemmuuteen ja lastenhoitoon* liittyvien seikkojen osalta. Naiset ja miehet ovat toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa vanhemman roolissa toimimisen ja lasten kasvatuksen osalta.<sup>24</sup> Naiset ja miehet ovat siten toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa esimerkiksi, kun kyse on mahdollisesta tarpeesta lyhentää päivittäistä työaikaa lapsesta huolehtimista varten<sup>25</sup> tai tarpeesta saada päivähoitopaikka sen vuoksi, että he tekevät työtä.<sup>26</sup>

39. Näin ollen käsiteltävässä asiassa on olennaista määrittää, liittyvätkö kyseessä olevat kansalliset säännöt raskautta, synnytystä ja äitiyttä koskeviin naisten biologisiin erityispiirteisiin (a). Ellei näin ole, on ratkaisevaa yksilöidä kyseessä olevan toimenpiteen objektiiviset tavoitteet sen määrittämiseksi, ovatko nais- ja miespuoliset työntekijät toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa tältä osin (b).

*a) Direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdan mukaista suojelua äitiyden perusteella koskeva toimenpide?*

40. Direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdassa säädetään, että ”tasa-arvoisen kohtelun periaate ei rajoita naisten suojelua *äitiyden perusteella* koskevien säännösten soveltamista”. Saman direktiivin johdanto-osan kolmannen perustelukappaleen mukaan ”tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttaminen sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä ei estä soveltamasta naisten suojelua äitiyden perusteella koskevia säännöksiä” ja ”tästä jäsenvaltiot voivat antaa naisia koskevia erityissäännöksiä eriarvoisen kohtelun poistamiseksi”.

41. Voidaan katsoa, että kyseisessä säännöksessä tunnustetaan se, etteivät naiset ja miehet ole toisiinsa rinnastettavissa biologisen tilansa osalta edellä tämän ratkaisuehdotuksen 37 kohdassa korostetun oikeuskäytännön mukaisesti.

42. Voidaanko kyseessä olevaa toimenpidettä pitää direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna ”naisten suojelua äitiyden perusteella” koskevana säännöksenä?

43. Espanjan hallitus ja INSS väittävät, että LGSS:n 60 §:n 1 momentti kuuluu direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan. INSS:n mukaan toimenpide liittyy kiinteästi äitiyteen, koska sen soveltamisalaan kuuluvat naiset ovat äitejä: ilman äitiyttä tilannetta, joka kansallisella säännöksellä on tarkoitus korjata, ei ylipäättään synny. Espanjan hallitus väitti istunnossa, että direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohta on ymmärrettävä siten, että siinä sallitaan positiivisen syrjinnän toimenpiteet äitiyteen liittyvistä syistä, ja että sitä on tulkittava laajasti SEUT 157 artiklan 4 kohdan ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 23 artiklan valossa.

44. Kantaja ja komissio sitä vastoin katsovat, ettei kyseessä oleva toimenpide voi kuulua direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan. Kyseiset osapuolet puolustavat mainitun säännöksen suppeaa tulkintaa siinä mielessä, että se kattaa ainoastaan naisten biologiseen tilaan liittyvät näkökohdat. Tämä koskisi erityisesti äitiysloman käsittämää ajanjaksoa.

<sup>24</sup> Ks. esim. tuomio 25.10.1988, komissio v. Ranska (312/86, EU:C:1988:485, 14 kohta); tuomio 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, 56 kohta); tuomio 26.3.2009, komissio v. Kreikka (C-559/07, ei julkaistu, EU:C:2009:198, 69 kohta) ja tuomio 16.7.2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, 47 kohta).

<sup>25</sup> Tuomio 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, 24 kohta).

<sup>26</sup> Tuomio 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, 30 kohta).



45. Ilmaisua ”äitiyden perusteella” ei määritellä direktiivissä 79/7. Unionin tuomioistuin ei tietääkseni ole tähän mennessä tulkinnut direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohtaa. Se on kuitenkin tulkinnut useaan otteeseen samankaltaisia säännöksiä direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 3 kohdan yhteydessä,<sup>27</sup> jossa hyvin samaan tapaan kuin direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdassa säädettiin, että direktiivin ”estämättä saadaan soveltaa säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella”.

46. Direktiivin 76/207 2 artiklan 3 kohdan yhteydessä unionin tuomioistuin on katsonut, että äitiyttä (maternity) koskevaa poikkeusta on tulkittava suppeasti.<sup>28</sup> Unionin tuomioistuin on johdonmukaisesti yhdistänyt kyseisen poikkeuksen soveltamisen naisten biologiseen tilaan ja naisen ja hänen lapsensa väliseen erityiseen suhteeseen. Mainitun säännöksen soveltamisalaan on katsottu kuuluvan näin ollen ainoastaan toimenpiteet, jotka liittyvät naisten suojeluun raskauden, synnytyksen ja äitiysloman aikana.<sup>29</sup> Käänteisesti toimenpiteiden, jotka eivät tarkasti ottaen liity naisten suojeluun näissä tilanteissa, on katsottu jäävän äitiyttä koskevan poikkeuksen soveltamisalan ulkopuolelle.<sup>30</sup>

47. Unionin tuomioistuin on myös omaksunut tämän tiukan lähestymistavan äitiyden käsitteeseen sen määrittämiseksi, ovatko nais- ja miespuolisten työntekijöiden tilanteet rinnastettavissa toisiinsa SEUT 157 artiklaan sisältyvän samapalkkaisuuden periaatteen soveltamiseksi ammatillisten lisäläkkeiden alalla. Tuomiossa Griesmar unionin tuomioistuin totesi, että toimenpide voitiin hyväksyä, jos sen tarkoituksena oli ”kompensoida ammatillisia epäkohtia, joita naispuolisille työntekijöille aiheutuu työstä etäännyttämisen vuoksi lapsen syntymän jälkeisenä aikana, jolloin miespuolinen työntekijä ja naispuolinen työntekijä eivät ole toisiinsa verrattavassa tilanteessa”.<sup>31</sup> Unionin tuomioistuin kuitenkin kieltäytyi nimenomaisesti katsomasta, että naisten virkauralle aiheutuvat haitat, jotka johtuvat siitä, että heillä on ensisijainen merkitys lasten kasvatuksessa, liittyvät ”äitiyslomaan” tai mihinkään sellaiseen haittaan, joka aiheutuu työstä etäännyttämisen vuoksi synnytystä seuraavana aikana.<sup>32</sup> Tämä johtui osittain siitä, että kyseessä ollut hyvitys myönnettiin myös adoptiolapsista, ilman että edellytyksenä olisi, että äidille olisi myönnetty adoptiolapsen perusteella vanhempainloma.<sup>33</sup>

48. Siten äitiyden käsite, sellaisena kuin unionin tuomioistuin on sitä tulkinnut, liittyy siihen erityiseen biologiseen todellisuuteen, jonka vuoksi naiset ja miehet eivät ole toisiinsa rinnastettavissa: raskauteen, synnytykseen ja äitiyslomaan. Tämän erityisen suojelun kohde rajataan näin paitsi aineellisesti myös – loogisesti – ajallisesti, koska äitiyttä koskevan poikkeuksen ei voida katsoa käsittävän mitään myöhempää tapahtumaa (tapahtumia) tai tilannetta (tilanteita) pelkästään siksi, että kyseessä on äiti. *Äitiys* (maternity) on siten ymmärrettävä suppeasti. Sitä ei voida rinnastaa *äitiyden* (motherhood) tai *vanhemmuuden* laajempaan käsitteeseen.

27 Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9.2.1976 annetun neuvoston direktiivin (EYVL 1976, L 39, s. 40), jota on muutettu 23.9.2002 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2002/73/EY (EYVL 2002, L 269, s. 15), 2 artiklan 7 kohta, sellaisena kuin se on muutettuna. Direktiivin 2006/54 28 artikla on korvannut kyseisen artiklan.

28 Ks. esim. tuomio 15.5.1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, 44 kohta).

29 Ks. esim. äitiyslomasta tuomio 18.11.2004, Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, 33 kohta); äitiysloman lisäajaksosta tuomio 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, 25 ja 26 kohta) ja erityisjärjestelyistä, jotka koskevat palkattuna työntekijänä työskentelevän äidin tai isän mahdollisuutta käyttää oikeutta lomaan lapsen syntymän johdosta, tuomio 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, 61–65 kohta).

30 Ks. esim. tuomio 25.10.1988, komissio v. Ranska (312/86, EU:C:1988:485, 13 ja 14 kohta), joka koskee useita ”naisille myönnettäviä erityisoikeuksia”, joilla suojellaan naisia iäkkäämpinä työntekijöinä tai vanhempina, ja tuomio 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, 26–31 kohta), joka koskee vapaata, jota kutsuttiin ”imetysvapaaksi” mutta joka ei itse asiassa liittynyt imetykseen sinänsä ja jonka voitiin katsoa olevan tarkoitettu lapsen hoitamiseen. Ks. myös vastaavasti tuomio 16.7.2015, Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, 51 kohta) vanhempainvapaasta.

