FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

fremsat den 10. juni 1999 *

1. Ved en præjudiciel forelæggelse fra Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Tyskland) anmodes Domstolen for tredje gang om at fortolke artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [1] (herefter »direktivet«). Det ønskes hermed fastslået, om disse bestemmelser er forenelige med en ved lov indført ordning, der indeholder en plan til forbedring af kvinders ansættelses- og forfremmelsesvilkår i den offentlige forvaltning. Med det præjudicielle spørgsmål anmodes Domstolen reelt om på grundlag af gældende fællesskabsret at fastslå indholdet af og grænserne for de positive foranstaltninger, der kan træffes med det formål at fremme kvinders fuldstændige integration på arbejdsmarkedet.

Fællesskabsforskrifter

2. Jeg skal først erindre om, at direktivets formål er »gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og [...] social sikring« (artikel 1).

Dette princip indebærer ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, »at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«.

Det præciseres i artikel 2, stk. 4, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne vedtager eller opretholder »foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder«.

3. Efter forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål er Amsterdam-traktaten trådt i kraft, som hvad angår gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder indeholder en række ændringer af

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 39, s. 40.

EF-traktaten af relevans for min gennemgang. Navnlig bestemmes det i den nye affattelse af EF-traktatens artikel 2 og 3, at »Fællesskabet har til opgave [...] at fremme [...] ligestilling mellem mænd og kvinder«, og at »Fællesskabet [tilstræber] at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder«. Endvidere bestemmer artikel 6 A, som også blev indsat ved den nye traktat, at »Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet [kan] træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn [...]«.

4. EF-traktatens artikel 119 (artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF) bestemmer i den ændrede version, at »hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi« (stk. 1), at »Rådet [...] efter fremgangsmåden i artikel 251 (tidligere artikel 189 B) og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg [vedtager] foranstaltninger, der skal sikre anvendelsen af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, herunder princippet om lige løn for samme arbejde eller arbejde af samme værdi« (stk. 3), og at »princippet om ligebehandling er ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere [for at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet]« (stk. 4)[2]. I den *erklæring, som er afgivet vedrørende artikel 119 (nu artikel 141), stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab*, og som er knyttet til Amsterdam-traktaten, udtales det, at »når medlemsstaterne vedtager de foranstaltninger, der er nævnt i artikel 141, stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, bør de i første omgang bestræbe sig på at forbedre kvindernes stilling på arbejdsmarkedet«.

5. Inden traktaten blev ændret, havde fællesskabsinstitutionerne vedtaget forskellige retsakter vedrørende ligebehandling af mænd og kvinder. Af betydning i denne forbindelse er navnlig Rådets henstilling 84/635/EØF af 13. december 1984 om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder[3], hvori det hedder: »De gældende bestemmelser om ligebehandling, der har til formål at sikre den enkeltes rettigheder, er ikke tilstrækkelige til at afskaffe alle de faktiske uligheder, medmindre regeringerne, arbejdsmarkedets parter og andre implicerede organer sideløbende træffer foranstaltninger med henblik på at modvirke de negative virkninger, som kvinder på arbejdsmarkedet udsættes for som følge af samfundsbestemte holdninger,

2 — Før artikel 119 blev ændret ved Amsterdam-traktaten, indeholdt den ikke udtrykkelig hjemmel til at træffe positive foranstaltninger til fordel for det underrepræsenterede køn, men alene et forbud mod forskelsbehandling i henseende til løn. Stk. 1 bestemte således, at »hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde«.

3 — EFT L 331, s. 34.

adfærd og struktur.« I henstillingen opfordrede medlemsstaterne til, under udtrykkelig henvisning til direktivets artikel 2, stk. 4, at indføre en politik, hvorved der træffes positive foranstaltninger bl.a. med henblik på »tilskyndelse af kvinder til at søge stillinger, til ansættelse og forfremmelse af kvinder inden for sektorer og erhverv samt på niveauer, hvor de er underrepræsenteret, især i ansvarsstillinger«.

Nationale retsforskrifter

6. Hessisches Gleichberechtigungsgesetz (delstaten Hessens lov om mænd og kvinders ligeberettigelse samt om afskaffelse af diskrimination af kvinder i den offentlige forvaltning, herefter »HGlG«), som blev vedtaget den 21. december 1993 og stadfæstet den 30. december 1993, har til formål at give mænd og kvinder lige adgang til stillinger i den offentlige forvaltning gennem vedtagelse af planer til forbedring af kvinders adgangs-, forfremmelses- og arbejdsvilkår, som skal indeholde bindende målangivelser (artikel 1).

7. HGlG's § 3, stk. 1, bestemmer: »Tjenestegrenene er forpligtet til at virke for ligestilling af mænd og kvinder i den offentlige forvaltning og for afskaffelse af kvinders underrepræsentation ved gennemførelse af planer til fremme af kvinder og andre fremmende foranstaltninger samt til at ophæve diskrimination på grundlag af køn og civilstand.« Stk. 2 bestemmer: »Kvinder anses for at være underrepræsenteret, når der inden for anvendelsesområdet for en plan til fremme af kvinder er beskæftiget færre kvinder end mænd på et løntrin, i en lønklasse eller en aflønningsgruppe i den pågældende personalegruppe. Kvinder anses for underrepræsenteret i stillinger ved karrierens begyndelse i den pågældende personalegruppe, når der inden for personalegruppen som helhed er beskæftiget færre kvinder end mænd. Stk. 2 finder tilsvarende anvendelse på stillinger ved karrierens begyndelse, som er oprettet ved domstolene og hos anklagemyndigheden. Inden for anvendelsesområdet for en plan til fremme af kvinder udgør enhver aflønningsgruppe i den pågældende personalegruppe samt ethvert løntrin og enhver lønklasse et område. Den tjenestegren, som udarbejder planen til fremme af kvinder, kan foretage yderligere underopdelinger.«

