



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA  
MICHALA BOBEKA  
od 10. rujna 2019.<sup>1</sup>

**Predmet C-450/18**

**WA**  
**protiv**  
**Instituto Nacional de la Seguridad Social**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Socijalni sud br. 3 u Geroni, Španjolska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Radnice i radnici – Jednako postupanje u pitanjima socijalne sigurnosti – Direktiva 79/7/EEZ – Invalidska mirovina – Dodatak na mirovinu koji se priznaje majkama dvoje ili više djece koje primaju doprinosnu mirovinu iz socijalnog osiguranja – Članak 157. stavak 4. UFEU-a – Pozitivno djelovanje – Mjere namijenjene nadoknađivanju nepovoljnog profesionalnog položaja radnica”

### I. Uvod

1. Španjolskim pravom predviđa se da *žene koje su imale dvoje ili više biološke ili posvojene djece* imaju pravo na dodatak na doprinosnu starosnu mirovinu iz socijalnog osiguranja, mirovinu za nadživjelu osobu ili mirovinu zbog trajne invalidnosti. Tužitelj u glavnom postupku (u daljnjem tekstu: tužitelj), otac dvoje djece, podnio je tužbu protiv odluke nacionalnog tijela nadležnog za pitanja socijalne sigurnosti kojom mu je uskraćeno pravo na sličan dodatak na njegovu mirovinu zbog trajne invalidnosti.
2. Sud koji je uputio zahtjev želi doznati povređuje li se nacionalnim propisom koji pravo na mirovinski dodatak priznaje ženama, ali ne i muškarcima, Unijina zabrana diskriminacije na temelju spola.
3. Sud je već imao priliku razmatrati pitanje mirovinskih sustava koji pravo na pogodnosti povezane s majčinstvom priznaju samo radnicama. Međutim, predmeti Griesmar<sup>2</sup> i Leone<sup>3</sup> odnosili su se na strukovne mirovine za službenike, na koje se primjenjivalo načelo jednake plaće, propisano člankom 157. UFEU-a. U ovom predmetu Sud se poziva da utvrdi treba li se sličan pristup primjenjivati i u predmetima koji se tiču davanja koja se isplaćuju u okviru općeg mirovinskog sustava socijalnog osiguranja.

1 Izvorni jezik: engleski

2 Presuda od 29. studenoga 2001. (C-366/99, EU:C:2001:648)

3 Presuda od 17. srpnja 2014. (C-173/13, EU:C:2014:2090)

## II. Pravni okvir

### A. Pravo Unije

4. U skladu s trećom uvodnom izjavom Direktive 79/7/EEZ o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti<sup>4</sup>, „primjena načela jednakosti u području socijalne sigurnosti ne dovodi u pitanje odredbe koje se odnose na zaštitu žena zbog majčinstva; [...] u vezi s tim, države članice mogu usvojiti posebne odredbe za žene s ciljem otklanjanja postojećih slučajeva nejednakosti”.

5. Cilj Direktive 79/7, u skladu s njezinim člankom 1., jest „postupno provođenje, u području socijalne sigurnosti i drugim elementima socijalne zaštite predviđenima u članku 3., načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti, u daljnjem tekstu „načelo jednakog postupanja”.

6. U skladu s člankom 3. stavkom 1., Direktiva 79/7 primjenjuje se na:

„(a) zakonske sustave koji pružaju zaštitu od sljedećih rizika:

[...]

– invalidnosti,

[...]”

7. Članak 4. Direktive 79/7 predviđa:

„1. Načelo jednakog postupanja znači nepostojanje svake diskriminacije na temelju spola, bilo izravne ili neizravne, prije svega s obzirom na bračni ili obiteljski status, posebno u odnosu na:

[...]

– izračun davanja uključujući pripadajuća uvećanja s obzirom na bračnog druga i uzdržavanike te uvjete koji određuju trajanje i zadržavanje prava na davanje.

2. Načelo jednakog postupanja ne dovodi u pitanje odredbe o zaštiti žena zbog majčinstva.”

8. U skladu s člankom 7. stavkom 1. točkom (b) Direktive 79/7, ta direktiva ne dovodi u pitanje pravo država članica da iz njezina područja primjene isključe „pogodnosti sustava starosnih mirovina odobrene osobama koje su odgojile djecu” i „stjecanje prava na davanja nakon prekida zaposlenja zbog odgoja djece”.

<sup>4</sup> Direktiva Vijeća od 19. prosinca 1978. (SL 1979., L 6, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 3., str. 7.)

## B. Španjolsko pravo

9. Članak 60. stavak 1. Leya General de la Seguridad Social (Opći zakon o socijalnoj sigurnosti, u daljnjem tekstu: LGSS)<sup>5</sup> predviđa sljedeće:

„Ženama koje su imale biološku ili posvojenu djece te koje u okviru bilo kojeg režima u sustavu socijalne sigurnosti primaju doprinosnu starosnu mirovinu, mirovinu za nadživjele osobe ili mirovinu zbog trajne invalidnosti priznaje se dodatak na mirovinu na ime doprinosa koje su uplaćivale u sustav socijalne sigurnosti, čija visina ovisi o broju djece koju su imale.

Iznos spomenutog dodatka, koji u svakom pogledu ima pravnu narav doprinosne javne mirovine, jednak je rezultatu koji se dobije primjenom određenog postotka na početni iznos navedenih mirovina, ovisno o broju djece, u skladu sa sljedećom ljestvicom:

- (a) u slučaju dvoje djece: 5 %,
- (b) u slučaju troje djece: 10 %,
- (c) u slučaju četvero ili više djece: 15 %.

Za potrebe utvrđivanja prava na dodatak i njegova iznosa u obzir se uzimaju samo djeca rođena ili posvojena prije događaja koji je prouzročio pravo na odgovarajuću mirovinu.”

## III. Činjenično stanje, postupak i prethodno pitanje

10. Tužitelju je odlukom Instituta Nacional de la Seguridad Social (Nacionalni institut za socijalnu sigurnost, Španjolska, u daljnjem tekstu: INSS) od 25. siječnja 2017. priznata mirovina zbog potpune trajne invalidnosti od 100 % osnovnog iznosa, to jest 1603,43 eura mjesečno plus revalorizacije.

11. Tužitelj je protiv te odluke uložio upravni prigovor, u bitnome navodeći da, s obzirom na to da je otac dviju kćeri, ima pravo na dodatak u iznosu od 5 % mirovine pod istim uvjetima kao žene.

12. INSS je odlukom od 9. lipnja 2017. odbio taj upravni prigovor te potvrdio svoju odluku od 25. siječnja 2017. INSS je naveo da je dodatak za majčinstvo, kako njegovo ime sugerira, dodatak na koji pravo, zbog svojeg demografskog doprinosa socijalnoj sigurnosti, imaju isključivo žene koje primaju doprinosna davanja iz socijalnog osiguranja te koje imaju dvoje ili više djece.

13. Tužitelj je 23. svibnja 2017. protiv INSS-ove odluke podnio tužbu Juzgadu de lo Social n.º 3 de Gerona (Socijalni sud br. 3 u Geroni, Španjolska), sudu koji je uputio zahtjev. Zahtijevao je da mu se prizna pravo na uvećanje mirovine u visini od 5 % osnovnog iznosa njegove mirovine zbog potpune trajne invalidnosti, u obliku dodatka jednakovrijednog dodatku za majčinstvo koji se dodjeljuje člankom 60. stavkom 1. LGSS-a.

14. Dana 18. svibnja 2018. sud koji je uputio zahtjev obaviješten je da je tužitelj preminuo 9. prosinca 2017. Tužiteljeva supruga preuzela je njegov zahtjev kao njegova pravna sljednica te je preuzela vođenje parnice u glavnom postupku<sup>6</sup>.

5 Odboren Real Decretom Legislativo 1/1994 (Kraljevska zakonodavna uredba 1/1994) od 20. lipnja 1994. (BOE br. 154 od 29. lipnja 1994., str. 20658.), u pročišćenoj verziji koja je odobrena Real Decretom Legislativo 8/2015 (Kraljevska zakonodavna uredba 8/2015) od 30. listopada 2015. (BOE br. 261 od 31. listopada 2015., str. 103291.), kako je izmijenjen Leyom 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (Zakon 48/2015 o općim državnim proračunima za 2016.) (BOE br. 260 od 30. listopada 2015., str. 101965.).

6 S obzirom na to, kada se u ovom mišljenju govori o tužitelju, misli se na njegovu suprugu.

15. Sud koji je uputio zahtjev navodi da pojam *demografski doprinos* jednako vrijedi i za žene i za muškarce jer su reprodukcija i odgovornost za odgoj, brigu, prehranjivanje i obrazovanje djece dužnost osobe koja ima svojstvo roditelja, neovisno o njezinu rodu. Nadalje, prekid profesionalne karijere zbog rođenja ili posvojenja djece ili njihova odgoja može jednako naštetiti i ženama i muškarcima. Sud koji je uputio zahtjev smatra da, s tog gledišta, pravila o dodatku za majčinstvo predviđena u članku 60. stavku 1. LGSS-a uvode neopravdanu razliku u postupanju u korist žena, a na štetu muškaraca koji se nalaze u istovjetnoj situaciji.

16. Međutim, sud koji je uputio zahtjev priznaje da, s *biološkog gledišta*, definitivno postoji razlikovni čimbenik jer, kada je riječ o reprodukciji, žene se mnogo više osobno žrtvuju od muškaraca. Žene moraju proći kroz razdoblje trudnoće i porođaj, koji uključuju očite biološke i fiziološke napore te žene dovode u nepovoljan položaj, ne samo fizički nego i u području zapošljavanja. Sud koji je uputio zahtjev smatra da je, s biološkog gledišta, dodatak za majčinstvo uređen člankom 60. stavkom 1. LGSS-a opravdan dodatak u korist žena. Nijedan muškarac neće biti u istovjetnoj situaciji. Situacija radnika nije usporediva sa situacijom radnice, koju prekid u profesionalnoj karijeri uzrokovan trudnoćom i porođajem stavlja u profesionalno nepovoljan položaj. Međutim, taj sud dvoji u pogledu utjecaja koji na ovaj predmet ima sudska praksa Suda, osobito presuda u predmetu Griesmar<sup>7</sup>.

17. U tim okolnostima Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Socijalni sud br. 3 u Geroni) prekinuo je postupak i uputio Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Protivi li se načelu jednakog postupanja koje zabranjuje svaku diskriminaciju na temelju spola, priznatom člankom 157. [UFEU-a] i Direktivom Vijeća 76/207/EEZ od 9. veljače 1976., izmijenjenom Direktivom 2002/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. i preinačenom Direktivom 2006/54/EZ od 5. srpnja 2006 o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada, nacionalna odredba (konkretno članak 60. stavak 1. [LGSS-a]) kojom se pravo na dodatak na mirovinu zbog demografskog doprinosa socijalnoj sigurnosti priznaje ženama koje su imale biološku ili posvojenju djecu i koje u bilo kojem programu u okviru sustava socijalne sigurnosti ostvaruju pravo na doprinosne starosne mirovine, mirovine za nadživjele osobe ili mirovine zbog trajne invalidnosti, a kojom se takvo pravo ne priznaje muškarcima u istovjetnoj situaciji?”