31 Tuomio 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, 46 kohta).

32 Ibid., 51 kohta.

33 Ibid., 52 kohta.

49. INSS ja Espanjan hallitus ehdottavat, että tästä lähestymistavasta poiketaan direktiivin 79/7 yhteydessä ja että äitiys (maternity) ymmärretään laajemmin siinä merkityksessä kuin sitä käytetään käsitteen ”motherhood” merkityksessä. Tiedusteltaessa istunnossa syitä tällaisen laajan tulkinnan ehdottamiseen Espanjan hallitus väitti, että direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohtaa olisi tulkittava SEUT 157 artiklan 4 kohdan ja perusoikeuskirjan 23 artiklan valossa siten, että se mahdollistaa positiivisen syrjinnän toimenpiteet, jotka koskevat äitiyttä (motherhood) laajassa merkityksessä.

50. En pidä tätä väitettä vakuuttavana. Kuten jäljempänä<sup>34</sup> yksityiskohtaisesti selitän, mahdollinen oikeusperusta positiivisille erityistoimenpiteille käsiteltävän asian yhteydessä voisi kenties löytyä direktiivin 79/7 ulkopuolelta SEUT 157 artiklan 4 kohdasta. Tältä osin riittää, kun todetaan, että toimenpiteet, jotka mahdollistavat naisten ja miesten erilaisen kohtelun ja jotka ovat direktiivin 79/7 soveltamisalaan kuuluvia suojatoimenpiteitä äitiyden perusteella, perustuvat erilaiseen lähtökohtaan ja logiikkaan kuin SEUT 157 artiklan 4 kohtaan sisältyvät positiivisia erityistoimenpiteitä koskevat yleiset säännöt. Ehdotus, jonka mukaan myöhemmin annettujen, positiivisia erityistoimenpiteitä koskevien yleisten säännösten olisi sallittava tulkinnallisesti vääristää rinnastettavuuden ymmärtämistä vanhemmassa, alakohtaisessa erityislainsäädännössä, mikä tosiasiallisesti tekisi yhden sen keskeisistä säännöksistä hampaattomaksi, ei mielestäni ole hyvä lähtökohta lain tulkintaan.

51. Lyhyesti sanottuna en näe hyvää syytä antaa käsitteelle ”äitiyden perusteella” erilaista ja laajempaa merkitystä direktiivin 79/7 yhteydessä. Pikemminkin päinvastoin, kuten komissio perustellusti varoittaa: äitiyttä koskevan poikkeuksen ymmärtäminen laajasti mahdollistaisi erilaisen kohtelun tilanteissa, joissa työssä olevat äidit ja isät ovat toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa, ja siten tekisi tyhjäksi direktiivin tarkoituksen.

52. Tämän käsitteen ”äitiyden perusteella” verrattain suppean tulkinnan, jonka on nähdäkseni pädeittävä myös direktiivin 79/7 yhteydessä, perusteella en näe, miten kyseessä olevan toimenpiteen voitaisiin katsoa kuuluvan mainitun direktiivin 4 artiklan 2 kohtaan sisältyvän poikkeuksen piiriin.

53. Kyseessä olevan toimenpiteen erityispiirteiden pintapuolinen tarkastelu vahvistaa tämän päätelmän. LGSS:n 60 §:n 1 momentissa säädetty äitiyden perusteella maksettava lisä ei liity mihinkään raskauden, synnytyksen ja äitiysloman muodostavista erityistilanteista. Se ei itse asiassa edellytä mitään näistä tilanteista ehtona kyseisestä lisästä hyötymiselle.

54. Ensinnäkin, kuten kantaja huomauttaa, kaikki naispuoliset työntekijät, joilla on oikeus äitiyden perusteella maksettavaan lisään, eivät ole välttämättä olleet äitiyslomalla. Koska kansallisen lainsäädännön mukaan adoptiovapaalle voivat jäädä yhtä lailla naiset ja miehet,<sup>35</sup> voi hyvinkin olla, että nainen on oikeutettu äitiyden perusteella maksettavaan lisään, vaikka hän ei ole ollut tällaisella vapaalla tai sen enempää raskaana kuin synnyttänytkään. Toiseksi, kun lapsella on kaksi äitiä,<sup>36</sup> molemmat äidit ovat oikeutettuja äitiyden perusteella maksettavaan lisään, mutta vain toinen heistä on tosiasiallisesti ollut äitiyslomalla. Kyseessä olevaan toimenpiteeseen ei sisälly edellytystä, jonka mukaan naisten on täytynyt lopettaa työskentely saadessaan lapsen, joten yhteys äitiyslomaan puuttuisi myös esimerkiksi tilanteissa, joissa nainen synnytti ennen työllistymistään. Kolmanneksi se, että toimenpidettä ei sovelleta yhden lapsen äiteihin, vahvistaa, ettei se liity äitiyden suojeluun.

55. Siten kaiken kaikkiaan toimenpide sulkee liiaksi pois tilanteita, jotka liittyvät selkeästi ja objektiivisesti äitiyteen, samalla kun se käsittää liiaksi tilanteita, jotka eivät liity siihen. Näin laadittu lainsäädäntö voi tuskin sopia direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdassa määritettyihin rajoihin.

<sup>34</sup> Ks. jäljempänä C jakso, 93 ja 96–98 kohta.

<sup>35</sup> Työntekijöiden asemasta annetun lain (Ley del Estatuto de los Trabajadores) 48 §:n 5 momentin mukaan, sellaisena kuin se on muutettuna 23.10.2015 annetulla asetuksella 2/2015 (Real decreto legislativo 2/2015; BOE nro 255, 24.10.2015).

<sup>36</sup> Kantaja selittää, että tämä on mahdollista siviilirekisteristä 21.7.2011 annetun lain 20/2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; BOE nro 175, 22.7.2011) 44 §:n 5 momentin mukaan.

56. Vaikuttaa myös siltä, että sekä INSS että Espanjan hallitus lopulta myönsivät, että LGSS:n 60 §:n 1 momentin nimenomainen tavoite on paljon laajempi kuin tavoite suojella naisia äitiyden perusteella edellä esitetystä (suppeassa) merkityksessä.

57. Kaikki nämä näkökohdat vahvistavat, että LGSS:n 60 §:n 1 momenttiin ei sisälly sellaista osatekijää, jolla luotaisiin yhteys lisän ja direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun äitiyden käsitteeseen liittyvien ammatillisten haittojen välille.

*b) Mitkä ovat kyseessä olevan toimenpiteen tavoitteet?*

58. LGSS:n 60 §:n 1 momentin mukaan äitiyden perusteella maksettava lisä otettiin käyttöön sosiaaliturvaa edistävänä ”panoksena väestönkasvuun”. Kuten komissio huomauttaa, lain, jolla toimenpide otettiin käyttöön, johdanto-osaan ei sisälly sen lisäksi muita täsmällisempiä perusteluja.<sup>37</sup>

59. Jos keskitytään LGSS:n 60 §:n 1 momentin julkituutuun tavoitteeseen itsessään, olisi vaikea nähdä, miten naiset ja miehet eivät ole toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa, kun kyse on heidän sosiaaliturvaa edistävästä ”panoksesta väestönkasvuun”, koska lisääntymiseen tarvitaan edelleen sekä mies että nainen.<sup>38</sup>

60. Kuten lainsäädäntöhistoriasta ja komission, INSS:n ja Espanjan hallituksen esittämästä poliittisen taustan kuvauksesta kuitenkin ilmenee, kyseessä olevan toimenpiteen innoittajana toimi paljon laajempi tavoite, johon sillä myös pyritään.

61. Komission väitteistä samoin kuin Espanjan hallituksen unionin tuomioistuimen kysymykseen antamasta kirjallisesta vastauksesta ilmenee, että kyseessä olevan toimenpiteen perustana olevassa parlamentin tekemässä tarkistuksessa tuotiin esille tarve tunnustaa eläkkeiden sukupuoliluottuvuus ja poistaa *sukupuolten välinen eläkekuilu tai ainakin kaventaa sitä*.<sup>39</sup> Tämä johtuu siitä, että naiset jäävät miehiä useammin pois työstä hoitaakseen lapsia, mikä vaikuttaa suoraan heidän tuloihinsa ja eläkkeisiinsä, mikä johtaa eräänlaiseen ”kaksinkertaiseen rangaistukseen”.<sup>40</sup> Toimenpiteellä pyritään näin ollen ottamaan käyttöön käsite ”panos väestönkasvuun”, jotta tunnustetaan naisten ponnistelut lasten hoidossa ja kasvatuksessa ammatillisen toimintansa kustannuksella.<sup>41</sup> Myös Espanjan perustuslakituomioistuin piti tätä toimenpiteen perustana olevana tavoitteena: tavoite on antaa hyvitys äideille, jotka huolimatta aikomuksestaan pysyä työelämässä pitempään ovat omistautuneet lasten hoitamiseen sillä seurauksella, että he eivät ole voineet maksaa eläkemaksuja yhtä pitkään kuin muut työntekijät.<sup>42</sup>

62. INSS esitti lisäksi tilastonäyttöä, joka osoittaa, että sosiaaliturvamaksut liittyvät suoraan sukupuoleen ja lasten määrään. Sukupuolten välinen eläkekuilu vaikuttaa tämän näytön perusteella enemmän naisiin, joilla on vähintään kaksi lasta.