8. § 5, stk. 3, bestemmer bl.a.: »Planen til fremme af kvinder skal, for to år ad gangen, indeholde bindende målangivelser hvad angår andelen af kvinder ved ansættelser og forfremmelser med henblik på at fremme disses andel inden for områder, hvor de er underrepræsenteret.« Endvidere bestemmer § 5, stk. 4, at »ifølge hver enkelt plan til fremme af kvinder skal mere end halvdelen af de ledige stillinger inden for et område, hvor kvinder er underrepræsenteret, besættes med kvinder«. Det gælder dog ikke, »hvis det er en nødvendig betingelse for udøvelsen af den pågældende funktion, at vedkommende har et bestemt køn«, eller »hvis det er tilstrækkelig godtgjort, at der ikke findes det fornødne antal kvinder med de nødvendige kvalifikationer«, eller hvis der er tale om »forfremmelser uden stillingsbesættelser inden for områder, hvor kvinder er underrepræsente-

ret«, i hvilke tilfælde »[der skal] fastsættes en andel af kvinder, som mindst svarer til andelen af kvinder i den umiddelbart lavere aflønningsgruppe på det pågældende område. [I disse tilfælde finder stk. 3] tilsvarende anvendelse«. Endelig bestemmes det, at »hvis der af hensyn til besparelser træffes personalemæssige foranstaltninger, hvorved stillinger spærres eller nedlægges, skal det gennem planen til fremme af kvinder sikres, at kvindernes andel inden for de pågældende områder forbliver mindst lige så stor«.

9. § 5, stk. 7, vedrører »stillinger på det videnskabelige område«, som i henhold til Hochschulrahmengesetz (lov om højere uddannelsesinstitutioner) besættes for en tidsbegrænset periode. Sådanne stillinger skal mindst besættes med den andel af kvinder, som disse udgør af kandidaterne eller doktoranterne (alt efter omstændighederne) inden for det pågældende fagområde. Det samme gælder for ansættelsen af videnskabelige medarbejdere uden kandidateksamen, hvor der mindst skal ansættes så stor en andel kvinder, som disse udgør af de studerende inden for det pågældende fagområde.

10. § 7 bestemmer, at ved tildelingen af uddannelsespladser inden for uddannelsesfag, hvor kvinder er underrepræsenteret, skal disse tages i betragtning for mindst halvdelen af pladsernes vedkommende. Der skal træffes egnede foranstaltninger til at gøre kvinder opmærksomme på de ledige uddannelsespladser, og de skal opfordres til at indgive ansøgning. Hvis der trods sådanne foranstaltninger ikke er indkommet det fornødne antal ansøgninger fra kvinder, kan mere end halvdelen af uddannelsespladserne besættes med mænd.

11. § 9, stk. 1, bestemmer, at der inden for områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, skal indbydes mindst lige så mange kvinder som mænd — eller samtlige kvinder indbydes — til samtale forud for ansættelsen, forudsat at kvinderne opfylder de ved lov eller andetsteds fastsatte betingelser.

12. § 10 bestemmer, at »de pågældendes egnethed, kvalifikationer og faglige indsats [skal] vurderes på grundlag af kravene i den ledige stilling. Ved vurderingen af kvalifikationerne skal der tages hensyn til færdigheder og erfaringer, som er erhvervet ved pasning i hjemmet af børn eller personer med behov for pleje (familiearbejde), såfremt disse har betydning for de mandlige og kvindelige ansøgeres egnethed, indsats og kvalifikationer. Det gælder også, når familiearbejdet udføres som bibeskæftigelse. Der må kun tages hensyn til anciennitet, alder og tidspunktet for den sidste forfremmelse, i det omfang disse forhold har betydning for de mandlige og kvindelige ansøgeres egnethed, indsats og kvalifikationer. Der må ikke tages hensyn til den

mandlige eller kvindelige partners civilstand eller indkomst. Deltidsbeskæftigelser, orlov og forsinkelser i afslutningen af en uddannelse på grund af pasning af børn eller pårørende, som ifølge lægeerklæring har behov for pleje, må ikke komme de pågældende til skade ved den tjenstlige bedømmelse af dem og ved deres fortsatte virke i tjenesten«.

13. Endelig bestemmer § 14, at »ved besættelse af hverv i udvalg, sagkyndige råd, repræsentantskaber og bestyrelser samt tilsvarende organer skal mindst halvdelen af medlemmerne være kvinder«.

14. Hvad angår omfanget af den periode, hvorunder planen til fremme af kvinder er gældende, bestemmer § 5, stk. 3, at de bindende målangivelser for hver enkelt plan skal fastsættes for to år ad gangen under hensyn til de særlige forhold inden for de enkelte områder og tjenestegrene. § 10, stk. 4, bestemmer dog, at hvis de toårige målangivelser i planen til fremme af kvinder ikke opfyldes, er det nødvendigt, indtil dette sker, ved enhver yderligere ansættelse eller forfremmelse af en mand inden for et område, hvor kvinder er underrepræsenteret, at indhente godkendelse fra den tjenestegren, som har godkendt planen. Så længe der ikke er udarbejdet nogen plan til fremme af kvinder, må der endvidere ikke foretages nye ansættelser eller forfremmelser inden for områder, hvor disse er underrepræsenteret (§ 10, stk. 5).

Den nationale retssag og sagen ved Domstolen

15. Det præjudicielle spørgsmål er forelagt af Staatsgerichtshof des Landes Hessen under et legalitetssøgsmål, som er indgivet af 46 medlemmer af Hessens Landtag med påstand om, at det fastslås, at HGlG, og navnlig §§ 3, 5, 7-11, 14, 16 og 18, er i strid med delstaten Hessens forfatning.

16. Sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, at HGlG for det første strider mod det forfatningsretlige princip om udvælgelse af de bedst kvalificerede ansøgere, da loven indebærer fortrinsstilling til ansøgere, ikke på grundlag af deres fortjenester, men på grundlag af deres køn, og for det andet strider mod ligebehandlingsprincippet, som ikke blot indeholder et forbud mod at give bestemte grupper fortrin, men også giver alle borgere en grundlæggende ret til lige muligheder i udgangspositionen og et krav

på, at bestemte grupper af personer ikke på forhånd definitivt stilles bedre. Hermed strider loven ifølge sagsøgerne også mod direktivet, således som det er fortolket af Domstolen i Kalanke-dommen [4].