18. Tužitelj, INSS i Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja. Te su zainteresirane strane, kao i španjolska vlada, koje su također odgovorila na pisana pitanja Suda, iznijele usmena očitovanja na raspravi održanoj 13. lipnja 2019.

#### IV. Analiza

19. Ovo je mišljenje strukturirano na sljedeći način. Kao prvo, počet ću tako što ću odrediti relevantan instrument prava Unije koji je primjenjiv na davanje o kojem je riječ u ovom predmetu (A). Potom ću nastaviti s tumačenjem relevantnih odredbi koje se primjenjuju na ovaj predmet, a koje se nalaze u Direktivi 79/7 (B). Naposljetku ću, s obzirom na to da ću zaključiti da tu direktivu treba tumačiti na način da joj se protivi mjera poput one o kojoj je riječ u ovom predmetu, ispitati može li ta nacionalna odredba ipak biti obuhvaćena općom iznimkom „pozitivne diskriminacije”, predviđenom člankom 157. stavkom 4. UFEU-a (C).

<sup>7</sup> Presuda od 29. studenoga 2001. (C-366/99, EU:C:2001:648)

## A. Primjenjivi instrument prava Unije

20. U odluci kojom se upućuje zahtjev postavlja se pitanje sukladnosti članka 60. stavka 1. LGSS-a s načelom jednakog postupanja, kako je zajamčeno u članku 157. UFEU-a i Direktivi 2006/54/EZ o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada<sup>8</sup>.

21. Tužitelj prihvaća pravni okvir EU-a koji je određen u odluci kojom se upućuje zahtjev. Nasuprot tomu, INSS, španjolska vlada i Komisija ne slažu se s tim stajalištem te ističu da je Direktiva 79/7 primjenjiv pravni instrument prava EU-a u ovom predmetu. Tužitelj podredno tvrdi da je ta direktiva u svakom slučaju primjenjiva.

22. Slažem se da je Direktiva 79/7 primjenjivi pravni instrument.

23. Naravno, Sud je vezan činjenicama slučaja kako ih je utvrdio nacionalni sud kao i opsegom pitanja i općim okvirom predmeta kako ga je odredio nacionalni sud u odluci kojom se upućuje zahtjev. Međutim, to nije slučaj kada je riječ o primjenjivom pravu Unije. Sud može tumačiti sve relevantne odredbe prava Unije čije je tumačenje nacionalnim sudovima potrebno radi rješavanja predmeta u kojima vode postupke, čak i ako te odredbe nisu izričito istaknute u pitanjima upućenima Sudu<sup>9</sup>. *Iura (Europaea) novit Curia (Europaea)*.

24. Pravo Unije razlikuje strukovne mirovinske sustave, koji su obuhvaćeni pojmom „plaća” iz članka 157. stavaka 1. i 2. UFEU-a<sup>10</sup>, od zakonskih mirovinskih sustava socijalnog osiguranja, koji nisu obuhvaćeni tim pojmom<sup>11</sup>.

25. U sudskoj praksi Suda više je puta potvrđeno da „sustave socijalnog osiguranja ili davanja iz tih sustava, osobito starosne mirovine, koji su izravno uređeni zakonodavstvom, bez ijednog elementa sporazuma unutar poduzetnika ili dotične struke, a koji se obvezujuće primjenjuju na opće kategorije radnika”, nije moguće podvesti pod pojam „plaća” iz članka 157. UFEU-a. To je zato što „ti sustavi osiguravaju radnicima davanje na temelju zakonskog sustava, koji financiranju radnici, poslodavci i moguće doprinosima javna tijela, u mjeri koju ne određuje toliko radni odnos između poslodavca i radnika koliko razlozi socijalne politike”<sup>12</sup>.

26. Tužitelj je na raspravi naveo da se ovaj predmet odnosi na doprinosnu mirovinu koja ovisi o ranijem zaposlenju. Veća plaća rezultira pravom na veću mirovinu. On zato smatra da davanje o kojem je riječ treba smatrati „plaćom” u smislu članka 157. stavka 2. UFEU-a.

27. Točno je, kako to tužitelj ističe, da je u sudskoj praksi *kriterij zaposlenja* određen kao odlučujući čimbenik za kvalifikaciju mirovinskog sustava kao „plaće”<sup>13</sup>. Unatoč tomu, činjenica da se mirovinski sustav financira putem doprinosa čije izračunavanje ovisi o plaći ne pretvara taj mirovinski sustav automatski u „plaću”. Naime, test koji je Sud osmislio uključuje sveobuhvatnu analizu koja se ne oslanja samo na jedan kriterij, kao što je to činjenica da je davanje doprinosno<sup>14</sup>. Iako se davanja iz

8 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. (preinaka) (SL 2006., L 204, str. 23.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 246. i ispravci SL 2017., L 162, str. 56. i SL 2019., L 191, str. 45.)

9 Vidjeti u tom smislu, primjerice, presudu od 19. rujna 2013., Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, t. 40. i 41. i navedenu sudsku praksu).

10 Vidjeti, primjerice, presudu od 17. svibnja 1990., Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, t. 25. do 28.).

11 Vidjeti, primjerice, presudu od 25. svibnja 1971., Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, t. 7. i 8.).

12 Vidjeti, primjerice, presudu od 25. svibnja 1971., Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, t. 7. i 8.).

13 Vidjeti, primjerice, presudu od 28. rujna 1994., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, t. 43.) ili presudu od 29. studenoga 2001., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 28.).

14 U pogledu doprinosnih davanja i njihovoj kvalifikaciji kao „plaće” vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, t. 34. do 38.).

socijalnog osiguranja mogu odnositi na pojam plaće te mogu preko doprinosa biti povezana sa zaposlenjem, za davanja uređena zakonom, bez ijednog elementa pregovaranja u okviru poduzetnika ili određene struke, a koja se primjenjuju na opće kategorije radnika, utvrđeno je da nisu obuhvaćena pojmom „plaća”<sup>15</sup>.

28. Sud je već imao priliku razmatrati razna davanja iz španjolskog općeg sustava socijalnog osiguranja. Više je puta utvrdio da doprinosna davanja, kao što su to starosne mirovine i davanja za slučaj nezaposlenosti te mirovine zbog trajne invalidnosti, na koja se primjenjuje dodatak u pitanju, nisu obuhvaćena pojmom „plaća”, ali ulaze u područje primjene Direktive 79/7<sup>16</sup>.

29. Prema mojem mišljenju, u ovom predmetu nema razloga za odstupanje od tog pristupa. Davanje o kojem je riječ nedvojbeno je dio sustava socijalnog osiguranja uređenog zakonodavstvom – pri čemu ne sadržava nijedan element sporazuma – te je primjenjivo na opću radnu snagu, a ne na određenu kategoriju radnika.

30. Direktivom 2006/54 slijedi se ista razlika utvrđena u sudskoj praksi o članku 157. stavku 2. UFEU-a koja se tiče pojma „plaća”. Područje primjene te direktive izričito je ograničeno na „sustave strukovnog socijalnog osiguranja”, koji su definirani na način da ne uključuju zakonske sustave socijalnog osiguranja<sup>17</sup>.

31. Posljedično, davanje o kojem je riječ nije obuhvaćeno pojmom „plaća” u smislu članka 157. stavka 2. UFEU-a. Ono stoga nije obuhvaćeno ni područjem primjene Direktive 2006/54.

32. Dakle, instrument prava Unije koji se primjenjuje na ovaj predmet jest Direktiva 79/7. Davanje o kojem je riječ dodatak je na mirovinu iz socijalnog osiguranja zbog trajne invalidnosti, koja je dio zakonskog sustava zaštite od jednog od rizika navedenih u članku 3. stavku 1. točki (a) te direktive, to jest od invalidnosti. Kao i sama mirovina, davanje je izravno i stvarno povezano sa zaštitom od rizika invalidnosti. Neraskidivo je povezano s ostvarenjem tog rizika te se njime želi osigurati da njegove korisnice budu prikladno zaštićene od rizika invalidnosti<sup>18</sup> tako što se njime smanjuje rodni jaz<sup>19</sup>.

33. Sva ta razmatranja dovode me do zaključka da je prethodno pitanje potrebno preoblikovati na način da upućuje na Direktivu 79/7.

### ***B. Protivi li se Direktivi 79/7 mjera poput one o kojoj je riječ?***

34. Analiza sukladnosti nacionalne odredbe o kojoj je riječ s Direktivom 79/7 sastoji se od triju koraka. Kao prvo, jesu li muškarci i žene u usporedivoj situaciji za potrebe primjene nacionalne odredbe o kojoj je riječ? (1). Kao drugo, predstavlja li nacionalna odredba o kojoj je riječ diskriminaciju na temelju članka 4. stavka 1. Direktive 79/7? (2). Kao treće, ako je to tako, može li članak 60. stavak 1. LGSS-a biti obuhvaćen jednim od odstupanja predviđenih člankom 7. te direktive? (3).

15 Vidjeti u tom smislu, primjerice, presudu od 25. svibnja 1971., Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, t. 7. i 8.) ili presudu od 28. rujna 1994., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, t. 24.).

16 U pogledu doprinosnih starosnih mirovina, koje su također obuhvaćene dodatkom o kojem je riječ u ovom predmetu, vidjeti, primjerice, presude od 22. studenoga 2012., Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, t. 26.) i od 8. svibnja 2019., Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, t. 56.). U pogledu davanja za slučaj nezaposlenosti vidjeti presudu od 9. studenoga 2017., Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, t. 33. i 34.). U pogledu mirovina zbog trajne invalidnosti vidjeti presude od 16. srpnja 2009., Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, t. 63.) i od 14. travnja 2015., Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, t. 26. i 34.).

17 Vidjeti uvodne izjave 13. i 14. U skladu s njezinim člankom 1. točkom (c), Direktiva 2006/54 primjenjuje se na „sustave strukovnog socijalnog osiguranja”, koji su u njezinu članku 2. stavku 1. točki (f) izričito definirani kao „sustavi koji nisu uređeni Direktivom [...] 79/7”.

18 Vidjeti u tom smislu, kada je riječ o mehanizmima usklađivanja mirovina, presudu od 20. listopada 2011., Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, t. 42. i sljedeće).