37 Vuoden 2016 valtion yleisestä talousarviosta 29.10.2015 annettu laki 48/2015 (Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016; BOE nro 260, 10.10.2015).

38 Vaikkakin mahdollisuus aktivoida varhaismunasoluja partenogeneesiin avulla siten, että ihmisen kehitysprosessi käynnistyy hedelmöittymättömässä munasolussa, saattaa aiheuttaa jonkinlaista epäröintiä (ks. tuomio 18.10.2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, 36 kohta, mutta myös tuomio 18.12.2014, International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, 38 kohta), vaikuttaa siltä, että unionin oikeudessa hedelmöitykseen tarvitaan edelleen molempia sukupuolia.

39 Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados (1.9.2015, A-sarja, nro 163-4, s. 2812–2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015–2017 (perheiden tukemista koskeva kokonaissuunnitelma vuosiksi 2015–2017), jonka ministerineuvosto hyväksyi 14.5.2015 (saatavilla internetosoitteessa [www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf](http://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf)).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (raportti maksuperusteisiin eläkkeisiin äitiyden perusteella maksettavasta lisästä), jonka Espanjan hallitus lähetti kesäkuussa 2015 Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledoille (Toledon sopimukseen sisältyvien sopimusten arviointi- ja seurantakomitea).

42 Tribunal Constitucionalin (perustuslakituomioistuin, Espanja) 16.10.2018 antama määräys nro 3307-2018, ES:TC:2018:114A, 3b kohta.

63. Juuri edellä mainituista osatekijöistä voidaan tehdä ensimmäinen alustava päätelmä. On selvää, että kyseessä olevalla toimenpiteellä *ei* tosiasiaassa pyritä suojelemaan naisia, jotka kantavat vastuun lastenhoidosta. LGSS:n 60 §:n 1 momenttiin ei nimittäin sisälly edellytystä, joka liittäisi kyseessä olevan etuuden varsinaiseen lastenhoitoon. Siinä ei edellytetä vapaan, työskentelyn keskeytymisen tai ainakin jonkinlaisen työajan supistumisen osoittamista. Vaikka tämä olisikin toimenpiteen tavoite, siitä ei olisi juurikaan hyötyä, koska unionin tuomioistuin on johdonmukaisesti katsonut, että isät ja äidit ovat toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa lastenhoidon osalta.<sup>43</sup>

64. Toinen alustava päätelmä on se, että kyseessä olevan toimenpiteen varsinaisena tavoitteena vaikuttaa olevan *sukupuolten välisen eläkekuilun kaventaminen* niiden yleisten tilastotietojen perusteella, jotka osoittavat, että vähintään kahden lapsen äidit ovat erityisen epäedullisessa asemassa eläkeoikeuksiensa osalta.

65. Viimeksi mainitusta tavoitteesta herää välittömästi kysymys, onko tällainen rakenteellinen epätasa-arvoinen tilanne riittävä peruste sille, että naiset ja miehet eivät ole toisiinsa rinnastettavissa jossain tietyssä tilanteessa.

66. Mielestäni näin ei voi olla. On totta, että joissain tapauksissa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on otettu huomioon erot, jotka vaikuttavat eri henkilöryhmiin, näiden rinnastettavuuden torjumiseksi.<sup>44</sup> Unionin tuomioistuin on kuitenkin pitänyt rinnastettavana sellaisten eri ikäryhmiin kuuluvien henkilöiden tilannetta, joihin vaikuttivat työttömyyden kaltaiset rakenteelliset ongelmat.<sup>45</sup> Lisäksi unionin tuomioistuin on varoittanut tukeutumasta yleistyksiin ja tilastotietoihin juuri siksi, että tämä todennäköisesti johtaa naisten ja miesten syrjivään kohteluun toisiinsa nähden tietyssä tilanteessa.<sup>46</sup> Vankan tilastonäytön, joka osoittaa naisiin vaikuttavia rakenteellisia eroja, olemassaolo ei näet sulje pois sitä, että on tilanteita, joissa naiset ja miehet ovat toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa.

67. En näe mitään syytä olla noudattamatta samaa lähestymistapaa käsiteltävässä asiassa. Lisäksi väitteitä, jotka koskevat ryhmien erilaista tilannetta, edellyttäen että tällainen ero ei olisi niin merkittävä, ettei ryhmiä voida lainkaan rinnastaa toisiinsa, on arvioitava asianmukaisesti oikeuttamisperusteiden<sup>47</sup> tai, jos merkityksellistä, positiivisen erityistoimenpiteen arvioinnin yhteydessä. Positiivinen erityistoimenpide etenkin mahdollistaa poikkeamisen yksilön tasa-arvoa koskevasta lähestymistavasta ryhmän epäedullisen tilanteen huomioon ottamiseksi, jotta voidaan saavuttaa todellinen tasa-arvo.<sup>48</sup>

68. Näin ollen minun on katsottava, että eläkkeiden yleinen, rakenteellinen epätasa-arvo ei ole esteenä sille, että nais- ja miespuoliset työntekijät, jotka ovat vähintään kahden lapsen vanhempia, ovat toisiinsa rinnastettavassa tilanteessa, kun kyse on kyseessä olevasta etuudesta, nimittäin oikeudesta maksuperusteiseen työkyvyttömyyseläkkeeseen (siihen maksettavaan lisäksi).

43 Ks. edellä alaviitteissä 29 ja 30 mainittu oikeuskäytäntö.

44 Tuomio 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, 37–39 kohta).

45 Ks. tuomio 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, 26 ja 27 kohta).

46 Ks. vastaavasti tuomio 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, 38 kohta). Ks. myös melko samankaltaisista väitteistä kuin ne, joita Espanjan hallitus ja INSS ovat esittäneet käsiteltävässä asiassa, tuomio 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, 56 kohta).

47 Näiden ryhmien sisäisestä transitiivisuudesta ks. ratkaisuehdotukseni Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, 61 ja 62 kohta).

48 Ks. tässä yhteydessä julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, 8 kohta). Ks. tätä koskevasta ehdotuksestani jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen C jakso.

## 2. Syrjintä

69. Kyseessä olevan toimenpiteen luonteen vuoksi sen arvioiminen, onko LGSS:n 60 §:n 1 momentti syrjivä, käy pakostakin hyvin nopeasti. Kyseisessä säännöksessä varataan oikeus lisään yksinomaan naisille. Kyse on näin ollen sukupuoleen perustuvasta välittömästä syrjinnästä, joka vaikuttaa direktiivin 79/7 4 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin etuuksien laskentaperusteisiin.

70. Kuten komissio perustellusti huomauttaa, direktiivin 79/7 yhteydessä ei ole mahdollista perustella tällaista välitöntä syrjintää.<sup>49</sup> Poikkeaminen sukupuoleen perustuvan välittömän syrjinnän kiellostä on mahdollista vain direktiivin 79/7 säännöksissä tyhjentävästi luetelluissa tapauksissa.<sup>50</sup> Näin ollen on tutkittava, voisiko kyseessä oleva toimenpide kuulua direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan.

## 3. Direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohta

71. Sosiaaliturvan erityisen arkaluonteisen luonteen ja naisten ja miesten laajalle levinneen erilaisen kohtelun vuoksi direktiivistä 79/7 neuvoteltaessa sen 7 artiklan 1 kohdassa annettiin jäsenvaltioille oikeus jättää tietyt näkökohdat direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Direktiivillä 79/7 nimittäin pyrittiin ”vain” miesten ja naisten välisen tasa-arvoisen kohtelun periaatteen ”asteittaiseen” toteuttamiseen.<sup>51</sup> Direktiivin 7 artiklan 1 kohtaan sisältyvät poikkeukset eivät siten voi loogisesti liittyä järjestelmälliseen pyrkimykseen suojella naisia tai toteuttaa positiivisia erityistoimenpiteitä. Niillä pyritään pikemminkin säilyttämään tiettyjä sosiaaliturvajärjestelmien osatekijöitä, jotka olivat olemassa direktiivin antamisajankohtana.<sup>52</sup>

72. Seikkoina, jotka jäsenvaltiot voivat jättää direktiivin 79/7 soveltamisalan ulkopuolelle, sen 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa mainitaan ”lapsia kasvattaneille henkilöille myönnettäviä, vanhuuseläkejärjestelmään kuuluvia etuuksia” ja ”oikeutta etuuksiin jaksoilta, joiden aikana työnteko on ollut keskeytyneenä lasten kasvattamisen vuoksi”.