17. Inden Staatsgerichtshof des Landes Hessen undersøgte, om den her omhandlede tyske lov er forenelig med forfatningen, udsatte den sagen og forelagde i medfør af EF-traktatens artikel 234 (tidligere artikel 177) Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 2, stk. 1 og 4, i direktiv 76/207 til hinder for nationale retsforskrifter, hvorefter der gælder følgende retsstilling:

1) Konkrete afgørelser om udvælgelse af ansøgere, som træffes i henhold til HGlG's § 10 i tilfælde, hvor en kvindelig og en mandlig ansøger er lige kvalificerede, og hvor kvinder er underrepræsenteret i HGlG's § 3, stk. 1 og 2's forstand, skal i kraft af, at målangivelserne i planen til fremme af kvinder i henhold til HGlG's § 5, stk. 3 og 4, er bindende, i hvert fald træffes til fordel for den kvindelige ansøger, når dette er nødvendigt for at opfylde målangivelserne, og der ikke findes andre og mere tungtvejende retlige grunde til hinder herfor.

2) De bindende målangivelser i planer til fremme af kvinder i henhold til HGlG's § 5, stk. 7, skal foreskrive, at tidsbegrænsede stillinger på det videnskabelige område og for videnskabelige assistenter mindst skal besættes med så stor en andel af kvinder, som disse udgør af kandidaterne (stk. 7, første afsnit), doktoranderne (stk. 7, andet afsnit) og de studerende (stk. 7, tredje afsnit) inden for det pågældende fagområde.

4 — Dom af 17.10.1995, sag C-450/93, Sml. I, s. 351. Ifølge sagsøgerne i hovedsagen er de nævnte bestemmelser navnlig i strid med artikel 1 og 134 i delstaten Hessens forfatning, da de indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn. Ifølge sagsøgerne er HGlG's § 9, stk. 1, og § 10, stk. 3, første punktum, desuden i strid med det generelle princip om udvælgelse af de bedst kvalificerede ansøgere, der er fastsat i den tyske grundlovs artikel 33 og gentaget i artikel 134 i delstaten Hessens forfatning. Endvidere anføres HGlG at være uforenelig med der princip, der er fastsat i artikel 135 og 29 i delstatens forfatning, hvorefter retsforholdene for arbejdstagere i den offentlige forvaltning skal udformes i overensstemmelse med forvaltningens krav, ligesom den overskrider de grænser, der er fastsat for delstaternes lovgivningskompetence i den tyske grundlovs artikel 70, 72, 74, nr. 12, og artikel 75, nr. 1, og som også er indeholdt i artikel 153 i Hessens forfatning.

3) Inden for uddannelsesfag, hvor kvinder er underrepræsenteret, skal de ifølge HGlG's § 7, stk. 1, ved tildelingen af uddannelsespladser tages i betragtning for mindst halvdelen af pladsernes vedkommende, medmindre der er tale om uddannelsesområder, hvor kun staten uddanner.

4) Inden for områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, skal der ifølge HGlG's § 9, stk. 1, indbydes mindst lige så mange kvinder som mænd til samtale forud for en ansættelse — eller samtlige kvinder indbydes — forudsat at de opfylder de ved lov eller andetsteds fastsatte betingelser for at besætte den ledige stilling.

5) Ved besættelse af hverv i udvalg, sagkyndige råd, repræsentantskaber og bestyrelser skal ifølge HGlG's § 14 mindst halvdelen af medlemmerne være kvinder?«

18. Der er afgivet skriftlige indlæg af Hessischer Ministerpräsident, Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Kongeriget Nederlandene, Republikken Finland og Kommissionen. Alle procesdeltagerne deltog endvidere i den mundtlige forhandling.

Realiteten

I — *Positive foranstaltninger til at sikre kvinder lige muligheder på arbejdsmarkedet*

19. Den foreliggende sag drejer sig om, hvilke regler der gælder for iværksættelse af positive foranstaltninger til at sikre ligebehandling af mænd og kvinder i fælleskabsretten.

20. Positive foranstaltninger til fordel for kvinder [5] er alle forholdsregler i lovgivningen eller forvaltningen, hvorved der træffes

5 — Som generaladvokat Tesauro anførte i sit forslag til afgørelse, fremsat den 6.4.1995 i Kalanke-sagen, som er nævnt ovenfor i fodnote 4, blev udtrykket »positive foranstaltninger« anvendt for første gang i amerikansk ret, hvor de såkaldte *affirmative actions* i første omgang havde karakter af foranstaltninger til fordel for den farvede befolkning og senere foranstaltninger til fordel for etniske minoriteter eller svagere befolkningsgrupper såsom kvinder. Generaladvokaten tilføjede: »De positive foranstaltninger kan antage forskellige former. En første model består i at søge, ikke at afhjælpe forskelsbehandling i retlig forstand, men at rette op på en situation, hvor kvinder er stillet ringere på arbejdsmarkedet«, navnlig ved at påvirke erhvervsvalg og erhvervsuddannelse; »en anden [...] model for positive foranstaltninger er de foranstaltninger, som har til formål at fremme ligevægt mellem familie- og erhvervsmæssige opgaver og en bedre fordeling af disse opgaver på de to køn«, hvilke foranstaltninger omfatter forholdsregler vedrørende »arbejdstid, udbygning af børneinstitutioner, kvinders genindslusning på arbejdsmarkedet efter at de har beskæftiget sig med børnenes opdragelse, samt foranstaltninger vedrørende social sikkerhed og skattefordele, som tager hensyn til familiemæssige byrder«. Endelig er »en tredje model [...] positive foranstaltninger, der er tænkt som middel til at fjerne de fortsatte virkninger af historisk og retlig relevant forskelsbehandling«; denne model omfatter »fortrinsbehandling af ugunstigt stillede grupper [...], ved hjælp af navnlig kvotering og *goals*«. Kvotering består i at forbeholde et vist antal stillinger for de mest ugunstigt stillede grupper, hvorimod ordningen med *goals* går ud på, at »medlemmer af den pågældende gruppe får et højere antal points, hvilket dog ikke har indflydelse på enhver ansøgers ret til at søge alle ledige stillinger« (punkt 8 og 9). Begrebet positive foranstaltninger er nu indeholdt såvel i national ret som i fællesskabsretten, og navnlig i Rådets henstilling fra 1984 om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder.

foranstaltninger til fordel for en bestemt gruppe, som (af naturlige eller historiske grunde) er ringere stillet, for at sikre dem lige muligheder i samfundet. I den foreliggende sag, som vedrører lige muligheder for kvinder i forhold til mænd på arbejdsmarkedet, består de positive foranstaltninger normalt i programmer til fremme af kvinders ansættelse og videre karriere. Sådanne klart positive foranstaltninger er diskriminerende allerede i kraft af deres formål, som er at fremme en bestemt persongruppe, og er derfor klart i strid med det generelle ligebehandlingsprincip. Som bekendt udgør forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn, der har til formål at sikre mænd og kvinder en lige behandling, en grundrettighed og udgør en grundlæggende bestemmelse ikke blot i fællesskabsretten, men også i de nationale retssystemer. Hvorvidt en positiv særbehandling er lovlig, må derfor normalt afgøres efter, om de pågældende foranstaltninger kan forenes med dette generelle princip.