19 Vidjeti, o ciljevima mjere, odjeljak B točku 1. podtočku (b) ovog mišljenja.



## 1. Usporedivost

35. Diskriminacija podrazumijeva primjenu različitih pravila na usporedive situacije ili istog pravila na objektivno različite situacije<sup>20</sup>. U skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, analiza usporedivosti ne smije se provesti općenito i apstraktno, nego posebno i konkretno, *s obzirom na davanje o kojem je riječ*. To podrazumijeva da se uzmu u obzir ciljevi konkretne nacionalne mjere ili dotičnog davanja<sup>21</sup>. Stoga su za ocjenu usporedivosti situacija radnica i radnika osobito relevantni (navedeni) zakonodavni ciljevi.

36. U sudskoj praksi Suda, kao i u sekundarnom zakonodavstvu, izdvojene su situacije radnica i radnika koje jednostavno nisu usporedive zbog biološkog stanja žena, a koje obuhvaćaju trudnoću, porođaj i razdoblje neposredno nakon porođaja.

37. S jedne strane, u pogledu pitanja *rodiljnog dopusta* Sud je utvrdio da se žene nalaze „u specifičnoj situaciji koja zahtijeva dodjelu posebne zaštite, no koja se ne može izjednačiti sa situacijom muškarca ili žene koji stvarno obavljaju posao na svojem radnom mjestu”<sup>22</sup>. Sud je više puta istaknuo da „situacija radnika nije usporediva sa situacijom radnice kada je svrha prednosti koju ostvaruju samo radnice nadoknaditi nepovoljniji profesionalni položaj, svojstven rodiljnom dopustu, koji je posljedica izostanka radnice s posla”<sup>23</sup>.

38. S druge strane, Sud je situacije zaposlenih majki i očeva smatrao usporedivima u pogledu mnogih drugih okolnosti povezanih s *roditeljstvom i brigom o djeci*. Situacija žena i muškaraca koji imaju svojstvo roditelja usporedive su kada je riječ o odgoju djece<sup>24</sup>. Oni su stoga u usporedivim situacijama, primjerice, u pogledu moguće potrebe da skrate svoje dnevno radno vrijeme kako bi se brinuli o svojoj djeci<sup>25</sup> ili potrebe za korištenjem dječjih vrtića i jaslica kada su zaposleni<sup>26</sup>.

39. Stoga je u ovom predmetu bitno utvrditi jesu li nacionalna pravila o kojima je riječ povezana s posebnim biološkim svojstvima žena koja se odnose na trudnoću, porođaj i majčinstvo (a). Ako nisu, ključno je odrediti objektivne ciljeve mjere o kojoj je riječ kako bi se utvrdilo nalaze li se radnice i radnici u usporedivim situacijama u tom pogledu (b).

### a) Mjera o zaštiti žena zbog majčinstva u skladu s člankom 4. stavkom 2. Direktive 79/7?

40. Članak 4. stavak 2. Direktive 79/7 predviđa da „[n]ačelo jednakog postupanja ne dovodi u pitanje odredbe o zaštiti žena *zbog majčinstva*”. U skladu s trećom uvodnom izjavom te direktive, „primjena načela jednakosti u području socijalne sigurnosti ne dovodi u pitanje odredbe koje se odnose na zaštitu žena zbog majčinstva” te, „u vezi s tim, države članice mogu usvojiti posebne odredbe za žene s ciljem otklanjanja postojećih slučajeva nejednakosti”.

41. Tu je odredbu moguće promatrati kao priznanje da su žene i muškarci neusporedivi u odnosu na svoja biološka stanja, u skladu sa sudskom praksom istaknutom u točki 37. ovog mišljenja.

20 Vidjeti, primjerice, presudu od 14. srpnja 2016., Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, t. 39. i navedenu sudsku praksu).

21 Vidjeti u tom smislu, primjerice, presude od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 33.) i od 19. srpnja 2017., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 25. i navedenu sudsku praksu). Za više detalja o analizi usporedivosti vidjeti moje mišljenje u predmetu Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, t. 64. do 79.).

22 Vidjeti, primjerice, presude od 13. veljače 1996., Gillespie i dr. (C-342/93, EU:C:1996:46, t. 17.) i od 14. srpnja 2016., Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, t. 39.).

23 Presuda od 29. studenoga 2001., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 41.). Vidjeti također presudu od 16. rujna 1999., Abdoulaye i dr. (C-218/98, EU:C:1999:424, t. 18., 20. i 22.).

24 Vidjeti, primjerice, presude od 25. listopada 1988., Komisija/Francuska (312/86, EU:C:1988:485, t. 14.); od 29. studenoga 2001., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 56.); od 26. ožujka 2009., Komisija/Grčka (C-559/07, neobjavljena, EU:C:2009:198, t. 69.) i od 16. srpnja 2015., Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, t. 47.).

25 Presuda od 30. rujna 2010., Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, t. 24.)

26 Presuda od 19. ožujka 2002., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, t. 30.)

42. Može li se mjera o kojoj je riječ smatrati odredbom „o zaštiti žena zbog majčinstva” u smislu članka 4. stavka 2. Direktive 79/7?

43. Španjolska vlada i INSS ističu da je članak 60. stavak 1. LGSS-a obuhvaćen područjem primjene članka 4. stavka 2. Direktive 79/7. INSS navodi da je mjera u pitanju neodvojivo povezana s majčinstvom jer su žene na koje se odnosi majke: ako nema majčinstva, uopće se ne radi o situaciji koju nacionalna odredba o kojoj je riječ nastoji ispraviti. Španjolska vlada na raspravi je istaknula da članak 4. stavak 2. Direktive 79/7 treba shvatiti u smislu da dopušta mjere pozitivne diskriminacije zbog majčinstva te da ga treba tumačiti široko, u svjetlu članka 157. stavka 4. UFEU-a i članka 23. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja).

44. Nasuprot tomu, tužitelj i Komisija smatraju da mjera o kojoj je riječ ne može biti obuhvaćena člankom 4. stavkom 2. Direktive 79/7. Te zainteresirane strane zagovaraju usko tumačenje te odredbe, u smislu da su njome obuhvaćeni samo aspekti povezani s biološkim stanjem žena. To bi osobito vrijedilo za razdoblje obuhvaćeno roditeljskim dopustom.

45. Izraz „zbog majčinstva” nije definiran u Direktivi 79/7. Koliko mi je poznato, Sud do sada nije tumačio članak 4. stavak 2. te direktive. Međutim, Sud je u nekoliko prigoda tumačio slične odredbe u kontekstu članka 2. stavka 3. Direktive 76/207/EEZ<sup>27</sup>, koji je formulacijom poprilično sličnom onoj iz članka 4. stavka 2. Direktive 79/7 predviđao da ta direktiva „ne dovodi u pitanje odredbe koje se odnose na zaštitu žena, osobito u odnosu na trudnoću i majčinstvo” [neslužbeni prijevod].

46. Sud je u kontekstu članka 2. stavka 3. Direktive 76/207 utvrdio da iznimku za „majčinstvo” treba strogo tumačiti<sup>28</sup>. Sud je njegovu primjenu dosljedno povezivao s biološkim stanjem žena i posebnim odnosom koji postoji između žene i njezina djeteta. Stoga se smatralo da su područjem primjene te odredbe obuhvaćene samo mjere povezane sa zaštitom žena tijekom trudnoće, porođaja i roditeljskog dopusta<sup>29</sup>. Nasuprot tomu, za mjere koje nisu usko povezane sa zaštitom žena u tim situacijama smatralo se da nisu obuhvaćene iznimkom za „majčinstvo”<sup>30</sup>.

47. Sud je taj strogi pristup pojmu „majčinstvo” primijenio i kako bi odredio jesu li situacije radnica i radnika usporedive za potrebe primjene načela jednake plaće iz članka 157. UFEU-a u području strukovnih mirovina. Sud je u presudi u predmetu Griesmar naveo da je mjera prihvatljiva kada je njezina svrha „nadoknaditi nepovoljan profesionalni položaj radnice koji je posljedica njezina izostanka s posla nakon porođaja, u kojem slučaju situacija radnika nije usporediva sa situacijom radnice”<sup>31</sup>. Međutim, Sud je nepovoljan položaj u kojem se žene tijekom svoje profesionalne karijere nalaze zbog prevladavajuće uloge koju imaju u odgoju djece izričito odbio smatrati povezanim s „roditeljskim dopustom” ili s bilo kojom nepogodnosti koja je posljedica izostanka s posla nakon porođaja<sup>32</sup>. Razlog tomu je djelomično bio taj što se dodatak o kojem se radilo u tom predmetu priznavao i u pogledu posvojene djece a da pritom nije bilo povezan s time da je majci ranije priznat posvojiteljski dopust<sup>33</sup>.

27 Članak 2. stavak 7., kako je izmijenjen, Direktive Vijeća od 9. veljače 1976. o primjeni načela jednakosti muškaraca i žena s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uvjete (SL 1976., L 39, str. 40.), koja je izmijenjena Direktivom 2002/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o izmjeni Direktive Vijeća 76/207/EEZ o primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uvjete (SL 2002., L 269, str. 15.). Taj je članak zamijenjen člankom 28. Direktive 2006/54.

28 Vidjeti, primjerice, presudu od 15. svibnja 1986., Johnston (222/84, EU:C:1986:206, t. 44.).

29 Vidjeti, primjerice, u pogledu roditeljskog dopusta presudu od 18. studenoga 2004., Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, t. 33.); u pogledu dodatnog razdoblja roditeljskog dopusta presudu od 12. srpnja 1984., Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, t. 25. i 26.); a u pogledu posebnih pravila o mogućnosti zaposlenih majki ili očeva da koriste dopust presudu od 19. rujna 2013., Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, t. 61. do 65.).

30 Vidjeti, primjerice, presude od 25. listopada 1988., Komisija/Francuska (312/86, EU:C:1988:485, t. 13. i 14.), u pogledu nekoliko „posebnih prava za žene” koja štite žene u njihovu svojstvu starijih radnica ili roditelja, i od 30. rujna 2010., Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, t. 26. do 31.), u pogledu razdoblja dopusta koje je, iako se zvalo „dopust za dojenje”, u biti bilo odvojeno od dojenja kao takvog te koje se moglo smatrati namijenjenim brizi o djeci. Vidjeti u tom smislu također presudu od 16. srpnja 2015., Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, t. 51.), u pogledu roditeljskog dopusta.

31 Presuda od 29. studenoga 2001. (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 46.)

32 *Ibid.*, t. 51.

33 *Ibid.*, t. 52.



48. Stoga se pojam „majčinstvo”, kako ga Sud tumači, odnosi na posebnu biološku stvarnost koja žene i muškarce čini neusporedivima: trudnoću, porođaj i roditeljni dopust. To određuje predmet te posebne zaštite ne samo *ratione materiae* nego, logično, i *ratione temporis* jer se ne može smatrati da su iznimkom za majčinstvo obuhvaćeni bilo koji kasniji događaji ili situacije zbog pukog svojstva majke. *Majčinstvo (maternity)* se stoga mora usko tumačiti. Ne smije ga se izjednačiti s općenitijim pojmom *majčinstva* (u smislu engleskog izraza *motherhood*) ili *roditeljstva*.