73. INSS ja Espanjan hallitus väittävät yleisesti, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva toimenpide kuuluu mainitun poikkeuksen piiriin.

74. Kantaja taas väittää, ettei 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan poikkeusta voida soveltaa. Kyseistä poikkeusta voidaan kantajan näkemyksen mukaan soveltaa ainoastaan vanhuuseläkkeisiin eikä kyseessä olevan kaltaisiin työkyvyttömyyseläkkeisiin.

75. En näe mitään estettä 7 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltamiselle pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavaan eläkkeeseen. Vaikka kyseisen säännöksen ensimmäisessä osassa viitataan ”vanhuuseläkkeeseen”, tämä ei päde sen toiseen osaan, jossa viitataan yleisesti oikeuteen etuuksiin jaksoilta, joiden aikana työnteko on ollut keskeytyneenä lasten kasvattamisen vuoksi. Unionin tuomioistuin on itse asiassa jo soveltanut 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaan sisältyvää poikkeusta Espanjassa pysyvän työkyvyttömyyden perusteella myönnettävien työkyvyttömyyseläkkeiden yhteydessä.<sup>53</sup>

49 Ks. analogisesti tuomio 18.11.2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, 41 kohta) ja tuomio 12.9.2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, 50 kohta).

50 Ks. vastaavasti tuomio 26.6.2018, MB (sukupuolenvaihdos ja vanhuuseläke) (C-451/16, EU:C:2018:492, 50 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

51 Ks. tuomio 11.7.1991, Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, 25 kohta) ja tuomio 16.7.2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, 60 kohta).

52 Kuten oikeuskäytännössä korostetaan, vaikka näitä tavoitteita ei mainita direktiivin 79/7 johdanto-osan perustelukappaleissa, ”direktiivin 7 artiklan 1 kohdassa ilmaistujen poikkeusten luonteesta voidaan päätellä, että yhteisön lainsäätäjä on tarkoittanut antaa jäsenvaltioille luvan pitää eläkkeiden osalta tilapäisesti voimassa naisille myönnetty edut, jotta jäsenvaltiot voivat tältä osin asteittain toteuttaa eläkejärjestelmien muutokset aiheuttamatta haittaa näiden järjestelmien monimutkaiselle taloudelliselle tasapainolle, jonka merkitystä se ei voinut sivuuttaa”. Ks. esim. tuomio 30.4.1998, De Vriendt ym. (C-377/96–C-384/96, EU:C:1998:183, 26 kohta) ja tuomio 27.4.2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, 35 kohta).

53 Tuomio 16.7.2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, 60 ja 63 kohta).



76. Direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaa ei kuitenkaan voida soveltaa käsiteltävässä asiassa toisesta syystä. Kuten kantaja perustellusti huomauttaa, LGSS:n 60 §:n 1 momentti *ei liity mihinkään todelliseen työnteon keskeytymiseen* lasten kasvattamisen vuoksi. Äitiyden perusteella maksettava lisä myönnetään siitä riippumatta, keskeytyikö työnteke joko äitiysloman tai vanhempainvapaan muodossa tai jossain muussa muodossa.<sup>54</sup>

77. Lisään selvyuden vuoksi, että vaikka kyseessä olevan kaltainen toimenpide liittyisikin tosiasiallisesti työnteon keskeytymiseen lasten kasvattamisen vuoksi, tämä ei nähdäkseni tarkoittaisi, että sen voitaisiin katsoa kuuluvan 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetyn poikkeuksen piiriin.

78. Kuten komissio ja kantaja perustellusti väittävät, direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohtaan sisältyvät poikkeukset laadittiin erilaisen kohtelun *asteittaisen poistamisen* yhteydessä,<sup>55</sup> ja niitä on tulkittava suppeasti.<sup>56</sup> Vaikka direktiivin 79/7 7 artiklan 2 kohdassa ja 8 artiklan 2 kohdassa viitataan jäsenvaltioiden mahdollisuuteen ”pysyttää” voimassa olevia säännöksiä, unionin tuomioistuin ei ole tulkinnut 7 artiklan 1 kohtaa tiukaksi standstill-lausekkeeksi. Oikeuskäytännössä myönnetään, että direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohtaa voidaan soveltaa sellaisten toimenpiteiden myöhempään toteuttamiseen, jotka kuuluvat erottamattomasti tämän poikkeussääntelyn piiriin kuuluviin, aiemmin olemassa olleisiin toimenpiteisiin, sekä tällaisten toimenpiteiden muuttamiseen.<sup>57</sup>

79. Käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan säännön ei kuitenkaan voida minkään järkeväen tulkinnan perusteella katsoa liittyvän *asteittaiseen etenemiseen* kohti miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen täyttä soveltamista sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä. Toimenpide toteutettiin vuonna 2015, useita vuosikymmeniä direktiivin 79/7 voimaantulon jälkeen. Se lisättiin kansalliseen lainsäädäntökehykseen, jossa ei ollut samankaltaista säännöstä, johon se voisi liittyä. Näin ollen toimenpiteen ei voida katsoa olevan tarpeellinen sellaisen aiemmin olemassa olleen sääntelyn kannalta tai liittyvän erottamattomasti tällaiseen sääntelyyn, jossa käytetään 7 artiklan 1 kohdan b alakohtaan sisältyvää poikkeusta. Se ei myöskään liity 7 artiklan 1 kohdan kokonaistavoitteeseen säilyttää sosiaaliturvajärjestelmän rahoitustasapaino.

80. Näin ollen on katsottava, ettei käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan toimenpiteen voida katsoa kuuluvan direktiivin 79/7 7 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetyn poikkeuksen piiriin.

### **C SEUT 157 artiklan 4 kohta**

81. Vaikka totesin, että direktiivi 79/7 on esteenä LGSS:n 60 §:n 1 momentille, on arvioitava, voiko kyseessä oleva toimenpide olla silti hyväksyttävä SEUT 157 artiklan 4 kohdan eli sen määräyksen nojalla, jota huomautuksia käsiteltävässä asiassa esittäneet menettelyn osapuolet käsittelivät seikkaperäisesti.

82. SEUT 157 artiklan 4 kohdassa määrätään, että ”jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai

<sup>54</sup> Edellä 63 kohta.

<sup>55</sup> Ks. esim. tuomio 7.7.1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, 14 kohta).

<sup>56</sup> Ks. esim. 7 artiklan 1 kohdan a alakohdasta tuomio 21.7.2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, 33 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>57</sup> Ks. tuomio 7.7.1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280) ja tuomio 23.5.2000, Hepple ym. (C-196/98, EU:C:2000:278, 23 kohta) sekä julkisasiamies Saggion ratkaisuehdotus Hepple ym. (C-196/98, EU:C:1999:495, 21–24 kohta) ja julkisasiamies Mischon ratkaisuehdotus Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, 66–69 kohta).



hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja”. Kyseisessä määräyksessä annetaan siten mahdollisuus ”pelastaa” tai saattaa unionin oikeuden kanssa yhteensopiviksi sellaisia toimenpiteitä, jotka eivät kuulu sukupuolten välistä tasa-arvoa koskevassa johdetussa oikeudessa säädettyjen nimenomaisten poikkeusten piiriin.<sup>58</sup>

83. SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisala on kuitenkin epäselvä. Ensinnäkin on ratkaisematta, koskeeko SEUT 157 artiklan 4 kohta pelkästään samaa palkkaa vai onko sillä tätä laajempi soveltamisala (1). Toiseksi, millaisten toimenpiteiden voidaan katsoa kuuluvan kyseisen määräyksen soveltamisalaan, etenkin kun kyse on toimenpiteistä, joilla on tarkoitus ”hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja” (2)? Arvioituani näitä kahta keskeistä kysymystä yleisesti ja ehdotettuani, että tietyt, huolellisesti laaditut sosiaaliturvan piiriin kuuluvia eläkkeitä koskevat kansalliset toimenpiteet voisivat kuulua SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisalaan, minun on kuitenkin katsottava, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva toimenpide ei kuulu niihin, koska se ei täytä oikeasuhteisuutta koskevia perusedellytyksiä (3).

#### *1. SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisala ja ”sama palkka”*

84. Kyseessä oleva etuus ei kuulu SEUT 157 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuun palkan käsitteeseen.<sup>59</sup> Voisiko SEUT 157 artiklan 4 kohta siten pelastaa kansallisen toimenpiteen, joka ei kuulu SEUT 157 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan?