Traktatens artikel 141, stk. 1, og direktivets artikel 2, stk. 1, som det præjudicielle spørgsmål vedrører, forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, hvorimod traktatens artikel 141, stk. 4, og direktivets artikel 4, stk. 2, giver medlemsstaterne mulighed for at træffe positive foranstaltninger for at sikre kvinder lige muligheder på arbejdsmarkedet. Medlemsstaterne kan således træffe foranstaltninger med dette formål, selv om de er i strid med det generelle lighedsprincip, og altså også selv om de indebærer ulemper til skade for mandlige arbejdstagere. Det afgørende spørgsmål ved denne gennemgang er altså at få afgjort, hvornår og på hvilke betingelser en positiv særbehandling som den her i sagen omhandlede må anses for at være forenelig med fællesskabsretten.

21. Som nævnt ovenfor har Domstolen tidligere fortolket direktivets artikel 2, stk. 4 [6], netop i sammenhæng med det generelle forbud mod forskelsbehandling og har i to tilfælde afgrænset dets anvendelsesområde over for positive nationale foranstaltninger. De spørgsmål, der tidligere er blevet forelagt Domstolen, vedrører ligesom de foreliggende spørgsmål indholdet af medlemsstaternes beføjelse til at træffe sådanne foranstaltninger til fordel for kvinder. Jeg skal allerede her bemærke, at Domstolen har fastslået, at bestemmelsen i direktivet skal fortolkes indskrænkende, da den udgør en undtagelse fra det generelle forbud mod forskelsbehandling. Navnlig har Domstolen fastslået, at der ikke må gives kvinder en automatisk og ubetinget fortrinsstilling ved ansættelser og forfremmelser.

6 — Den første afgørelse vedrørende direktivets artikel 2, stk. 4, er dommen af 25.10.1988 i sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 3615, hvori Domstolen fastslog, at denne bestemmelse indeholder en undtagelse, som »har det præcise og afgrænsede formål at skulle give hjemmel til foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som faktisk fjerner eller reducerer de muligheder, der reelt er i samfundet« (præmis 15). Denne sag drejede sig om, hvorvidt Frankrig havde begået traktatbrud ved ikke at have gennemført direktiv 76/207. Til sit forsvar gjorde Frankrig gældende, at den franske lovgiver med ændringen af arbejdslovgivningen udtrykkeligt havde villet give mulighed for, at der indrømmes kvinder »særlige rettigheder« efter individuel eller kollektiv aftale. Domstolen afviste denne argumentation og fastslog bl.a., at en generel anerkendelse af særlige rettigheder ikke udgjorde positive foranstaltninger efter direktivets artikel 2, stk. 4, og udelukkede hermed, at denne direktivbestemmelse kunne anvendes som hjemmel.

22. Jeg vil gerne her opholde mig et øjeblik ved to vigtige punkter i domspraksis, nemlig a) muligheden for at træffe positive foranstaltninger til fordel for kvinder og navnlig foranstaltninger, hvorved der fastsættes en andel — altså en kvote — for hvert enkelt karrieretrin, der indebærer en forpligtelse til at ansætte eller forfremme kvinder, dvs. til at nå det resultat, som er tilsigtet med den pågældende foranstaltning, og b) de betingelser, som skal opfyldes, for at en ordning, der sikrer kvinder en vis andel, er forenelig med fællesskabsretten.

23. a) I Kalanke-dommen fra 1995[7] — som sagsøgerne i hovedsagen har påberåbt sig til støtte for deres påstande, og som den forelæggende ret har henvist til i den præjudicielle forelæggelse — var den positive særbehandling foreskrevet i en lov i delstaten Bremen, hvorefter der »ved indstilling til stillingsbesættelse, herunder ansættelse som tjenestemand eller dommer, der ikke sker i uddannelsesøjemed, skal der på de områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, gives fortrinsstilling til kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere«, og hvorefter »kvalifikationerne [...] udelukkende [skal] vurderes i forhold til de krav, der stilles i forbindelse med erhvervet, stillingen, der skal besættes, eller karrieren«. Domstolen fastslog, at en sådan ordning, hvorefter *kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, automatisk gives en fortrinsstilling* på områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, ikke blot er i strid med direktivets artikel 2, stk. 1, da den »indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn« (præmis 16), men heller ikke kan anses for en positiv foranstaltning i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i samme artikel, stk. 4, da »en national ordning, som giver kvinder en absolut og ubetinget fortrinsstilling ved udnævnelse eller forfremmelse, går videre end til at fremme lige muligheder og overskrider dermed grænserne for den i direktivets artikel 2, stk. 4, fastsatte undtagelse« (præmis 22). Domstolen tilføjede, at »en sådan ordning — for så vidt som den tilsigter at skabe lige repræsentation af kvinder i forhold til mænd i alle lønklasser og på alle kompetenceniveauer på et arbejdssted — [erstatter] den i artikel 2, stk. 4, omhandlede målsætning om at fremme lige muligheder med det resultat, som kun virkeliggørelsen af sådanne lige muligheder kan føre til« (præmis 23).