49. INSS i španjolska vlada predlažu da se od tog pristupa odstupi u kontekstu Direktive 79/7 te da se „majčinstvo” (*maternity*) šire tumači, kao „majčinstvo” (*motherhood*). Kada je na raspravi upitana da objasni zašto zagovara tako široko tumačenje, španjolska je vlada navela da članak 4. stavak 2. Direktive 79/7 treba tumačiti, s obzirom na članak 157. stavak 4. UFEU-a i članak 23. Povelje, na način da otvara vrata mjerama pozitivne diskriminacije u pogledu majčinstva u širem smislu.

50. Taj mi argument nije uvjerljiv. Kako ću to detaljno objasniti u nastavku<sup>34</sup>, potencijalnu pravnu osnovu za pozitivno djelovanje u kontekstu ovog predmeta možda je moguće pronaći izvan Direktive 79/7, u članku 157. stavku 4. UFEU-a. Ovdje je dovoljno istaknuti da se mjere koje dopuštaju različito postupanje prema ženama i muškarcima, a čine zaštitne mjere zbog majčinstva unutar područja primjene Direktive 79/7, ne temelje na istoj pretpostavci i logici kao opća pravila o pozitivnom djelovanju iz članka 157. stavka 4. UFEU-a. Ne čini mi se da je tvrdnja da bi te opće odredbe o pozitivnom djelovanju trebale moći promijeniti tumačenje usporedivosti u starijem, posebnom sektorskom zakonodavstvu, čime bi jedna od njegovih ključnih odredbi zapravo izgubila učinak, dobar recept za tumačenje propisa.

51. Ukratko, ne vidim nijedan dobar razlog za to da se pojmu „zbog majčinstva” u kontekstu Direktive 79/7 pripiše drukčije i šire značenje. Upravo suprotno, kako to Komisija pravilno upozorava: široko tumačenje odstupanja za „majčinstvo” omogućilo bi različito postupanje kada su majke i očevi doista u usporedivoj situaciji, što bi bilo protivno samoj svrsi navedene direktive.

52. S obzirom na to razumno usko tumačenje izraza „zbog majčinstva”, koje se, prema mojem mišljenju, mora primjenjivati i u kontekstu Direktive 79/7, ne vidim na koji se način može smatrati da je mjera o kojoj je riječ obuhvaćena iznimkom iz članka 4. stavka 2. te direktive.

53. Kratak uvid u posebna obilježja mjere o kojoj je riječ potvrđuje taj zaključak. Dodatak za majčinstvo predviđen člankom 60. stavkom 1. LGSS-a nije povezan ni s jednom posebnom situacijom – ni s trudnoćom, ni s porođajem, ni s roditeljnim dopustom. Naime, ostvarivanje prava na dodatak za majčinstvo u biti nije uvjetovano nijednom od tih situacija.

54. Kao prvo, kako to tužitelj ističe, nije svaka radnica koja ima pristup dodatku za majčinstvo doista bila na roditeljnom dopustu. Budući da, u skladu s nacionalnim pravom, posvojiteljski dopust mogu koristiti i žene i muškarci<sup>35</sup>, moguće je da žena dodatak za majčinstvo ostvari čak i ako nije bila na takvom dopustu i, uostalom, čak i ako nije bila trudna ili rodila dijete. Kao drugo, kada dijete ima dvije majke<sup>36</sup>, obje će imati pravo na dodatak za majčinstvo, iako je možda samo jedna od njih bila na roditeljnom dopustu. Budući da mjera o kojoj je riječ ne predviđa nijedan uvjet prema kojem žene moraju prestati raditi kada rode djecu, veza s roditeljnim dopustom nedostaje, primjerice, i u situacijama u kojima žena rodi dijete prije nego što se zaposli. Kao treće, činjenica da se mjera o kojoj je riječ ne primjenjuje na majke samo jednog djeteta potvrđuje da nije povezana sa zaštitom majčinstva.

<sup>34</sup> Vidjeti odjeljak C, točke 93. i 96. ovog mišljenja.

<sup>35</sup> U skladu s člankom 48. stavkom 5. Leya del Estatuto de los Trabajadores (Zakon o radu), u verziji koja proizlazi iz Real decreta legislativo 2/2015 (Kraljevska zakonodavna uredba 2/2015) od 23. listopada 2015. (BOE br. 255 od 24. listopada 2015.).

<sup>36</sup> Tužitelj objašnjava da je to moguće u skladu s člankom 44. stavkom 5. Leya 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (Zakon 20/2011 od 21. srpnja 2011. o matičnim knjigama) (BOE br. 175 od 22. srpnja 2011.).

55. Stoga, sve u svemu, mjera ne obuhvaća neke situacije koje su očito i objektivno povezane s majčinstvom, dok obuhvaća neke situacije koje nisu. Takvo zakonodavno uređenje teško bi se uklopilo u okvir članka 4. stavka 2. Direktive 79/7.

56. Također se čini da su i INSS i španjolska vlada naposljetku priznali da je konkretan cilj članka 60. stavka 1. LGSS-a znatno širi od cilja zaštite žena zbog majčinstva u gore opisanom (užem) smislu.

57. Sva ta razmatranja potvrđuju da članak 60. stavak 1. LGSS-a ne sadržava nijedan element koji uspostavlja vezu između dodatka i nepovoljnog profesionalnog položaja povezanog s pojmom „majčinstvo” u smislu članka 4. stavka 2. Direktive 79/7.

b) Koji su ciljevi mjere o kojoj je riječ?

58. U skladu s člankom 60. stavkom 1. LGSS-a, dodatak za majčinstvo uveden je kao priznanje „demografskog doprinosa” socijalnoj sigurnosti. Kako to Komisija ističe, preambula zakona kojim je donesena mjera o kojoj je riječ ne sadržava nikakvo konkretnije objašnjenje od toga<sup>37</sup>.

59. Ako se usredotočimo na navedeni cilj samog članka 60. stavka 1. LGSS-a, teško je razumjeti kako to žene i muškarci nisu u usporedivoj situaciji kada je riječ o njihovu „demografskom doprinosu” sustavu socijalnog osiguranja jer su za reprodukciju, kako se čini, još uvijek potrebni oboje<sup>38</sup>.

60. Međutim, kako to proizlazi iz pripremnih akata i političkog konteksta, kako su ih opisali Komisija, INSS i španjolska vlada, mjera o kojoj je riječ počiva na i teži mnogo širem cilju.

61. Iz Komisijinih očitovanja kao i iz pisanog odgovora španjolske vlade na pitanje Suda proizlazi da je parlamentarnom izmjenom kojom je donesena mjera istaknuta potreba za priznavanjem rodne dimenzije mirovina i uklanjanjem ili barem  *smanjivanjem rodnog jaza u pogledu mirovina*<sup>39</sup>. To je zato što žene češće odustaju od posla kako bi se brinule o djeci, što izravno utječe na njihov dohodak kao i na njihove mirovine te rezultira fenomenom tzv. „dvostruke kazne”<sup>40</sup>. Mjerom se stoga želi uvesti pojam „demografski doprinos” kako bi se priznali naponi koje žene ulažu u brigu o djeci i njihov odgoj, na štetu svojih poslovnih djelatnosti<sup>41</sup>. To je i španjolski ustavni sud smatrao ciljem mjere: cilj je dati naknadu majkama koje su se, unatoč svojoj namjeri da imaju dulji poslovni život, posvetile brizi o djeci, zbog čega nisu mogle doprinose uplaćivati dugo koliko i ostali radnici<sup>42</sup>.

62. Štoviše, INSS je podnio statističke dokaze o tome da je iznos doprinosa uplaćenih u sustav socijalnog osiguranja izravno povezan s rodnom i brojem djece. Rodni jaz u pogledu mirovina, u skladu s tim dokazima, više pogađa žene koje su majke dvoje ili više djece.

37 Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Zakon 48/2015 o općem državnom proračunu za 2016.) (BOE br. 260 od 10. listopada 2015.)

38 Unatoč određenom početnom oklijevanju u pogledu mogućnosti aktivacije oocita partenogenezom koja započinje postupak razvoja ljudskog bića u neoplođenoj ljudskoj jajnoj stanici (vidjeti presudu od 18. listopada 2011., Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, t. 36., ali vidjeti također presudu od 18. prosinca 2014., International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, t. 38.), čini se da su za začecje, čak i prema pravu Unije, još uvijek potrebna oba spola.

39 Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados (1.9.2015., Serie A, br.º 163.-4., str. 2812. do 2814.).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017, (Sveobuhvatni plan potpore obiteljima 2015. – 2017.), koji je 14. svibnja 2015. odobrilo Vijeće ministara (dostupan na [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 (Izveštje o dodatku za majčinstvo na doprinosne mirovine), koje je španjolska vlada u lipnju 2015. poslala Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (Komisija za ocjenu i praćenje sporazumâ o paktu iz Toleda).

42 Rješenje Tribunal Constitucional (Ustavni sud, Španjolska) od 16. listopada 2018. (br. 3307-2018, ES:TC:2018:114A, točka 3. podtočka (b)).

63. Iz upravo spomenutih elemenata može se donijeti prvi preliminarni zaključak. Jasno je da mjera o kojoj je riječ u biti *nije* namijenjena zaštiti žena koje se posvete brizi o djeci. Naime, članak 60. stavak 1. LGSS-a ne predviđa nijedan uvjet koji davanje o kojem je riječ povezuje sa stvarnom brigom o djeci. Ta odredba ne zahtijeva da se dokaže korištenje roditeljskog dopusta, prekid zaposlenja ili barem određeno smanjenje radnih sati. Čak i kada bi to bilo navedeno kao cilj, od tog navođenja ne bi bilo prevelike koristi jer je Sud više puta utvrdio da se očevi i majke nalaze u usporedivoj situaciji kada je riječ o brizi o djeci<sup>43</sup>.

64. Drugi preliminarni zaključak jest da se smanjenje *rodnog jaza u pogledu mirovina*, koji proizlazi iz općih statističkih podataka koji pokazuju da se žene koje su majke dvoje ili više djece nalaze u osobito nepovoljnom položaju u odnosu na svoja mirovinska prava, čini kao stvarni cilj mjere o kojoj je riječ.

65. Potonji cilj automatski otvara pitanje je li takva strukturna nejednakost dovoljna da žene i muškarce čini neusporedivima u svakoj danoj situaciji.