85. Tiedusteltaessa tästä istunnossa komissio totesi, että kun pidetään mielessä, että SEUT 157 artiklan 4 kohtaan sisältyvä ammattiuran käsite on hyvin laaja, kyseisen määräyksen soveltamisala ei rajoitu saman palkan käsitteeseen. Sitä voitaisiin siten soveltaa myös sosiaaliturvan alaan.

86. Olen samaa mieltä komission kanssa siitä, ettei ole mitään syytä rajata SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisalaa koskemaan yksinomaan samaa palkkaa.

87. Määräys, jonka nojalla jäsenvaltiot voivat toteuttaa positiivisia erityistoimenpiteitä, on sijoitettu eittämättä SEUT 157 artiklaan, joka liittyy historiallisesti samaan palkkaan. Useat tekijät tukevat kuitenkin näkemystä, jonka mukaan kyseisen määräyksen 4 kohta ei rajoitu pelkästään samapalkkaisuuteen.

88. Ensinnäkin SEUT 157 artiklan 4 kohdan sanamuoto on selvästi melko laaja. Siinä vahvistetaan poikkeus naisten ja miesten ”tasa-arvoisen kohtelun periaatteeseen”, eikä ”samapalkkaisuuteen”, rajaamatta nimenomaisesti aloja, joilla poikkeusta sovelletaan.<sup>60</sup> Kyseisessä määräyksessä sallittuja toimenpiteitä kuvataan yhtä laajasti ”toimenpiteiksi, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista” tai ”ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja”. SEUT 157 artiklan 4 kohdan tavoitteet esitetään samaan tapaan viittaamalla siihen hyvin laajaan tavoitteeseen, että ”täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä”.

58 Ks. esim. näkemys, jonka mukaan SEUT 157 artiklan 4 kohtaa voidaan soveltaa tilanteisiin, joissa kansallisen toimenpiteen on katsottu olevan ristiriidassa sellaisten unionin johdetun oikeuden säännösten kanssa, joissa sallitaan positiiviset erityistoimenpiteet, tuomio 28.3.2000, Badeck ym. (C-158/97, EU:C:2000:163, 14 kohta); tuomio 6.7.2000, Abrahamsson ja Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, 40, 54 ja 55 kohta) ja tuomio 30.9.2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, 29 ja 30 kohta).

59 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 27–31 kohta.

60 Ks. Tobler, C., ”Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam”, *European Journal of Law Reform*, osa 1, nro 1, Kluwer Law International, 2000, s. 135–151, sivulla 142.

89. Toiseksi systematiikan näkökulmasta esteenä sille, että SEUT 157 artikla koskisi yleisesti pelkästään saman palkan nimenomaista alaa, on jo kyseisen artiklan 3 kohta, joka muodostaa laajan oikeusperustan, joka on paljon samapalkkaisuuden periaatetta laajempi, ja joka käsittää myös ”toimenpiteet, joilla varmistetaan miesten ja naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltaminen työtä ja ammattia koskevissa kysymyksissä”.<sup>61</sup>

90. Kolmanneksi on totta, että aiemmin unionin tuomioistuin tulkitsi ”suppeasti” direktiivin 76/207 2 artiklan 4 kohtaan sisältyvää positiivisia erityistoimenpiteitä koskevaa poikkeusta ja totesi, että kyseinen säännös muodosti poikkeuksen tasa-arvoisen kohtelun periaatteeseen.<sup>62</sup> Tästä kannasta on kuitenkin asteittain luovuttu.<sup>63</sup> Sitä ei esiinny oikeuskäytännössä, joka koskee SEUT 157 artiklan 4 kohtaan sisältyvää, positiivisia erityistoimenpiteitä koskevaa laajempaa ja kokonaisvaltaista poikkeusta. Tämä ei ole mielestäni suinkaan sattumaa. SEUT 157 artiklan 4 kohdassa konsolidoidaan primaarioikeudessa näkemys aineellisesta tasa-arvosta sukupuolten välisen tasa-arvon alalla eikä pelkkää poikkeusta, jota olisi tulkittava suppeasti.

91. Katson näin ollen, että SEUT 157 artiklan 4 kohtaa olisi tulkittava siten, että siinä sallitaan positiivisen syrjinnän alla toimenpiteet, joille direktiivissä 79/7 vahvistettu tasa-arvoisen kohtelun periaate olisi muutoin esteenä, kunhan kyseisillä toimenpiteillä pyritään todellakin siihen, että ”miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä”, ja että tarjotaan ”erityisetuja – –, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja”.

92. On kuitenkin ratkaistava vielä toinen alustava kysymys: sovelletaanko SEUT 157 artiklan 4 kohtaa sosiaaliturvan alaan? Sosiaaliturvan alaan sovelletaan nimittäin erityissääntelyä; se on erotettu jokseenkin kaikista muista sukupuolten tasa-arvon alan välineistä, jotka koskevat työoloja ja palkkaa; ja siihen sovelletaan kyseistä direktiiviä, joka on ainoa, joka ETY:n perustamissopimuksen 235 artiklan (nykyisin SEUT 352 artikla) nojalla annetuista ”vanhoista” direktiiveistä on jäljellä.<sup>64</sup>

93. Laajemmasta näkökulmasta tarkasteltuna on kuitenkin syytä korostaa, että direktiivillä 79/7 säännellyn alan jättämisestä SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle seuraisi jokseenkin paradoksaalisesti sosiaaliturvan alan eristäminen ja sen jättäminen kyseisellä määräyksellä tavoitellun aineellisen tasa-arvon toteutumista koskevan päämäärän ulkopuolelle. Tämä johtuu siitä, että direktiivin 79/7 säännökset, joissa säädetään poikkeamisen mahdollisuudesta, eli 4 artiklan 2 kohta ja 7 artikla eivät sovellu hyvin positiivisen syrjinnän välineiksi. Tähän ovat syynä lähinnä suppea tulkinta, jota kumpaankin säännökseen on sovellettava, mutta myös – ja nimenomaisesti – niiden erilaiset rakenteet ja tarkoitukset.

61 Langenfeld, C., ”AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen” teoksessa Grabitz, E., Hilf, M. ja Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2019, Werkstand: 66., 84 kohta. Ks. myös Krebber, S., ”Art 157 AEUV” teoksessa Callies, C. ja Ruffert, M., *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C.H. Beck, München, 2016, 73 kohta.

62 Ks. tuomio 17.10.1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, 21 kohta).

63 Ks. vastaavasti tuomio 11.11.1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, 32 kohta), jossa ei enää viitata ”suppean tulkinnan” veloitteeseen, tai tuomio 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, 39 kohta) ja tuomio 30.9.2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, 24 kohta). Ks. myös analogisesti tuomio 22.1.2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, 65 kohta).

64 Muut tätä alaa koskevat ”vanhat” direktiivit on joko laadittu uudelleen direktiivillä 2006/54 – jonka oikeusperusta on SEUT 157 artiklan 3 kohta –, tai niitä on muutettu saman oikeusperustan nojalla annetuilla säädöksillä (tällainen on edellä mainittu neuvoston direktiivi 76/207 ja myös miesten ja naisten samapalkkaisuuden periaatteen soveltamista koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 10.2.1975 annettu neuvoston direktiivi 75/117/ETY (EYVL 1975, L 45, s. 19); miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta ammatillisissa sosiaaliturvajärjestelmissä 24.7.1986 annettu neuvoston direktiivi 86/378/ETY (EYVL 1986, L 225, s. 40) ja miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltamisesta itsenäisiin ammatinharjoittajiin, maatalousalalla toimivat ammatinharjoittajat mukaan lukien, ja itsenäisinä ammatinharjoittajina toimivien naisten suojeluun raskauden ja synnytyksen perusteella 11.12.1986 annettu neuvoston direktiivi 86/613/ETY (EYVL 1986, L 359, s. 56)).

94. Lisäksi, kuten jo todettiin, direktiivi 79/7 on 1970- ja 1980-lukujen tasa-arvolainsäädännön vielä voimassa oleva ”viimeinen mohikaani”. Sen sanamuodon kauneutta, selkeyttä ja yksinkertaisuutta, joita voidaan nykyinen lainsäädännön laadinta huomioon ottaen vain ihailla, ei pitäisi heikentää se tosiasia, että sosiaalinen todellisuus vuonna 1978 oli väistämättä erilainen kuin nyt, noin 40 vuotta myöhemmin.