Hermed godtog Domstolen de konklusioner, som generaladvokaten var nået frem til, og som han redegjorde for på følgende måde: »At frembringe lige muligheder kan efter min opfattelse kun betyde at skabe en situation, hvor lige resultater kan nås, altså at skabe lige forudsætninger for begge køn for så vidt angår udgangssituationen [...]. Det er efter min opfattelse meget klart, at den anfægtede nationale ordning på ingen måde har til formål at sikre lighed i udgangssituationen. Den omstændighed, at to ansøgere af forskelligt køn har samme kvalifikationer, medfører nemlig pr. definition, at begge ansøgere havde og har lige muligheder: De befinder sig altså som udgangspunkt i samme situation. Med denne nationale ordning tilstræbes der altså, idet kvinder gives en fortrinsstilling, lighed for så vidt angår resultatet eller

7 — Dommen er nævnt i fodnote 4.

snarere en rent numerisk retfærdig fordeling af arbejdspladser mellem mænd og kvinder. Dette er hverken meningen eller *formålet* med direktivets artikel 2, stk. 4« (præmis 13) [8].

24. I Marschall-dommen fra 1997 [9] — der blev afsagt efter den præjudicielle forelæggelse i denne sag — har Domstolen tilsyneladende åbnet større mulighed for at give kvinder en positiv særbehandling efter fællesskabsretten. Selv om Domstolen i denne dom med støtte i tidligere retspraksis og under den forudsætning, at foranstaltningen til fremme af ligebehandlingen ikke er for radikal — med andre ord hvis den for kvinder anvendte kvote er fleksibel — har antaget, at det er muligt at forene en positiv særbehandling med forbuddet mod forskelsbehandling, og at en ellers formelt diskriminerende foranstaltning er lovlig, fastslog den dog, at en sådan foranstaltning rent faktisk »kan være med til at danne modvægt mod de negative virkninger, som kvindelige ansøgere er udsat for som følge af de ovenfor beskrevne holdninger og former for adfærd, og således reducere de uligheder, der faktisk er i samfundet« (præmis 31).

Jeg skal kort beskrive denne sag. Den tyske lov, som hævdedes at være uforenelig med direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, var vedtægten for tjenestemænd ved delstaten Rheinland-Pfalz, som bestemte, at der i tilfælde, hvor der er færre kvinder end mænd i den pågældende tjenestegruppe, og hvor ansøgerne stod lige i henseende til egnethed, kundskaber og faglig indsats, skulle gives kvinder fortrinsstilling. Loven indeholdt endvidere en undtagelse med hensyn til anvendelse af fremmende foranstaltninger, idet den gav arbejdsgiveren mulighed for at lade være med at anvende den pågældende bestemmelse, såfremt »der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere«. I betragtning af denne undtagelse fandt Domstolen, at ordningen var tilstrækkelig fleksibel, da den ikke havde den automatik, som kendetegnede loven i Bremen, som Kalankedommen vedrørte, og fastslog derfor, at de af delstaten Rheinland-Pfalz vedtagne foranstaltninger ikke var i strid med direktiv 76/270 om ligebehandling. Det hedder i domskonklusionen: »Direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, er ikke til hinder for en national regel, hvorefter der inden for det offentlige, såfremt der i den enkelte stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal gives kvinder en fortrinsstilling, når ansøgere af forskelligt køn er lige kvalificerede med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere, forudsat — at reglen i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige

8 — Til støtte for disse overvejelser henviste generaladvokaten til, at Domstolen i ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Frankrig havde fastslået, at artikel 2, stk. 4, tillader behandlinger, som *kun tilsyneladende er diskriminerende*, hvilket bekræfter, at målet er en materiel lighed, men som tillige bekræfter, »at et sådant mål skal forfølges ved hjælp af foranstaltninger, som sigter på at frembringe en situation med faktiske lige muligheder, således at alene forskelsbehandling, der er nødvendig for at afhjælpe hindringer eller forskelle, som forhindrer kvinderne i under samme forudsætninger at nå til samme resultat som mænd, er tilladt. Det er udelukkende ud fra dette synspunkt, at de særlige foranstaltninger for kvinder kun tilsyneladende er diskriminerende; og kun på denne måde opnår man en situation med faktisk materiel lighed, som er ægte« (punkt 15). Ifølge generaladvokaten giver »direktivets artikel 2, stk. 4, kun [...] adgang til at fjerne faktiske uligheder, som kvinder er konfronteret med, men ikke ved hjælp af omvendt forskelsbehandling, dvs. foranstaltninger, der absolut ikke er truffet til afhjælpning af hindringer, som gør det umuligt for kvinder at nå de samme resultater på baggrund af lige forudsætninger, men til umiddelbart at fremskaffe selve resultatet eller i hvert fald give dem fortrinsstilling for at nå det, *alene fordi de er kvinder*« (punkt 22).

9 — Dom af 11.11.1997, sag C-409/95, Sml. I, s. 6363.

ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgeres fortrinsstilling, såfremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes, og — at disse kriterier ikke er diskriminerende over for de kvindelige ansøgere« [10].

25. Domstolen baserede sig altså, som anført af sagsøgerne i hovedsagen, på betragtningerne i den første dom og fastslog, at direktivets artikel 2, stk. 4 — der som tidligere nævnt giver medlemsstaterne mulighed for at træffe positive foranstaltninger til fordel for kvinder — omfatter nationale ordninger, som giver kvinder en sådan fortrinsstilling ved ansættelse og forfremmelse, medmindre denne er »automatisk og ubetinget«, da ordningen i så fald automatisk ville sikre, at foranstaltningens formål opfyldes — altså den pågældende ansættelse eller forfremmelse — hvormed formålet ville miste sin karakter af formål og i sidste ende træde i stedet for formålet med den positive foranstaltning.

26. Denne retspraksis giver mig anledning til nogle almindelige betragtninger om, hvilket indhold begrebet lige muligheder har i fællesskabsretten i dag, og navnlig begrebet positiv foranstaltning, der som bekendt kan variere fra det ene retssystem til det andet og som konstant ændrer sig i takt med samfundets behov, således at det i tidens løb kan have et forskelligt indhold selv inden for samme retsorden.