66. Prema mojem mišljenju, to ne može biti slučaj. Točno je da su se u nekim slučajevima u sudskoj praksi Suda razlike između različitih skupina osoba uzimale u obzir kako bi se odbila njihova usporedivost<sup>44</sup>. Međutim, Sud je usporedivom smatrao situaciju osoba iz različitih dobnih skupina koje su snosile posljedice strukturnih problema, kao što je nezaposlenost<sup>45</sup>. Osim toga, Sud je upozorio da se ne treba previše oslanjati na poopćenja i statističke podatke jer to može dovesti do diskriminatornog postupanja između žena i muškaraca u danoj situaciji<sup>46</sup>. Naime, postojanje pouzdanih statističkih dokaza o strukturnim razlikama koje pogađaju žene ne znači da ne postoje slučajevi u kojima su žene i muškarci u usporedivoj situaciji.

67. Ne vidim zašto se taj pristup ne bi primijenio i u ovom predmetu. Osim toga, argumente u pogledu različitih situacija pojedinih skupina, pod uvjetom da takva razlika nije tako velika da skupine čini potpuno neusporedivima, treba pravilno ocijeniti u fazi opravdanja<sup>47</sup> ili, ako je to relevantno, u okviru ocjene za „pozitivno djelovanje”. Konkretno, „pozitivno djelovanje” omogućuje da se odstupi od pojedinačnog pristupa jednakosti kako bi se u obzir uzeo nepovoljan položaj skupine, u svrhu ostvarenja suštinske jednakosti<sup>48</sup>.

68. Stoga moram zaključiti da postojanje opće, strukturne nejednakosti u pogledu mirovina ne znači da radnice i radnici koji su roditelji dvoje ili više djece ne mogu biti u usporedivom položaju kada je riječ o davanju u pitanju, to jest o pristupu (dodatku na) doprinosnu invalidsku mirovinu.

## 2. Diskriminacija

69. Zbog naravi mjere o kojoj je riječ, analiza je li članak 60. stavak 1. LGSS-a diskriminatoran nužno će biti iznimno kratka. Ta odredba pravo na dodatak priznaje isključivo ženama. Ona stoga predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola, što utječe na izračun davanjâ u smislu članka 4. stavka 1. Direktive 79/7.

43 Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješkama 29. i 30. ovog mišljenja.

44 Presuda od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 37. do 39.)

45 Vidjeti presudu od 19. srpnja 2017., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 26. i 27.).

46 Vidjeti u tom smislu presudu od 3. rujna 2014., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, t. 38.). Vidjeti također, što se tiče argumenata poprilično sličnih onima koje su španjolska vlada i INSS istaknuli u ovom predmetu, presudu od 29. studenoga 2001., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 56.).

47 U pogledu unutarnje prenosivosti između tih kategorija, vidjeti moje mišljenje u predmetu Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, t. 61. i 62.).

48 Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Tesaura u predmetu Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, t. 8.). Za moj prijedlog u tom smislu vidjeti odjeljak C ovog mišljenja.

70. Kako to Komisija pravilno ističe, u okviru Direktive 79/7 nije moguće opravdati takav slučaj izravne diskriminacije<sup>49</sup>. Odstupanje od zabrane izravne diskriminacije na temelju spola moguće je samo u slučajevima koji su taksativno navedeni u toj direktivi<sup>50</sup>. Stoga je potrebno ispitati može li mjera o kojoj je riječ biti obuhvaćena člankom 7. stavkom 1. Direktive 79/7.

### 3. Članak 7. stavak 1. Direktive 79/7

71. Zbog iznimno osjetljive naravi socijalne sigurnosti i rasprostranjenih razlika u postupanju prema ženama i muškarcima koje su postojale kada se pregovaralo o Direktivi 79/7, člankom 7. stavkom 1. državama članicama dopuštalo se da se iz njezina područja primjene isključe određena pitanja. Naime, Direktiva 79/7 bila je namijenjena „samo postupnoj” provedbi načela jednakog postupanja prema ženama i muškarcima<sup>51</sup>. Iznimke predviđene člankom 7. stavkom 1. stoga nije moguće logički povezati sa sustavnim pokušajem zaštite žena ili pozitivnom diskriminacijom. Umjesto toga, njihov je cilj očuvanje određenih elemenata sustava socijalnog osiguranja koji su postojali u vrijeme donošenja direktive<sup>52</sup>.

72. Među pitanjima koja države članice mogu isključiti iz područja primjene Direktive 79/7, u članku 7. stavku 1. točki (b) spominju se „pogodnosti sustava starosnih mirovina odobrenih osobama koje su odgojile djecu” i „stjecanje prava na davanja nakon prekida zaposlenja zbog odgoja djece”.

73. INSS i španjolska vlada općenito tvrde da je mjera o kojoj je riječ u ovom slučaju obuhvaćena tom iznimkom.

74. Tužitelj pak tvrdi da iznimka iz članka 7. stavka 1. točke (b) nije primjenjiva. On smatra da je ta iznimka primjenjiva samo na starosne mirovine, a ne i na invalidske mirovine poput one o kojoj je riječ.

75. Ne vidim zašto članak 7. stavak 1. točka (b) ne bi bio primjenjiv na mirovinu zbog trajne invalidnosti. Naime, dok se u prvom dijelu te odredbe spominje „starosna” mirovina, to nije slučaj u njezinu drugom dijelu, u kojem se općenito govori o stjecanju prava na davanja nakon prekida zaposlenja zbog odgoja djece. U biti, Sud je iznimku iz članka 7. stavka 1. točke (b) već primijenio u kontekstu španjolskih mirovina zbog trajne invalidnosti<sup>53</sup>.

76. Međutim, članak 7. stavak 1. točka (b) u ovom predmetu nije primjenjiv zbog jednog drugog razloga. Kako to tužitelj pravilno ističe, članak 60. stavak 1. LGSS-a *nije povezan ni s kakvim stvarnim prekidom zaposlenja zbog odgoja djece*. Dodatak za majčinstvo priznaje se neovisno o tome je li zaposlenje prekinuto roditeljskim, roditeljskim ili bilo kojim drugim dopustom<sup>54</sup>.

77. Dodao bih radi pojašnjenja da, čak i da je mjera poput one o kojoj je riječ doista povezana s prekidom zaposlenja zbog odgoja djece, to, prema mojem mišljenju, ne bi značilo da se može podvesti pod iznimku iz članka 7. stavka 1. točke (b).

49 Vidjeti, po analogiji, presude od 18. studenoga 2010., Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, t. 41.) i od 12. rujna 2013., Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, t. 50.).

50 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. lipnja 2018., MB (Promjena spola i starosna mirovina) (C-451/16, EU:C:2018:492, t. 50. i navedenu sudsku praksu).

51 Vidjeti presude od 11. srpnja 1991., Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, t. 25.) i od 16. srpnja 2009., Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, t. 60.).

52 Kako je to naglašeno u sudskoj praksi, iako ti ciljevi nisu navedeni u uvodnim izjavama Direktive 79/7, „iz naravi iznimaka predviđenih u članku 7. stavku 1. direktive moguće je zaključiti da je zakonodavac Zajednice namjeravao državama članicama dopustiti da privremeno zadrže pogodnosti koje su ženama dodijeljene u vezi s umirovljenjem kako bi im omogućio da svoje mirovinske sustave u tom pogledu postupno prilagode a da pritom ne poremete složenu financijsku ravnotežu tih sustava, čija se važnost nije mogla zanemariti”. Vidjeti, primjerice, presude od 30. travnja 1998., De Vriendt i dr. (C-377/96 do C-384/96, EU:C:1998:183, t. 26.) i od 27. travnja 2006., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, t. 35.).

53 Presuda od 16. srpnja 2009., Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, t. 60. i 63.).

54 Vidjeti točku 63. ovog mišljenja.



78. Kako to Komisija i tužitelj pravilno navode, iznimke iz članka 7. stavka 1. Direktive 79/7 osmišljene su u kontekstu *postupnog uklanjanja* razlika u postupanju<sup>55</sup> te ih se mora strogo tumačiti<sup>56</sup>. Iako se u članku 7. stavku 2. i članku 8. stavku 2. te direktive upućuje na mogućnost država članica da „zadrže” postojeće odredbe, Sud članak 7. stavak 1. nije tumačio kao strogu klauzulu o mirovanju (*standstill*). U sudskoj se praksi prihvaća da je članak 7. stavak 1. Direktive 79/7 primjenjiv na naknadno usvajanje mjera koje nije moguće odvojiti od već postojećih mjera koje su obuhvaćene tom iznimkom, kao i na izmjene takvih mjera<sup>57</sup>.

79. Međutim, pravilo o kojem je riječ u ovom predmetu nikako nije moguće razumno tumačiti na način da je povezano s *postupnim napredovanjem* prema punoj primjeni načela jednakosti između žena i muškaraca u području socijalne sigurnosti. Mjera je usvojena 2015., nekoliko desetljeća nakon što je Direktiva 79/7 stupila na snagu. Tek je ubačena u nacionalni pravni kontekst, u kojem nije bilo sličnih odredbi s kojima je se moglo povezati. Stoga tu mjeru nije moguće smatrati nužnom za ikakvo već postojeće uređenje u kojem se primjenjuje odstupanje iz članka 7. stavka 1. točke (b) niti od njega neodvojivom. Osim toga, ona nije povezana ni s općim ciljem članka 7. stavka 1. da se očuva financijska ravnoteža sustava socijalne sigurnosti.

80. Stoga moram zaključiti da nije moguće smatrati da je mjera o kojoj je riječ obuhvaćena iznimkom iz članka 7. stavka 1. točke (b) Direktive 79/7.

### C. Članak 157. stavak 4. UFEU-a

81. Unatoč mojem utvrđenju da se članak 60. stavak 1. LGSS-a protivi Direktivi 79/7, preostaje analizirati može li mjera o kojoj je riječ ipak biti dopuštena na temelju članka 157. stavka 4. UFEU-a, odredbe koju su zainteresirane strane koje su podnijele očitovanja u ovom predmetu opširno razmatrale.

82. Članak 157. stavak 4. UFEU-a predviđa da, „[r]adi osiguranja u praksi potpune jednakosti između muškaraca i žena u radnom okruženju, načelo jednakog postupanja ne sprečava nijednu državu članicu da provodi ili donese mjere koje osiguravaju posebne prednosti kako bi se nedovoljno zastupljenom spolu olakšalo bavljenje stručnom djelatnošću ili spriječio odnosno nadoknadio nepovoljan položaj u njihovoj profesionalnoj karijeri”. Dakle, ta odredba omogućuje „iskupljenje” ili ponovno usklađivanje s pravom Unije mjera koje nisu obuhvaćene posebnim iznimkama ili odstupanjima koja su u području jednakosti spolova predviđena u sekundarnom zakonodavstvu<sup>58</sup>.