95. Kaikkien näiden myönnytysten jälkeenkin katson kuitenkin, että se, että SEUT 157 artiklan 4 kohta hyväksytään tietyissä olosuhteissa oikeuttamisperusteeksi sosiaaliturvan alalla toteutettaville, suppeiksi räätelöidyille toimenpiteille, jotka kuuluvat direktiivin 79/7 soveltamisalaan mutta jotka ovat ilmeisessä ristiriidassa sen säännösten kanssa, on systematiikan näkökulmasta ja loogisesti parempi kuin INSS:n ja Espanjan hallituksen puoltama vaihtoehto, nimittäin se, että direktiiviin 79/7 sisältyviä käsitteitä aletaan tulkita ja tosiasiallisesti mukauttaa SEUT 157 artiklan 4 kohta ja mikä tahansa (aineellista) tasa-arvoa koskeva näkemys huomioon ottaen.<sup>65</sup>

96. Kuten edellä jo esitettiin, direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdassa myönnetään, että miehet ja naiset eivät ole rinnastettavissa toisiinsa äitiyden erityistilanteen osalta, mutta siinä ei sellaisenaan anneta erityistä mahdollisuutta toteuttaa positiivisia erityistoimenpiteitä.<sup>66</sup> On totta, että positiivisten erityistoimenpiteiden käsitteellisessä perustassa on joitain samoja elementtejä kuin perusteissa, joiden mukaisesti miesten ja naisten ei katsota olevan rinnastettavissa toisiinsa äitiyden osalta juuri sen toiselle näistä ryhmistä aiheutuvan nimenomaisen haitan ja aineellisen tasa-arvon saavuttamista koskevan tavoitteen vuoksi.<sup>67</sup> Toisaalta ainakin sukupuoleen perustuvan syrjinnän alalla nämä kaksi käsitteellistä ryhmää – äitiys yhtenä rinnastettavuuden estävänä ominaispiirteenä ja mahdollisuus toteuttaa positiivisia erityistoimenpiteitä naisille aiheutuvien haittojen poistamiseksi tai hyvittämiseksi – pidetään erillään lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä.<sup>68</sup>

97. Tämä ei ole pelkkää sattumaa. Molempien poikkeusten taustalla oleva logiikka on nimittäin erilainen: poikkeus, joka koskee toimenpiteitä naisten suojelemiseksi äitiyden perusteella, kuten direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohta, perustuu rinnastamattomuuteen sellaisen hyvin erityisen biologisen todellisuuden osalta, joka ei koskaan muutu. Sillä ei pyritä poistamaan tai hyvittämään jo olemassa olevaa epätasapainoa tai rakenteellisesti epäedullista tilannetta, joka voi hävittää yhteiskunnallisen kehityksen myötä. Itse asiassa direktiivin 79/7 4 artiklan 2 kohdan toiminta ei ole riippuvainen mistään aiemmin vallinneesta tilanteesta, johon liittyy haitta tai aliedustus.

98. Lisäksi äitiyttä koskevan poikkeuksen ja positiivisten erityistoimenpiteiden tehtävien ja tavoitteiden näkökulmasta tarkasteltuna tämä ero on huomattavan tärkeä. Monet naisille aiheutuvista haitoista johtuvat heille yhteiskunnassa osoitetusta roolista, ja äitiyttä koskevan poikkeuksen tulkitseminen laajasti siten, että se kattaa äitiyden (motherhood), on omiaan vahvistamaan ja entisestään jähmettämään näitä rooleja ja on siten positiivisten erityistoimenpiteiden tarkoituksen vastaista.

<sup>65</sup> Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 50 kohta.

<sup>66</sup> Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 41 ja 50 kohta.

<sup>67</sup> Ks. esim. tuomio 18.3.2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, 37 kohta), jonka mukaan direktiivin 76/207 2 artiklan 3 kohdalla ”tavoitellaan aineellista eikä muodollista tasa-arvoa”. Ks. myös tuomio 30.4.1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, 26 kohta).

<sup>68</sup> Tämän vahvistaa se, että toimenpiteillä naisten suojelemiseksi äitiyden perusteella ja positiivisilla erityistoimenpiteillä on erilainen oikeusperusta, kuten komissio esitti istunnossa. Äitiyttä koskevasta poikkeuksesta säädetään direktiivin 2006/54 28 artiklan 1 kohdassa, kun taas positiivisia erityistoimenpiteitä koskeva yleissäännös sisältyy saman direktiivin 3 artiklaan. Näin oli myös direktiivissä 76/207, jossa näistä kahdesta eri ryhmästä säädettiin samoin kahdessa eri säännöksessä (2 artiklan 3 ja 4 kohdassa – direktiivin muuttamisen jälkeen 2 artiklan 7 ja 8 kohdassa). Äitiyttä koskevasta poikkeuksesta ja positiivisista erityistoimenpiteistä säädetään myöskin eri säännöksissä (miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla 13.12.2004 annetun neuvoston direktiivin 2004/113/EY (EUVL 2004, L 373, s. 37) 4 artiklan 2 kohdassa ja 6 artiklassa). Ks. kuitenkin julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, 17 kohta), jossa direktiivin 76/207 2 artiklan 3 kohta esitetään ilmeisesti positiivisena erityistoimenpiteenä.

99. Direktiivin 79/7 7 artiklan tapauksessa sen rajoitettu soveltamisala, joka liittyy direktiivin progressiiviseen luonteeseen, on jo merkittävä este sille, että kyseistä säännöstä pidettäisiin soveltuvana välineenä positiivisten erityistoimenpiteiden toteuttamiseen sosiaaliturvan alalla. Lisäksi, kuten edellä jo todettiin, kyseisen säännöksen tarkoitus ei liity niinkään aineellisen tasa-arvon ajatukseen vaan logiikkaan, jossa säilytetään joitain aiemmin olemassa olleita eroja naisten ”eduksi”, samalla kun myös turvataan sosiaaliturvajärjestelmien rahoitustasapaino.<sup>69</sup>

100. Tiivistetysti sosiaaliturvan jättäminen SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle tarkoittaisi sitä, että direktiivi 79/7 olisi ainoa sosiaalipolitiikan alaa koskeva johdetun oikeuden erityisväline, jolla toteutetaan unionin oikeuteen sisältyvä naisten ja miesten tasa-arvon periaate ja joka jää SEUT 157 artiklan 4 kohdassa – joka on sukupuoleen perustuvia positiivisia erityistoimenpiteitä koskeva yleinen määräys – vahvistetun tasa-arvoa koskevan aineellisen lähestymistavan ulkopuolelle.

101. Tällaista seurausta on mielestäni vaikea hyväksyä. SEUT 157 artiklan 4 kohdalla olisi siten myös voitava oikeuttaa kansallinen toimenpide, joka olisi muutoin syrjivä sovellettavassa unionin johdetussa oikeudessa, direktiivi 79/7 mukaan lukien, luodussa erityisessä lainsäädäntökehyksessä, sikäli kuin tällainen toimenpide täyttää kyseisen perustamissopimuksen määräyksen edellytykset, nimittäin sen, että näillä toimenpiteillä ”miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä” ja tarjotaan ”sellaisia erityisetuja – –, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista” tai ”ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja”.

## 2. Ammattiuraan liittyvien haittojen hyvittäminen

102. Vaikka komissio hyväksyy sen, että SEUT 157 artiklan 4 kohtaa voitaisiin mahdollisesti soveltaa sosiaaliturvan alalla, se väittää, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva toimenpide ei voi kuulua kyseisessä artiklassa määrätyn positiivisia erityistoimenpiteitä koskevan poikkeuksen piiriin sen tulkinnan perusteella, jonka unionin tuomioistuin on esittänyt sen edeltäjistä tuomiossa Griesmar ja tuomiossa Leone.

103. Tuomiossa Griesmar tulkittiin sosiaalipolitiikasta tehdyn sopimuksen<sup>70</sup> 6 artiklan 3 kohtaa asiassa, jossa oli kyse naispuolisille virkamiehille ammatillisessa eläkejärjestelmässä lapsista myönnettävästä hyvityksestä. Kyseisen tuomion mukaan mainittu toimenpide ei kuulunut sosiaalipolitiikasta tehdyn sopimuksen 6 artiklan 3 kohdassa määrättyjen positiivisten erityistoimenpiteiden alaan. Tuomiossa todettiin, ettei toimenpide ”ole sellainen, että sillä kompensoitaisiin naispuolisten virkamiesten urakehitykselle aiheutuvia epäkohtia ja autettaisiin näiden naisten mukanaoloa työelämässä. Päinvastoin siinä ainoastaan myönnetään naispuolisille virkamiehille, joilla on lapsia, virkaikää koskeva hyvitys heidän jäädessään eläkkeelle, *ilman että sillä puututtaisiin ongelmiin, joita he saattavat kohdata virkaurallaan.*”<sup>71</sup> Tämä vahvistettiin tuomiossa Leone<sup>72</sup> samoin kuin useissa jäsenyyssvelvoitteiden rikkomista käsitelleissä tuomioissa, jotka koskivat naispuolisille virkamiehille eläkeiän ja eläkkeeseen vaadittavien palvelusvuosien osalta myönnettyjä tiettyjä etuja.<sup>73</sup>

69 Ks. edellä alaviite 52 oikeuskäytäntöviittauksineen.

70 SEUT 157 artiklan 4 kohdan perustana on sosiaalipolitiikasta Euroopan yhteisöjen jäsenvaltioiden, Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyttä kuningaskuntaa lukuun ottamatta, välillä tehdyn sopimuksen (EYVL 1992, C 191, s. 91), joka sisällytettiin yhteisön oikeuteen Maastrichtin sopimukseen liitettyllä, sosiaalipolitiikasta tehdyllä pöytäkirjalla N:o 14, 6 artiklan 3 kohta.