Hvis man ser på de seneste ændringer i EF-traktatens bestemmelser vedrørende lige muligheder for mænd og kvinder og navnlig vedrørende positive foranstaltninger (i artikel 141, stk. 4, nævnes nu udtrykkeligt de positive foranstaltninger, der træffes på nationalt plan, og som »tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere«), og hvis man tager den hensigt til opfyldelse af dette

10 — Dommen følger dermed ikke den fortolkning af direktivet, som generaladvokaten anlagde. Han fandt nemlig, at det »på baggrund af ordlyden af artikel 2, stk. 4, og Domstolens fortolkning af bestemmelsen [i Kalanke-dommen] klart [fremgår], at sigtet er at fremme lige muligheder og ikke at gennemføre lige repræsentation, og at medlemsstaterne fortsat har ret til at vedtage tilsyneladende diskriminerende foranstaltninger, der tager sigte på at fjerne særlige hindringer eller ulemper for kvinder på arbejdsmarkedet med henblik på at fremme lige muligheder for mænd og kvinder og dermed sikre, at kvinder bliver bedre repræsenteret på arbejdsmarkedet. Proportionalitetsprincippet tilsigter dog, at sådanne foranstaltninger skal være både egnede og nødvendige med henblik på at nå dette mål«. Efter generaladvokatens opfattelse vil »en konsbetinget foranstaltning [... ikke...] være rimelig i forhold til formålet at afhjælpe de særlige uligheder, som kvinder i praksis konfronteres med, og at fremme lige muligheder, såfremt det samme resultat vil kunne nås i kraft af en konsneutral bestemmelse« (punkt 42 og 43).

formål, som fællesskabsinstitutionerne flere gange har givet udtryk for [11], må man drage den slutning, at en indskrænkende fortolkning af direktivets artikel 2, stk. 4, som i overdreven grad begrænser mulighederne for blandt de positive foranstaltninger, der er foreskrevet i denne bestemmelse, at vedtage kvoteordninger til fordel for kvinder, ikke er i overensstemmelse med fællesskabsrettens udvikling på området. Når man tager hensyn til ordlyden af de førnævnte bestemmelser vedrørende nationale foranstaltninger, som skal sikre lige muligheder for personer, som er ringere stillet på grund af deres køn, og til formålet med og indholdet af de positive foranstaltninger, som på nuværende tidspunkt er truffet til fordel for kvinder i de forskellige nationale retsordener, kan det efter min opfattelse ikke antages, at foranstaltninger med henblik på ansættelse eller forfremmelse af kvinder principielt strider mod fællesskabsretten.

Jeg skal hertil føje, at lovligheden af sådanne foranstaltninger ganske vist, som tidligere anført, afhænger af, om den positive foranstaltning kan forenes med det generelle forbud mod forskelsbehandling, men at forbuddet mod forskelsbehandling, der har til formål — for så vidt angår den foreliggende sag — at sikre ligebehandling af arbejdstagerne, og princippet om lige muligheder — som danner grundlaget for den positive foranstaltning — der har til formål at sikre lighed i arbejdstagernes faktiske vilkår — eller rettere sagt principperne om formel og materiel lighed — heller ikke er så fuldstændig i modstrid med hinanden, som det gentagne gange er blevet fremhævet af visse forfattere i teorien. Den materielle lighed kan nemlig virkeliggøres ved foranstaltninger, som efter deres karakter er diskriminerende, men som reelt har samme formål som princippet om formel lighed blot med den yderligere dimension, at lovgiver påtager sig at afhjælpe de reelle vanskeligheder, som visse befolkningsgrupper støder på, og som ikke vil kunne overvindes, såfremt det generelle forbud mod forskelsbehandling skal sikres overholdt. Efter disse betragtninger er det tvivlsomt, at den materielle lighed udgør en undtagelse i forhold til den formelle lighed og, sagt med andre ord, tvivlsomt, at den regel, som den positive foranstaltning er baseret på — i den foreliggende sag EF-traktatens artikel 141, stk. 4, og direktivets artikel 2, stk. 4 — har karakter af en undtagelsesbestemmelse og derfor skal fortolkes indskrænkende.

11 — Ud over Rådets henstilling fra 1984, som jeg har nævnt i indledningen til mit forslag, skal jeg erindre om, at Kommissionen efter afsigelsen af Kalanke-dommen udsendte en meddelelse vedrørende fortolkningen af denne dom, hvori dens konklusion lød: »Kommissionen er af den opfattelse, at Domstolen kun har udtalt sig om de særlige forhold ved Bremen-loven, som består i automatisk fortrinsstilling, der giver kvinder en absolut og ubetinget ret til udnævnelse eller forfremmelse. Derfor mener Kommissionen, at den eneste type kvoteordning, som er ulovlig, er den, som er helt stiv, og som ikke tillader nogen som helst hensyntagen til individuelle omstændigheder. Følgelig kan medlemsstater og arbejdsgivere frit benytte alle andre former for positive foranstaltninger, herunder fleksible kvoter« (dok. KOM(96) 88). Kommissionen har endvidere fremsat forslag om, at direktivets artikel 2, stk. 4, erstattes af følgende tekst: »Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe eksisterende uligheder, som påvirker det underrepræsenterede køns muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder. Blandt de mulige foranstaltninger skal medtages princippet om at give fortrinsstilling, for så vidt angår adgang til beskæftigelse og forfremmelse, til medlemmer af det underrepræsenterede køn, som har de samme kvalifikationer som alle andre ansøgere, under forudsætning af at sådanne foranstaltninger ikke udelukker en vurdering af de særlige omstændigheder i forbindelse med hvert enkelt tilfælde« (EFT 1996 C 179, s. 8). Endelig har Europa-Parlamentet i sin beslutning om Kommissionens første treårige rapport om den økonomiske og sociale samhørighed erklæret, at »en reel ligestilling mellem kønnene er et væsentligt element i økonomisk og social samhørighed; [Europa-Parlamentet] opfordrer derfor Kommissionen til at overveje udarbejdelsen af et fællesskabsinitiativ med henblik på at anvise, fremme og eksperimentere med former for praktisk gennemførelse i forbindelse med planlægningen og forvaltningen af fondene, som kan bidrage til at mindske denne forskel« (protokol af mødet den 17.11.1997, EFT C 371 af 8.12.1997, s. 89).

27. Jeg er følgelig af den opfattelse, at der ikke er noget på EF-plan til hinder for — såfremt den gruppe, der begunstiges af foranstaltningen, dvs. gruppen af kvinder, støder på særlige vanskeligheder, og såfremt den blotte garanti for, at de statslige organer overholder ligebehandlingsprincippet, dvs. det (negative) princip om, at der ikke må udøves forskelsbehandling, ikke beskytter gruppen tilstrækkeligt — at den nationale lovgiver vedtager positive foranstaltninger, som indebærer en faktisk styrkelse af gruppens arbejdsmæssige stilling. Sådanne foranstaltninger kan derfor have til formål ikke blot at sikre kvinder lige muligheder i udgangspositionen ved at skabe betingelser, som gør det muligt for dem at konkurrere effektivt om hver enkelt stilling, men også at indvirke reelt på kvindernes arbejdsmæssige situation ved at give dem en faktisk fortrinsstilling ved ansættelser og forfremmelser.