83. Međutim, područje primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a ostaje nejasno. Kao prvo, i dalje se ne zna je li članak 157. stavak 4. UFEU-a ograničen na područje „jednake plaće” ili pak ima šire područje primjene (1). Kao drugo, kakve je mjere moguće smatrati obuhvaćenima tom odredbom, osobito kada je riječ o mjerama koje služe tomu da se „nadoknadi nepovoljan položaj u profesionalnoj karijeri”? (2) Nakon što sam načelno razmotrio ta dva ključna pitanja i utvrdio da bi određene pažljivo sastavljene nacionalne mjere u području mirovina iz socijalnog osiguranja mogle biti obuhvaćene područjem primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a, i dalje moram zaključiti da mjera o kojoj je riječ u ovom slučaju nije jedna od njih jer ne zadovoljava osnovne zahtjeve proporcionalnosti (3).

55 Vidjeti, primjerice, presudu od 7. srpnja 1992., *Equal Opportunities Commission* (C-9/91, EU:C:1992:297, t. 14.).

56 Vidjeti, primjerice, u pogledu članka 7. stavka 1. točke (a) presudu od 21. srpnja 2005., *Vergani* (C-207/04, EU:C:2005:495, t. 33. i navedenu sudsku praksu).

57 Vidjeti presude od 7. srpnja 1994., *Bramhill* (C-420/92, EU:C:1994:280) i od 23. svibnja 2000., *Hepple i dr.* (C-196/98, EU:C:2000:278, t. 23.) kao i mišljenje nezavisnog odvjetnika A. Saggija u predmetu *Hepple i dr.* (C-196/98, EU:C:1999:495, t. 21. do 24.) i mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Mischoa u predmetu *Taylor* (C-382/98, EU:C:1999:452, t. 66. do 69.).

58 Vidjeti, primjerice, za sugestiju da se članak 157. stavak 4. UFEU-a može primijeniti na situacije u kojima je nacionalna mjera proglašena nespojivom s posebnim pravilima sekundarnog prava Unije koja dopuštaju pozitivno djelovanje presude od 28. ožujka 2000., *Badeck i dr.* (C-158/97, EU:C:2000:163, t. 14.); od 6. srpnja 2000., *Abrahamsson i Anderson* (C-407/98, EU:C:2000:367, t. 40., 54. i 55.) i od 30. rujna 2004., *Briheche* (C-319/03, EU:C:2004:574, t. 29. i 30.).



1. Područje primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a i „jednaka plaća”

84. Davanje o kojem je riječ ne ulazi u pojam „plaća” u smislu članka 157. stavka 2. UFEU-a<sup>59</sup>. Može li članak 157. stavak 4. UFEU-a iskupiti nacionalnu mjeru koja nije obuhvaćena područjem primjene članka 157. stavka 2. UFEU-a?

85. Kada je o tome upitana na raspravi, Komisija je navela da područje primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a, imajući na umu da je pojam „profesionalna karijera” iz te odredbe veoma širok, nije ograničeno na pojam „jednaka plaća”. On je stoga primjenjiv i na područje socijalne sigurnosti.

86. Slažem se s Komisijom da nema razloga područje primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a ograničiti na područje „jednake plaće”.

87. Istina, konkretna odredba koja državama članicama dopušta usvajanje mjera „pozitivnog djelovanja” nalazi se u članku 157. UFEU-a, koji se povijesno odnosio na „jednaku plaću”. Međutim, niz elemenata podupire stajalište da stavak 4. te odredbe nadilazi posebno područje „jednake plaće”.

88. Kao prvo, tekst članka 157. stavka 4. UFEU-a očito je prilično širok. On predviđa iznimku od „načela jednakog postupanja” prema muškarcima i ženama, a ne od načela „jednake plaće”, pri čemu ne postavlja nikakva izričita ograničenja u pogledu područja u kojima se ta iznimka treba primjenjivati<sup>60</sup>. Mjere čije usvajanje ta odredba omogućuje jednako su široko opisane, kao „mjere koje osiguravaju posebne prednosti kako bi se nedovoljno zastupljenom spolu olakšalo bavljenje stručnom djelatnošću” ili „spriječio odnosno nadoknadio nepovoljan položaj u njihovoj profesionalnoj karijeri”. Slično tomu, ciljevi članka 157. stavka 4. UFEU-a određeni su pozivanjem na veoma široku svrhu „osiguranja u praksi potpune jednakosti [...] u radnom okruženju”.

89. Kao drugo, s gledišta sustavnog tumačenja, svako potencijalno opće ograničenje članka 157. UFEU-a na specifično područje „jednake plaće” isključeno je člankom 157. stavkom 3. UFEU-a, koji čini široku pravnu osnovu koja nadilazi načelo jednake plaće te uključuje usvajanje „mjera za osiguranje primjene načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada”<sup>61</sup>.

90. Kao treće, točno je da je Sud u prošlosti prihvatio „usko” tumačenje iznimke za pozitivno djelovanje, zajamčene člankom 2. stavkom 4. Direktive 76/207, navodeći da je ta odredba činila odstupanje od načela jednakog postupanja<sup>62</sup>. Međutim, to je stajalište s vremenom napušteno<sup>63</sup>. Ono nije prisutno u sudskoj praksi koja se tiče šire i sveobuhvatne iznimke za pozitivno djelovanje predviđene člankom 157. stavkom 4. UFEU-a. Smatram da to nije slučajnost. Člankom 157. stavkom 4. u primarnom je pravu konsolidirana vizija suštinske jednakosti u području jednakosti spolova te on stoga ne čini puko odstupanje koje treba usko tumačiti.

59 Vidjeti točke 27. do 31. ovog mišljenja.

60 Vidjeti Tobler, C., „Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam”, *European Journal of Law Reform*, sv. 1., br. 1, Kluwer Law International, 2000., str. 135. do 151., na str. 142.

61 Langenfeld, C., „AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen” u Grabitz, E., Hilf, M. i Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C. H. Beck, München, 2019., Werkstand: 66. Rn. 84. Vidjeti također Krebber, S., „Art 157 AEUV” u Callies, C. i Ruffert, M., *EU/EAUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C. H. Beck, München, 2016., Rn. 73.

62 Vidjeti presudu od 17. listopada 1995., Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, t. 21.).

63 Vidjeti u tom smislu presudu od 11. studenoga 1997., Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, t. 32.), u kojoj se više ne spominje obveza „uskog tumačenja”, ili presude od 19. ožujka 2002., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, t. 39.) i od 30. rujna 2004., Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, t. 24.). Vidjeti također po analogiji presudu od 22. siječnja 2019., Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, t. 65.).

91. Stoga smatram da članak 157. stavak 4. UFEU-a treba tumačiti na način da dopušta, pod okriljem „pozitivne diskriminacije”, usvajanje mjera koje bi zbog načela jednakog postupanja zajamčenog Direktivom 79/7 inače bilo spriječeno, pod uvjetom da su te mjere namijenjene osiguravanju „u praksi potpune jednakosti između muškaraca i žena u radnom okruženju” i „posebnih prednosti kako bi se nedovoljno zastupljenom spolu olakšalo bavljenje stručnom djelatnošću” ili „spriječio odnosno nadoknadio nepovoljan položaj u njihovoj profesionalnoj karijeri”.

92. Međutim, tu je još jedno prethodno pitanje: primjenjuje li se članak 157. stavak 4. UFEU-a na područje socijalne sigurnosti? Naime, to je područje obuhvaćeno posebnim režimom, donekle odsječeno od svih ostalih instrumenata u području jednakosti spolova glede radnih uvjeta i plaće te uređeno jedinom preživjelom od „starih” direktiva, usvojenih na temelju članka 235. UEEZ-a (sada članak 352. UFEU-a)<sup>64</sup>.

93. Unatoč tomu, iz šire se perspektive mora naglasiti da bi isključenje područja uređenog Direktivom 79/7 iz područja primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a dovelo do prilično paradoksalne posljedice u smislu da bi se područje socijalne sigurnosti izoliralo i isključilo iz cilja ostvarenja suštinske jednakosti u praksi koji se želi postići tom odredbom. To je zato što odredbe Direktive 79/7 koje predviđaju mogućnost odstupanja, članak 4. stavak 2. i članak 7., nisu prikladno sredstvo za pozitivnu diskriminaciju. Razlog tomu je uglavnom usko tumačenje koje se objema treba pridati, ali ujedno, i konkretnije, njihove različite strukture i svrhe.

94. Osim toga, kako je to već navedeno, Direktiva 79/7 je „posljednji Mohikanac” zakonodavstva o jednakosti iz 1970-ih i 1980-ih koji je još uvijek na snazi. Ljepota, jasnoća i jednostavnost njezina izražaja, kojima se iz perspektive današnjeg zakonodavnog pisanja možemo samo diviti, ne smiju nas odvratiti od činjenice da je društvena stvarnost s kojom smo bili suočeni 1978. nužno bila drukčija od one otprilike četrdeset godina kasnije.

95. Međutim, unatoč svemu tomu, i dalje smatram da je prihvaćanje, pod određenim uvjetima, članka 157. stavka 4. UFEU-a kao opravdanja za usko uređene mjere u području socijalne sigurnosti koje su obuhvaćene područjem primjene Direktive 79/7, ali koje su očito protivne njezinim odredbama, sustavno i logički bolje od alternative koju zagovaraju INSS i španjolska vlada, to jest da se pojmovi sadržani u Direktivi 79/7 počnu tumačiti te u biti mijenjati u svjetlu članka 157. stavka 4. UFEU-a i bilo koje vizije (suštinske) jednakosti<sup>65</sup>.

96. Kako je to već navedeno, u članku 4. stavku 2. Direktive 79/7 prihvaća se da muškarci i žene u posebnoj situaciji majčinstva nisu u usporedivoj situaciji, ali se u njemu, kao takvom, ne ustanovljuje poseban put za „pozitivno djelovanje”<sup>66</sup>. Točno je da konceptualni temelji pozitivnog djelovanja dijele neke elemente logike na kojoj počivaju utvrđenja o neusporedivosti koja se odnosi na majčinstvo upravo zbog specifičnog nepovoljnog položaja u kojem se jedna od odnosnih skupina nalazi i cilja

<sup>64</sup> Ostale „stare” direktive u tom području preinačene su Direktivom 2006/54 – čija je pravna osnova članak 157. stavak 3. UFEU-a – ili izmijenjene pravnim aktima donesenima na toj istoj pravnoj osnovi (to je slučaj prethodno navedene Direktive Vijeća 76/207 te također Direktive Vijeća 75/117/EEZ od 10. veljače 1975. o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na primjenu načela jednake plaće za muškarce i žene (SL 1975., L 45, str. 19.); Direktive Vijeća 86/378/EEZ od 24. srpnja 1986. o provedbi načela jednakog postupanja za muškarce i žene u programima profesionalnih socijalnih osiguranja (SL 1986., L 225, str. 40.) i Direktive Vijeća 86/613/EEZ od 11. prosinca 1986. o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji obavljaju samostalnu djelatnost, uključujući poljoprivredne djelatnosti, i zaštitu majčinstva (SL 1986., L 359, str. 56.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 3., str. 41.)).