71 Tuomio 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, 65 kohta). Kursivointi tässä.

72 Tuomio 17.7.2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, 100–103 kohta).

73 Tuomio 13.11.2008, komissio v. Italia (C-46/07, ei julkaistu, EU:C:2008:618, 57 kohta) ja tuomio 26.3.2009, komissio v. Kreikka (C-559/07, ei julkaistu, EU:C:2009:198, 66–68 kohta).

104. Kyseisissä tuomioissa esiin tulleet näkökohdat soveltuvat ensi näkemältä täysin myös SEUT 157 artiklan 4 kohdan tarkasteluun käsiteltävässä asiassa. Äitiyden perusteella maksettava lisä vaikuttaa nimittäin eläkeoikeuteen sen jälkeen, kun on tunnustettu pysyvän ehdottoman työkyvyttömyyden tilanne, eikä ammattiuran aikana.

105. Lähempi tarkastelu paljastaa kuitenkin kaksi tällaiseen analogiaan liittyvää ongelmaa: niistä toinen on teknisempi ja toinen periaatteellinen.

106. Ensinnäkin, kun tarkastellaan *teknisempää* perustetta: Tuomioissa Griesmar ja Leone vahvistettua oikeuskäytäntöä ei tarvitse välttämättä tulkita siten, että siinä suljetaan kokonaan pois mahdollisuus vedota SEUT 157 artiklan 4 kohtaan tilanteessa, joka liittyy tarpeeseen hyvittää aiempia haittoja. Mainituissa tuomioissa esitettyjä toteamuksia on tarkasteltava kyseisten asioiden olosuhteiden valossa. Jos *ainoa toimenpide*, jolla pyritään ratkaisemaan sukupuolten välisen kuilun kaltainen rakenteellinen ongelma, koostuu hyvityksen maksamisesta eläkkeelle siirtymisen jälkeen, on oikeutettua katsoa, ettei kansallisissa säännöksissä säädetä keinosta korjata ongelmia, joita naiset kohtaavat ammattiuransa aikana. Tällaisissa olosuhteissa se, että hyvitystä annetaan vasta eläkkeelle siirtymisen jälkeen, voisi jopa myötävaikuttaa miesten ja naisten välisen perinteisen työnjaon ylläpitämiseen, kun miehet pidetään toissijaisessa roolissa naisiin nähden vanhemmuuteen liittyvien tehtävien hoitamisessa,<sup>74</sup> jolloin naiset saavat ”korvauksen” tosiasiallisesti vasta uransa päättyessä.

107. Tilanne on nähdäkseni melko erilainen, jos käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltainen kansallinen toimenpide on osa kansallisen lainsäädännön *laajempaa järjestelmää*, johon sisältyvillä erilaisilla toimenpiteillä pyritään tosiasiallisesti korjaamaan ongelmia, joita naiset kohtaavat ammattiuransa varrella. Tällaisessa tapauksessa ei voida sulkea pois sitä, että lähtökohtaisesti, jos on olemassa yleinen lainsäädännöllinen tausta, jolla pyritään tasapainottamaan naisiin kohdistuvia haittoja tukemalla naisia *heidän ammatillisen elämänsä aikana*, toimenpide, jonka vaikutuksena on *aiemmin aiheutuneiden haittojen hyvittäminen*, voitaisiin oikeutetusti ottaa käyttöön SEUT 157 artiklan 4 kohdan nojalla. Tällainen toimenpide olisi näet *liitännäinen* siihen pääasialliseen järjestelmään nähden, jossa hyvittämiseen tähtäävät toimenpiteet vaikuttavat naisiin heidän ammatillisen elämänsä aikana. Se olisi luonteeltaan korjaava ja tilapäinen, ja sen tarkoituksena olisi korjata sukupolvien välisen oikeudenmukaisuuden nimissä niiden tilanne, jotka eivät voineet hyötyä edistyksestä kohti tasa-arvoa sosiaaliturvajärjestelmässä.

108. Jos tällaista perusteltua ja aineelliseen tasa-arvoon perustuvaa tulkintaa SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisalasta ei hyväksytä, olisi mielestäni aika harkita uudelleen unionin tuomioistuimen lähestymistapaa periaatteellisella tasolla.

109. Ensinnäkin on SEUT 157 artiklan 4 kohdan sanamuoto. Siinä viitataan selkeästi tavoitteeseen varmistaa tosiasiallinen tasa-arvo toteuttamalla toimenpiteitä, joilla pyritään paitsi helpottamaan *pääsyä* ja ehkäisemään haittoja<sup>75</sup> myös *hyvittämään* näitä haittoja. Kyseinen määräys syrjäyttää nähdäkseni sen – ei ehkä täysin hyödyllisen – keskittymisen yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhtäläisten tulosten väliseen kahtiajakoon, joka oli hallinnut pitkälti eri oikeussääntöjen tulkinnasta annettua aiempaa oikeuskäytäntöä.<sup>76</sup>

74 Ks. vastaavasti tuomio 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, 41 kohta) ja tuomio 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, 36 kohta).

75 On syytä huomata, että perusoikeuskirjan 23 artikla vaikuttaa myös käsittävän ainoastaan yhtälön ”pääsyä” koskevan osan mutta ei rajoitu pelkästään siihen: ”Tasa-arvon periaate ei estä pitämästä voimassa tai toteuttamasta toimenpiteitä, jotka tarjoavat erityisetuja aliedustettuna olevalle sukupuolelle.”

76 Ks. erityisesti ”mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä” koskevien lähestymistapojen, joihin voi sisältyä ”tulorientoitunut” lähestymistapa, jonka tarkoituksena on hyvittää aiemmin aiheutuneita haittoja, poissulkemisesta julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, 9 kohta). Ks. myös tätä koskevasta keskustelusta julkisasiamies Poiaras Maduron ratkaisuehdotus Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, 48–50 kohta).



110. Toiseksi SEUT 157 artiklan 4 kohdan soveltamisalan tulkintaa on loogisesti mukautettava kyseessä olevan alan erityispiirteisiin. Jos hyväksytään, että SEUT 157 artiklan 4 kohtaa sovelletaan direktiivillä 79/7 säänneltyyn alaan, ammattiuraan liittyvien haittojen hyvittämisen on väistämättä käsitettävä aiemmin aiheutuneiden haittojen nykyiset seuraukset. En näe, miten asia voisi olla toisin sosiaaliturvan alalla, jolla eläkkeisiin kohdistuvat haitat tuntuvat enimmäkseen vasta, kun henkilö poistuu työmarkkinoilta. On vaikea nähdä, miten *nykyisin olemassa olevan* sukupuolten välisen eläkekuilun ongelma voitaisiin mahdollisesti poistaa helpottamalla naisten pääsyä työmarkkinoille tai toimenpiteillä, joita toteutetaan heidän osallistuessaan vielä aktiivisesti työmarkkinoille (näillä toimenpiteillä vältettäisiin *mahdollinen tuleva* sukupuolten välinen eläkekuilu), samalla kun suljetaan kategorisesti pois kaikki toimenpiteet, joita sovellettaisiin kyseisten henkilöiden poistuessa työmarkkinoilta (jolloin todellinen ja tähdellisempi ongelma syntyy).

111. Kolmanneksi tällainen lähestymistapa SEUT 157 artiklan 4 kohtaan johtaisi näet liian suppeaan ja poissulkevaan lopputulokseen, koska se merkitsisi niiden haittojen pitkittymistä, joita naisille aiheutuu koko työelämänsä aikana ja myös eläkkeellä ollessaan.<sup>77</sup> Lopputulos käytännössä olisi moraalisesti arveluttava: koska *täysi tosiasiallinen tasa-arvo* pätee ainoastaan yhtäläisiin mahdollisuuksiin *työelämässä ollessa*, mitään työmarkkinoilta poistumisen jälkeen aiheutuvaa haittaa ei voida koskaan hyvittää, vaikka haitta johtuisi selvästi työelämässä koetusta eriarvoisuudesta ja ilmenee loogisesti myöhemmin. Tällaisessa skenaariossa ”yhtäläiset mahdollisuudet” olisi hyödyllinen käsite vain, jos siihen sisältyy yhtäläinen mahdollisuus muuttaa menneisyyttä.