28. Endelig skal jeg fremhæve, at hvis nødvendigheden af at forene det generelle forbud mod forskelsbehandling med de positive foranstaltninger til fordel for kvinder ville betyde, at alle positive foranstaltninger, der foreskrev opfyldelsen af et bestemt mål, såsom ansættelse, dermed *uden videre* blev retsstridige, ville det i allerhøjeste grad begrænse foranstaltningernes betydning. Hermed ville de nemlig blive helt udhulede og få karakter af hjælpeforanstaltninger, der ikke altid udgør et effektivt middel mod sociale uligheder.

29. b) Jeg kommer herefter til det andet punkt i mine betragtninger, nemlig betingelserne for, at en foranstaltning, som indeholder en forpligtelse til at give kvindelige ansøgere en fortrinsstilling, og som altså foreskriver en bestemt procentdel af kvinder — dvs. en kvote — inden for bestemte sektorer eller stillingsgrupper, kan anses for lovlig efter fællesskabsretten. Jeg skal her for det første fremhæve, at skønt de to principper om formel og materiel lighed som nævnt ovenfor ikke er indbyrdes modstridende, men supplerer hinanden, findes der vanskelige situationer, som en domstol må afgøre, og som i reglen fører til, at den positive særbehandling af en bestemt gruppe kendes ugyldig som værende i strid med det generelle forbud mod forskelsbehandling. Så vidt jeg kan se, findes der i det væsentlige reelle konfliktsituationer i to tilfælde, nemlig for det første, når den korrigerende foranstaltning — i det foreliggende tilfælde den positive særbehandling af kvinder — har et vilkårligt indhold, idet den i uforholdsmæssig grad gør indgreb i rettighederne for de personer, som ikke hører til målgruppen, og for det andet, når foranstaltningen ikke er rimeligt afpasset efter de reelle behov hos den forfordelte gruppe, dvs. når den sociale virkelighed ikke gør det berettiget at vedtage den korrigerende foranstaltning. Følgelig skal der ved bedømmelsen af foranstaltningens lovlighed ikke blot tages hensyn til dens konkrete resultat, nemlig den af målgruppen opnåede stilling, men også til foranstaltningens specifikke indhold, og som den nederlandske regering med rette har påpeget, indebærer denne bedømmelse, at det må undersøges, om der er et rimeligt forhold mellem målgruppens faktiske situation og foranstaltningens virkninger.

30. Jeg skal derfor på dette sted erindre om de vurderingskriterier, som Domstolen har

baseret sig på i ovennævnte praksis om positiv særbehandling. I Kalanke-dommen fastslog Domstolen, at delstaten Bremens særbehandling var ulovlig, idet den fandt, at den af denne indførte kvoteordning var automatisk. Loven bestemte, at den kvindelige ansøger skulle ansættes, såfremt hun var »lige så kvalificeret« som en mandlig medansøger, og foreskrev altså, at kvinder skulle ansættes eller forfremmes, *såfremt ansøgere af forskelligt køn havde lige gode kvalifikationer*. Så vidt jeg har forstået, blev der efter denne ordning først taget hensyn til ansøgerens køn i den afsluttende udvælgelsesfase, da prioriteringen af de personer, som kunne ansættes eller forfremmes, blev foretaget uden hensyn til deres køn. Ordningen kunne formentlig ikke betegnes som fuldstændig automatisk, da prioriteringen som nævnt blev foretaget uden hensyn til ansøgerens køn [12]. Alligevel kan det dog ikke udelukkes, at denne foranstaltning kan have givet kvindelige ansøgere en uforholdsmæssig fordel, da forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling, der var formuleret så strikte som før nævnt, kunne gøre det meget svært for en arbejdsgiver at udvælge en mandlig ansøger.

31. I Marschall-sagen fandt Domstolen derimod, at den ordning, der var indført ved lovgivningen i Rheinland-Pfalz, ikke var automatisk, og derfor var lovlig, for så vidt som den foreskrev, at arbejdsgiveren ikke er bundet af en forpligtelse til at give kvinder fortrinsstilling, såfremt »der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere«. Domstolen konkluderede heraf, at fællesskabsretten »ikke er til hinder for en national regel, hvorefter der [...] skal gives kvinder en fortrinsstilling, når ansøgere af forskelligt køn er lige kvalificerede med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere«. Domstolen fastsatte følgende to betingelser for denne udelukkelsesklausul: a) »at reglen i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgeres fortrinsstilling, såfremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes«, og b) »at disse kriterier ikke er diskriminerende over for de kvindelige ansøgere«. Domstolen antog derfor, at denne klausul tvinger arbejdsgiveren til at foretage *en objektiv vurdering af ansøgningerne*, dvs. en vurdering, hvor der tages hensyn til alle forhold vedrørende ansøgernes personlige og faglige profil. Følgelig giver denne klausul arbejdsgiveren mulighed for frit at udvælge ansøgerne efter den konkrete situation, eller, sagt mere præcist, den giver mulighed for, uanset forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling, at tage hensyn såvel for de kvindelige som de

12 — Jeg kan derfor tilslutte mig den opfattelse, som generaladvokaten i Marschall-sagen gjorde gældende i sit forslag til afgørelse, hvori han udtalte, at »den nationale bestemmelse, der var til behandling i Kalanke-sagen, i virkeligheden hverken [var] absolut eller ubetinget. Domstolen hæftede sig ved den nationale rets synspunkt, hvorefter bestemmelsen skulle fortolkes 'på den måde, at kvinder ganske vist principielt skal gives fortrinsstilling ved forfremmelse, men at billighedshensyn ikke desto mindre i givet fald bør føre til, at der gøres undtagelse herfra'. Denne fortolkning var udløst af bekymringen for, at bestemmelsen ellers ville være uforenelig med artikel 13, stk. 2 og 3, i den tyske grundlov, hvori det på det pågældende tidspunkt var fastsat, at mænd og kvinder skulle have lige rettigheder, og at forskelsbehandling på grundlag af køn var forbudt. Eftersom Domstolen i Kalanke-sagen anerkendte, at den i den pågældende sag anfægtede ordning indeholdt undtagelser, måtte henvisningen til en 'automatisk' fortrinsstilling ses på denne baggrund« (punkt 28 i forslaget til afgørelse).

mandlige ansøgere til særlige interesser eller forhold, som dermed fortsat er af betydning, selv om kvinder får fortrinsstilling. Domstolen præciserede endvidere, at denne klausul ikke må anvendes diskriminerende til skade for kvindelige ansøgere.