<sup>65</sup> Vidjeti točku 50. ovog mišljenja.

<sup>66</sup> Vidjeti točke 41. i 50. ovog mišljenja.

ostvarenja suštinske jednakosti<sup>67</sup>. Međutim, barem u području diskriminacije na temelju spola, te dvije konceptualne kategorije – majčinstvo kao jedno od obilježja koje onemogućuje usporedivost i mogućnost poduzimanja pozitivnog djelovanja kako bi se ispravio ili nadoknadio nepovoljan položaj žena – odvojene su u zakonodavstvu i sudskoj praksi<sup>68</sup>.

97. To nije puka slučajnost. Naime, logika na kojoj počivaju te iznimke je različita: iznimka koja se odnosi na mjere za zaštitu žena zbog majčinstva, kao što je članak 4. stavak 2. Direktive 79/7, temelji se na neusporedivosti s obzirom na vrlo konkretnu biološku stvarnost koja se nikada neće promijeniti. Ona nije namijenjena ispravljanju ili nadoknađivanju postojeće neravnoteže ili strukturno nepovoljnog položaja koji mogu nestati s društvenim napretkom. U biti, članak 4. stavak 2. Direktive 79/7 djeluje neovisno o bilo kakvim postojećim nepovoljnim položajima ili nedovoljnoj zastupljenosti.

98. Osim toga, razlikovanje je prilično važno iz perspektive funkcija i ciljeva iznimke za majčinstvo i pozitivnog djelovanja. Mnoge od nepogodnosti kojima su žene izložene proizlaze iz društveno oblikovane uloge koja im se pripisuje te će široko tumačenje iznimke za „majčinstvo” (*maternity*) na način da obuhvaća i „majčinstvo” (*motherhood*) vjerojatno zadržati i dodatno učvrstiti te uloge, što se stoga protivi samoj svrsi pozitivnog djelovanja.

99. Što se tiče članka 7. Direktive 79/7, već njegovo ograničeno područje primjene, povezano s postupnosti te direktive, čini važnu zapreku tumačenju te odredbe kao prikladnog puta za pozitivno djelovanje u području socijalne sigurnosti. Osim toga, kako je to već istaknuto, svrha te odredbe nije toliko povezana s idejom suštinske jednakosti, nego s logikom zadržavanja nekih postojećih razlika u „korist” žena, uz istodobno očuvanje fiskalne ravnoteže sustava socijalne sigurnosti<sup>69</sup>.

100. Ukratko, isključenje socijalne sigurnosti iz područja primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a značilo bi da bi Direktiva 79/7 bila jedini poseban instrument u području socijalne sigurnosti kojim se provodi Unijino načelo jednakosti žena i muškaraca, a koji je isključen iz suštinskog pristupa jednakosti koji se člankom 157. stavkom 4. UFEU-a prepoznaje kao opća odredba o „pozitivnom djelovanju” na temelju spola.

101. Tu mi je posljedicu teško prihvatiti. Naime, članak 157. stavak 4. UFEU-a trebao bi služiti i opravdanju nacionalne mjere koja bi inače bila diskriminatorna u posebnom pravnom okviru uspostavljenom primjenjivim sekundarnim zakonodavstvom Unije, uključujući Direktivu 79/7, ako takva mjera ispunjava zahtjeve te odredbe Ugovora, to jest ako su te mjere namijenjene osiguravanju „u praksi potpune jednakosti između muškaraca i žena u radnom okruženju” i „posebnih prednosti kako bi se nedovoljno zastupljenom spolu olakšalo bavljenje stručnom djelatnošću” ili „spriječio odnosno nadoknadio nepovoljan položaj u njihovoj profesionalnoj karijeri”.

<sup>67</sup> Vidjeti, primjerice, presudu od 18. ožujka 2004., Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, t. 37.), u kojoj je članak 2. stavak 3. Direktive 76/207 povezan s ciljem „ostvarenja suštinske, a ne formalne jednakosti”. Vidjeti također presudu od 30. travnja 1998., Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, t. 26.).

<sup>68</sup> To potvrđuje činjenica da mjere zaštite žena zbog majčinstva i mjere pozitivnog djelovanja imaju različite pravne osnove, kako je to Komisija istaknula na raspravi. Iznimka za „majčinstvo” predviđena je u članku 28. stavku 1. Direktive 2006/54, dok se opća odredba u pogledu pozitivnog djelovanja nalazi u članku 3. te direktive. To je bio slučaj i s Direktivom 76/207, u kojoj su tim dvjema različitim kategorijama također bile posvećene dvije različite odredbe (članak 2. stavci 3. i 4. – nakon izmjene članak 2. stavci 7. i 8.). Iznimka za „majčinstvo” i „pozitivnom djelovanju” također su posvećene različite odredbe u članku 4. stavku 2. i članku 6. Direktive 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga (SL 2004., L 373, str. 37.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 101.). Ali, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Tesaura u predmetu Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, t. 17.), u kojem je, kako se čini, članak 2. stavak 3. Direktive 76/207 prikazan kao mjera „pozitivnog djelovanja”.

<sup>69</sup> Vidjeti bilješku 52. ovog mišljenja i navedenu sudsku praksu.

## 2. Nadoknađivanje nepovoljnog položaja u profesionalnoj karijeri

102. Komisija, iako je prihvatila da bi članak 157. stavak 4. UFEU-a potencijalno mogao biti primjenjiv u području socijalne sigurnosti, ističe da mjeru o kojoj je riječ nije moguće podvesti pod iznimku za „pozitivno djelovanje” predviđenu tim člankom na temelju tumačenja koje je Sud u presudama u predmetima Griesmar i Leone pripisao odredbama koje su mu prethodile.

103. Sud je u predmetu Griesmar tumačio članak 6. stavak 3. Sporazuma o socijalnoj politici<sup>70</sup> u slučaju koji se odnosio na dodatak za mirovinu na ime djece koji se u okviru strukovnog mirovinskog sustava priznavao službenicima. Sud je utvrdio da ta mjera ne predstavlja mjeru pozitivnog djelovanja u smislu članka 6. stavka 3. Sporazuma o socijalnoj politici. Za mjeru se nije činilo „da nadoknađuje nepovoljan položaj u kojem se nalaze službenice tako što im pomaže u njihovoj profesionalnoj karijeri”. Sud je istaknuo da je „ta mjera, naprotiv, ograničena na odobravanje službenicima koje su majke dodatka za mirovinu u trenutku njihova umirovljenja, a ne rješava probleme s kojima se mogu suočavati tijekom svojih profesionalnih karijera”<sup>71</sup>. To je potvrđeno u presudi Leone<sup>72</sup> kao i u nekoliko presuda u vezi s povredama Ugovora koje su se odnosile na određene pogodnosti dodijeljene službenicima u pogledu dobi umirovljenja i broja godina provedenih u službi potrebnog za umirovljenje<sup>73</sup>.

104. Na prvi pogled, razmatranja u toj presudi u potpunosti vrijede i za raspravu o članku 157. stavku 4. UFEU-a u ovom predmetu. Naime, dodatak za majčinstvo utječe na mirovinska prava nakon priznanja situacije trajne potpune invalidnosti, a ne tijekom tužiteljeve profesionalne karijere.

105. Međutim, drugi pogled otkriva dva problema s takvom analogijom: jedan tehnički i drugi načelni.

106. Kao prvo, *tehnički* argument: presude u predmetima Griesmar i Leone ne treba nužno tumačiti na način da potpuno isključuju mogućnost oslanjanja na članak 157. stavak 4. UFEU-a u svim situacijama povezanim s potrebom nadoknađivanja nekadašnjeg nepovoljnog položaja. Utvrđenja u tim presudama moraju se promatrati u kontekstu okolnosti konkretnog slučaja u pitanju. Naime, ako se *jedina mjera* koja postoji za rješavanje strukturnog problema kao što je rodni jaz u pogledu mirovina sastoji od nadoknađivanja nepovoljnog položaja nakon umirovljenja, doista je legitimno tvrditi da nacionalne odredbe ne predviđaju rješenje problema s kojima se žene suočavaju tijekom svojih profesionalnih karijera. U takvim okolnostima nadoknađivanje nepovoljnog položaja tek nakon umirovljenja čak može doprinijeti održavanju tradicionalne podjele uloga žena i muškaraca tako što muškarce drži u sporednoj ulozi u odnosu na žene u vezi s izvršenjem njihovih roditeljskih dužnosti<sup>74</sup> jer žene stvarno primaju samo „isplatu” na kraju svojih karijera.

107. Prema mojem mišljenju, situacija je znatno drukčija kada je nacionalna mjera poput one o kojoj je riječ u ovom slučaju dio *šireg sustava* nacionalnog prava koji uključuje razne mjere kojima se nastoje doista riješiti problemi s kojima se žene suočavaju tijekom profesionalne karijere. U takvom se slučaju ne može isključiti da je, načelno, ako postoji opći zakonodavni kontekst koji služi nadoknađivanju nepovoljnog položaja u kojem se žene nalaze tako što ih podupire *tijekom njihova profesionalnog života*, mjeru koja djeluje na način da *nadoknađuje nekadašnji nepovoljan položaj* legitimno moguće

70 Članak 157. stavak 4. UFEU-a podrijetlo vuče iz trećeg stavka članka 6. Sporazuma o socijalnoj politici između država članica Europskih zajednica, osim Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (SL 1992., C 191, str. 91.), koji je u pravo Zajednice uključen Protokolom br. 14 o socijalnoj politici priloženom Ugovoru iz Maastrichta.

71 Presuda od 29. studenoga 2001. (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 65.). Moje isticanje

72 Presuda od 17. srpnja 2014. (C-173/13, EU:C:2014:2090, t. 100. do 103.)

73 Presude od 13. studenoga 2008., Komisija/Italija (C-46/07, neobjavljena, EU:C:2008:618, t. 57.) i od 26. ožujka 2009., Komisija/Grčka (C-559/07, neobjavljena, EU:C:2009:198, t. 66. do 68.)

74 Vidjeti u tom smislu presude od 19. ožujka 2002., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, t. 41.) i od 30. rujna 2010., Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, t. 36.).



usvojiti na temelju članka 157. stavka 4. UFEU-a. Naime, takva bi mjera bila *sporedna* u odnosu na glavni sustav kompenzacijskih mjera koje se primjenjuju tijekom profesionalne karijere. Bila bi popravna i privremena s ciljem rješavanja, u ime međugeneracijske pravde, situacije onih koji nisu mogli ostvariti koristi napretka prema jednakosti u sustavu socijalne sigurnosti.