112. Ehdotan näin ollen, että SEUT 157 artiklan 4 kohdalla voidaan oikeuttaa kansallinen toimenpide, joka olisi muutoin syrjivä sovellettavassa unionin johdetussa oikeudessa, direktiivi 79/7 mukaan lukien, luodussa erityisessä lainsäädäntökehyksessä, minkä lisäksi siihen voidaan myös vedota sellaisten toimenpiteiden osalta, joilla pyritään hyvittämään ammattiuran aikana koettuja haittoja, jotka tosin juontavat juurensa työelämässä vallinneesta eriarvoisuudesta mutta jotka ilmenevät vasta myöhemmin työmarkkinoilta poistuttaessa.

113. Unionin oikeudessa positiivisia erityistoimenpiteitä arvioidaan kuitenkin johdonmukaisesti suhteellisuusperiaatteen kannalta, joka edellyttää, että poikkeuksilla ei saa ylittää niitä rajoja, jotka johtuvat siitä, mikä on tarpeellista tavoitellun päämäärän toteuttamiseksi ja tähän soveltuva. Tasa-arvoisen kohtelun periaate ja tavoitellun päämäärän asettamat vaatimukset on sovittava yhteen kaikin mahdollisin tavoin.<sup>78</sup>

114. Tarkastelen seuraavaksi näitä vaatimuksia käsiteltävän asian yhteydessä.

### 3. Käsiteltävä asia

115. INSS ja Espanjan hallitus pitävät kiinni kyseessä olevan etuuden täydentävästä ja korjaavasta luonteesta. Niiden mukaan äitiyden perusteella maksettava lisä sopii laajempaan lainsäädäntökehyskseen, jolla pyritään hyvittämään naisten työelämässä ollessaan kokemien haittojen vaikutuksia eläkkeisiin. Ne ovat kuvanneet useita toimenpiteitä, muun muassa toimenpiteitä, joilla hyvitetään maksuosuuksia synnytyksen, äitiysloman ja vanhempainvapaan jälkeisenä aikana, samoin kuin työllisyyden alalla toteutettuja toimenpiteitä, kuten tae pitemmistä isyyslomista. Näitä toimenpiteitä ei kuitenkaan sovelleta taannehtivasti, eikä niillä voida siten korjata sellaisten vanhempien sukupolvien tilannetta, jotka eivät voineet hyötyä niistä. Lisäksi nämä toimenpiteet huomioon ottaen Espanjan hallitus väittää, että tarvetta säilyttää äitiyden perusteella maksettava lisä tulevaisuudessa arvioitaisiin uudelleen säännöllisesti.

<sup>77</sup> Tämän seikan osalta olen samaa mieltä kuin julkisasiamies Jääskinen ratkaisuehdotuksessaan Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, 58 ja 59 kohta) ja ratkaisuehdotuksessaan Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, 57 kohta).

<sup>78</sup> Ks. direktiivin 76/207 2 artiklan 4 kohdasta tuomio 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, 39 kohta) ja tuomio 30.9.2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, 24 kohta). Yleisesti ks. ratkaisuehdotukseni Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, 111 kohta).



116. Kansallisen tuomioistuimen olisi tarkasteltava kaikkia näitä osatekijöitä arvioidakseen sitä, onko kyseessä oleva toimenpide todellakin luonteeltaan täydentävä ja hyvittävä sen laajemman järjestelmän muodostamassa kehyksessä, jolla pyritään tosiasiallisesti hyvittämään naisten ammattiuraan liittyviä haittoja.

117. Vaikka SEUT 157 artiklan 4 kohtaa onkin teoriassa mahdollista soveltaa käsiteltävään asiaan, on kuitenkin katsottava, että unionin tuomioistuimelle esitettyjen tietojen perusteella kyseessä oleva etuus, sellaisena kuin se on tällä hetkellä, ei joka tapauksessa täyttäisi kyseiseen määräykseen sisältyvää oikeasuhteisuuden vaatimusta. Minun on yhdyttävä tältä osin komission näkemykseen: kyseessä oleva toimenpide ei ole suhteellisuusperiaatteen mukainen.

118. Ensinnäkin, kun tarkastellaan sen soveltuvuutta, on syytä huomata, että kyseessä olevaa toimenpidettä ei sovelleta muihin kuin maksuperusteisiin eläkkeisiin, joihin sukupuolten välinen kuilu todennäköisesti vaikuttaa enemmän, kun muistetaan, että vanhempien sukupolvien naiset eivät todennäköisesti edes saavuta vaadittavaa määrää vuosia, jotta he voisivat vaatia maksuperusteisia eläkkeitä.

119. Toiseksi, kuten komissio huomauttaa, toimenpidettä sovelletaan ainoastaan eläkkeisiin, joita alettiin maksaa vuonna 2016, jolloin sen ulkopuolelle jäivät niiden sukupolvien naiset, joihin sukupuolten välinen kuilu todennäköisimmin vaikuttaa. Tämä seikka luo nähdäkseni toimenpiteen (virallisesti esitetyn) päämäärän ja sen toteuttamiseen valittujen keinojen välille niin voimakkaan ristiriidan, että toimenpide ei sovellu kyseisen päämäärän saavuttamiseen.<sup>79</sup>

120. Kolmanneksi kyseessä oleva toimenpide ei täytä tarpeellisuuden vaatimusta. LGSS:n 60 §:n 1 momentti perustuu sukupuolen muodostamaan poissulkevaan ja automaattiseen perusteeseen. Kyseistä säännöstä sovelletaan vain naisiin, eikä se mahdollista minkäänlaista rinnastettavissa tilanteissa olevien miesten tilanteen huomioon ottamista. Samaa toimenpidettä ei ole mahdollista soveltaa miehiin, joiden ura on keskeytynyt tai jotka ovat maksaneet vähemmän maksuosuuksia lastensa kasvatuksen vuoksi.<sup>80</sup>

121. On paikallaan esittää vielä yksi loppuhuomaus: käsiteltävässä asiassa ei ole kyseenalaistettu kansallisella toimenpiteellä tavoitellun päämäärän oikeutettavuutta sen enempää kuin kansallisten viranomaisten esittämää tilastollista näyttökään, joka osoittaa sukupuolten välisen kuilun muodostaman rakenteellisen ongelman olemassaolon. Lisäksi sosiaaliturvan alaan kuuluvia kansallisia säännöksiä, joilla pyritään korjaamaan sukupuolten välinen kuilu tarjoamalla hyvitystä, voitaisiin nähdäkseni antaa SEUT 157 artiklan 4 kohdan nojalla. LGSS:n 60 §:n 1 momentti ei nykymuodossaan kuitenkaan täytä niin soveltuvuuden kuin tarpeellisuudenkaan vaatimusta siten, että se olisi suhteellisuusperiaatteen mukainen, jota on noudatettava, jotta tällainen toimenpide olisi sallittu SEUT 157 artiklan 4 kohdan nojalla.

122. Näiden näkökohtien perusteella katson, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva toimenpide ei ole sallittu SEUT 157 artiklan 4 kohdan nojalla ja että se on siten unionin oikeuden vastainen.

<sup>79</sup> Itse asiassa voitaisiin kohtuudella olettaa, että tällaisella sosiaalipolitiikan toimenpiteellä ei korjata menneisyyttä vaan pikemminkin lujitetaan ja jähmetetään juuri sitä perinteistä työnjakoa, jonka vaikutuksia sillä väitetyksi pyritään muuttamaan tulevaisuudessa.

<sup>80</sup> Ks. vastaavasti tuomio 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, 57 kohta). ”Poikkeuslausekkeiden”, jotka mahdollistavat miehiin tietyissä tilanteissa sovellettavat positiiviset erityistoimenpiteet, asemasta ks. tuomio 11.11.1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, 33 kohta); tuomio 28.3.2000, Badeck ym. (C-158/97, EU:C:2000:163, 36 kohta) ja tuomio 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, 45 kohta).

## V Ratkaisuehdotus

123. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Juzgado de lo Social n.º 3 de Geronan esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä 19.12.1978 annetun neuvoston direktiivin 79/7/ETY 4 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että se on esteenä käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaiselle kansalliselle säännökselle, jossa yhtäältä myönnetään oikeus eläkkeeseen maksettavaan lisäksi naisille, joilla on vähintään kaksi lasta ja jotka saavat oikeuden maksuperusteiseen, pysyvän työkyvyttömyyden perusteella maksettavaan eläkkeeseen sen voimaantulon jälkeen, mutta jossa toisaalta ei säädetä mahdollisuudesta myöntää tätä oikeutta minkäänlaisessa tilanteessa oleville miehille.