108. Ako se takvo razumno i na suštinsku jednakost usmjereno tumačenje područja primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a ne bi prihvatilo, tada smatram da bi bilo vrijeme da se pristup Suda načelno preispita.

109. Kao prvo, tu je tekst članka 157. stavka 4. UFEU-a. U njemu se jasno upućuje na cilj osiguravanja jednakosti u praksi putem mjera namijenjenih ne samo olakšavanju *pristupa* i sprečavanju nepovoljnog položaja<sup>75</sup> nego i *nadoknađivanju* tog nepovoljnog položaja. Ta odredba, prema mojem mišljenju, zamjenjuje možda ne sasvim koristan fokus na dihotomiju između jednakosti mogućnosti i jednakosti ishoda koji je prevladavao u većini ranije sudske prakse u kojoj su se tumačile razne pravne odredbe<sup>76</sup>.

110. Kao drugo, tumačenje područja primjene članka 157. stavka 4. UFEU-a mora se, logično, prilagoditi specifičnostima područja o kojem je riječ. Ako se prihvati da se članak 157. stavak 4. UFEU-a primjenjuje na područje obuhvaćeno Direktivom 79/7, nadoknađivanje nepovoljnog položaja u profesionalnoj karijeri nužno mora obuhvaćati sadašnje posljedice nekadašnjeg nepovoljnog položaja. Ne vidim na koji način pristup može biti drukčiji u području socijalne sigurnosti, u kojem će se nepovoljan položaj u pogledu mirovina uglavnom osjetiti nakon što osoba napusti tržište rada. Teško je vidjeti na koji se način problem *postojećeg* rodno jaza u pogledu mirovina može riješiti tako da se ženama olakša pristup tržištu rada ili mjerama usvojenima dok su one još aktivne na tržištu rada (tim bi se mjerama izbjegao *potencijalni budući* rodni jaz u pogledu mirovina) a da se pritom kategorički isključe sve mjere koje bi postale primjenjive nakon što one napuste tržište rada (gdje leži stvarni i hitniji problem).

111. Kao treće, takav pristup članku 157. stavku 4. UFEU-a doista bi doveo do preuskog i isključujućeg ishoda jer bi se njime nepovoljan položaj u kojem se žene nalaze tijekom cijelog radnog vijeka produljio i na razdoblje njihova umirovljenja<sup>77</sup>. Praktični ishod bio bi moralno upitan: budući da se *potpuna jednakost u praksi* odnosi samo na jednake mogućnosti *tijekom njihova radnog vijeka*, ništa se nakon njihova odlaska s tržišta rada nikad ne može nadoknaditi, čak i ako nepovoljan položaj jasno proizlazi iz nejednakosti koju su iskusile tijekom radnog vijeka te će se, logično, kasnije očitovati. Jednakost mogućnosti u takvom bi slučaju bila koristan koncept samo ako bi uključivala i jednaku mogućnost da se promijeni prošlost.

112. Stoga smatram da članak 157. stavak 4. UFEU-a ne samo da može opravdati nacionalnu mjeru koja bi inače bila diskriminatorna u kontekstu posebnog pravnog okvira uspostavljenog primjenjivim sekundarnim zakonodavstvom Unije, uključujući Direktivu 79/7, nego se na njega može pozvati i za mjere namijenjene nadoknađivanju nepovoljnog položaja u profesionalnoj karijeri koji se, iako je posljedica nejednakosti tijekom radnog vijeka, očituje tek kasnije, nakon napuštanja tržišta rada.

<sup>75</sup> Valja istaknuti kako se čini da i članak 23. Povelje obuhvaća samo dio jednadžbe koji se odnosi na „pristup”, ali seže dalje od toga: „[n]ačelo ravnopravnosti ne sprječava zadržavanje ili usvajanje mjera kojima se predviđaju posebne pogodnosti u korist nedovoljno zastupljenog spola”.

<sup>76</sup> Vidjeti osobito, u pogledu isključenja pristupa „pozitivnom djelovanju” koji mogu uključivati pristup „usmjeren na ishod” namijenjen nadoknađivanju nekadašnjeg nepovoljnog položaja, mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Tesaura u predmetu Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, t. 9.). Vidjeti također o toj raspravi mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Poiarsa Madura u predmetu Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, t. 48. do 50.).

<sup>77</sup> U tom se pogledu slažem s mišljenjima nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetima Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, t. 58. i 59.) i Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, t. 57.).



113. Međutim, pravo Unije mjere pozitivnog djelovanja dosljedno podvrgava testu proporcionalnosti, koji zahtijeva da odstupanja budu u granicama onoga što je prikladno i nužno za ostvarenje danog cilja. Načelo jednakog postupanja mora se što je više moguće uskladiti s tim ciljem<sup>78</sup>.

114. Sada se okrećem tim zahtjevima u kontekstu ovog slučaja.

### 3. Ovaj slučaj

115. INSS i španjolska vlada inzistiraju na dopunskoj popravnoj naravi davanja o kojem je riječ. Te zainteresirane strane navode da je „dodatak za majčinstvo” dio šireg zakonodavnog okvira namijenjenog nadoknađivanju učinaka koje je na mirovine imao nepovoljan položaj u kojem su se žene nalazile tijekom svojeg profesionalnog života. Opisano je nekoliko mjera, uključujući mjere koje nadoknađuju doprinose tijekom razdoblja nakon porođaja, roditeljskog dopusta i roditeljskog dopusta, kao i mjere u području zapošljavanja, kao što je jamstvo duljih razdoblja očinskog dopusta. Međutim, te se mjere ne primjenjuju retroaktivno te stoga ne mogu popraviti situaciju starijih generacija koje nisu mogle osjetiti njihove pogodnosti. Osim toga, u pogledu tih mjera španjolska vlada ističe da bi se potreba za zadržavanjem „dodatka za majčinstvo” u budućnosti periodički preispitivala.

116. Sve te elemente trebao bi razmotriti nacionalni sud, kako bi ocijenio je li mjera o kojoj je riječ doista dopunska kompenzacijska u okviru šireg sustava namijenjenog nadoknađivanju nepovoljnog položaja u kojem se žene nalaze tijekom profesionalne karijere.

117. Međutim, iako je članak 157. stavak 4. UFEU-a teoretski moguće primijeniti na ovaj predmet, ipak moram zaključiti, s obzirom na informacije dostavljene Sudu, da davanje o kojem je riječ, kako je trenutačno uređeno, ni u kojem slučaju ne bi prošlo test proporcionalnosti koji se zahtijeva tom odredbom. U tom se pogledu moram složiti s Komisijom: mjera o kojoj je riječ nije u skladu s načelom proporcionalnosti.

118. Kao prvo, što se tiče njezine prikladnosti, mora se primijetiti da se mjera o kojoj je riječ ne primjenjuje na nedoprinosne mirovine, na koje rodni jaz moguće još i više utječe, imajući na umu da je za žene starijih generacija manje vjerojatno da će uopće dosegnuti broj godina potreban za ostvarenje doprinosnih mirovina.

119. Kao drugo, kako to Komisija ističe, mjera o kojoj je riječ primjenjuje se samo na mirovine koje su se počele isplaćivati 2016., čime su isključene žene iz generacija koje su najvjerojatnije pogođene rodnim jazom. Prema mojem mišljenju, ta činjenica stvara tako snažan nesklad između (službeno navedenog) cilja mjere o kojoj je riječ i odabranih sredstava za njegovo ostvarenje da je čini neprikladnom za postizanje navedenog cilja<sup>79</sup>.

120. Kao treće, mjera o kojoj je riječ ne zadovoljava zahtjev nužnosti. Članak 60. stavak 1. LGSS-a oslanja se na isključiv i automatski kriterij spola. Primjenjuje se samo na žene i ne dopušta nikakvu mogućnost uzimanja u obzir muškaraca koji se nalaze u usporedivim situacijama. Tu mjeru nije moguće primijeniti na muškarce koji su zbog odgoja svoje djece prekidali svoje karijere ili uplatili manje doprinosa<sup>80</sup>.

78 U pogledu članka 2. stavka 4. Direktive 76/207 vidjeti presude od 19. ožujka 2002., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, t. 39.) i od 30. rujna 2004., Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, t. 24.). Vidjeti općenito moje mišljenje u predmetu Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, t. 111.).

79 U biti, razumno se može pretpostaviti da takva mjera socijalne politike ne ispravlja prošlost, nego zapravo upravo cementira i učvršćuje tradicionalnu raspodjelu uloga čije učinke navodno želi ispraviti za ubuduće.

80 Vidjeti u tom smislu presudu od 29. studenoga 2001., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, t. 57.). U pogledu uloge „derogatornih klauzula” koje mjere pozitivnog djelovanja u specifičnim okolnostima otvaraju muškarcima vidjeti presude od 11. studenoga 1997., Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, t. 33.); od 28. ožujka 2000., Badeck i dr. (C-158/97, EU:C:2000:163, t. 36.) i od 19. ožujka 2002., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, t. 45.).

121. Potrebno je iznijeti zaključnu napomenu: ni legitimnost cilja koji se želi postići nacionalnom mjerom ni statistički dokazi koje su nacionalna tijela podnijela u prilog postojanju rodnog jaza kao strukturnog problema nisu dovedeni u pitanje. Osim toga, nacionalna pravila u području socijalne sigurnosti namijenjena ispravljanju rodnog jaza nadoknađivanjem nekadašnjeg nepovoljnog položaja mogu se, prema mojem mišljenju, temeljiti na članku 157. stavku 4. UFEU-a. Međutim, članak 60. stavak 1. LGSS-a, u svojem trenutačnom obliku, ne zadovoljava ni zahtjev prikladnosti ni zahtjev nužnosti te stoga nije u skladu s načelom proporcionalnosti, koje se mora poštovati da bi takva mjera bila dopuštena na temelju članka 157. stavka 4. UFEU-a.

122. Ta razmatranja dovode me do zaključka da mjera o kojoj je riječ nije dopuštena na temelju članka 157. stavka 4. UFEU-a te da stoga nije u skladu s pravom Unije.

## V. Zaključak

123. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na pitanje koje je uputio Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Socijalni sud br. 3 u Geroni, Španjolska):

„Članak 4. stavak 1. Direktive Vijeća 79/7/EEZ od 19. prosinca 1978. o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti treba tumačiti na način da mu se protivi nacionalna odredba poput one o kojoj je riječ u ovom predmetu, kojom se pravo na dodatak na mirovinu priznaje ženama koje su majke dvoje ili više djece te koje su pravo na doprinosnu mirovinu zbog trajne invalidnosti ostvarile nakon njezina stupanja na snagu, ali koja ne predviđa nikakvu mogućnost priznavanja tog prava muškarcima ni u jednoj situaciji.”