Regeringen i delstaten Rheinland-Pfalz, der under sagen blev opfordret til at angive, hvorledes udtrykket »forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere« — og efter hvilket kriterium en mandlig ansøger kan foretrækkes — nærmere skulle forstås, erklærede, at disse hensyn omfattede sekundære udvælgelseskriterier såsom »tjenestetid og sociale grunde«, f.eks. hvis ansøgeren har familiebyrder [13]. Det fremgår af dette svar, at de i loven omhandlede forhold kan angå såvel »kvalifikationerne«, dvs. ansøgernes faglige profil — hvilke faktorer der i lighed med ancienniteten har betydning allerede i den indledende fase ved fastsættelsen af prioritetslisten for ansøgerne — som forhold, der ikke har noget at gøre med ansøgernes egnethed til at udføre opgaver under et ansættelsesforhold, såsom en ufordelagtig situation, der i lighed med den, som begrunder en korrigerende foranstaltning til fordel for kvinder, nødvendiggør en særlig beskyttelse.

Efter min opfattelse er det, som Domstolen har betegnet som en »fravigelsesmulighed«, af central betydning i dommen. Den forhindrer nemlig, at den gældende forpligtelse til at give kvinder fortrinsstilling afskærer muligheden for at tage andre ansøgere i betragtning, hvorved den afsvækker denne forpligtelses diskriminerende virkning over for disse. Efter Domstolens opfattelse er en kvoteordning tilstrækkelig fleksibel og ligger inden for grænserne af direktivets artikel 2, stk. 4, hvis den positive særbehandling ikke udelukker, at arbejdsgiveren kan se bort fra forpligtelsen til at ansætte en lige så kvalificeret kvinde, såfremt der findes subjektive og/eller objektive forhold af betydning for ansøgernes og navnlig de mandlige ansøgeres profil. Det må imidlertid ikke have nogen diskriminerende virkning for udvælgelsen af kvinder, såfremt disse forhold tillægges betydning [14]. Således må eksempelvis anciennitetskriteriet — der under alle omstændigheder som regel har betydning ved vurderingen af ansøgernes egnethed — ikke anvendes på en sådan måde, at det diskriminerer kvinder.

32. Jeg mener på grundlag af denne domspraksis at kunne konkludere, at en foranstaltning til fremme af kvinder på arbejdsmarkedet, som fastsætter en forpligtelse til at give kvindelige ansøgere fortrinsstilling, og som altså fastsætter kvoter for kvinder såvel i den offentlige som i den private sektor, må anses for lovlig efter fælles-

13 — Jf. herom generaladvokatens forslag til afgørelse i Marschall-sagen, der er nævnt ovenfor i fodnote 9, se navnlig forslagets punkt 8.

14 — Også på dette punkt når generaladvokaten frem til en anden konklusion end Domstolen, dog ikke så meget på grundlag af en anden fortolkning af de pågældende EF-regler som på grundlag af en anden fortolkning af fravigelsesmuligheden. Han fremhævede nemlig, at det i kraft af denne fravigelsesadgang, som det fremgik af delstaten Rheinland-Pfalz' indlæg, var muligt ved udvælgelsen af ansøgerne at tage hensyn til visse »traditionelle sekundære kriterier«, dvs. kriterier, som ifølge delstaten begunstigede mandlige ansøgere. Anvendelsen af denne fravigelsesmulighed vil derfor ifølge generaladvokaten indebære, at »stillingen kan tilbydes en mandlig ansøger på grundlag af kriterier, som accepteres som diskriminerende«. Heraf drog generaladvokaten følgende konklusion: »Hvis en ubetinget bestemmelse, hvorefter der gives kvinder en fortrinsstilling på grundlag af deres køn, er ulovlig, må en betinget bestemmelse, hvorefter der enten gives kvinder en fortrinsstilling på grundlag af deres køn eller gives mænd en fortrinsstilling på grundlag af erkendt diskriminerende kriterier, så meget desto mere være ulovlig« (punkt 36).

skabsretten, når den gør det muligt for arbejdsgiveren at vælge ansøgeren med den bedste faglige profil. Desuden må den positive foranstaltning i intet tilfælde påvirke vurderingen af de mandlige ansøgeres fortjenester og kvalifikationer. For det første skal ansøgerens køn derfor have karakter af et supplerende kriterium ved fastlæggelsen af ansøgernes profil, som må anvendes i kombination med de øvrige kriterier, der som regel anvendes ved helhedsbedømmelsen af ansøgerne. For det andet må forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling ikke medføre, at man ved vurderingen af ansøgere, som den positive foranstaltning ikke kommer til gode, forsømmer at tage hensyn til de særlige forhold af personlig karakter, der ikke berører vurderingen af ansøgernes faglige profil, men som indicerer sociale forhold af samme betydning som dem, kvinder normalt står over for.

Hertil kommer, som jeg tidligere har været inde på, at der ved bedømmelsen af foranstaltningens lovlighed også skal tages hensyn til den helhedssituation, der gjorde det nødvendigt at træffe en foranstaltning til genoprettelse af ligevægten. Et eventuelt misforhold mellem den korrigerende foranstaltning og den sociale sammenhæng, som den påvirker (jeg tænker eksempelvis på det tilfælde, hvor forskellen i procentdele af kvinder og mænd i en virksomhed eller den offentlige sektor er mindre væsentlig), kan føre til, at de betingelser, som begrunder den positive foranstaltning, og som i sagens natur beror på en række faktiske forhold, ikke længere består. Det påhviler den nationale domstol at fastslå, om disse betingelser er opfyldt, såfremt der indbringes en sag for den, hvorunder den pågældende ansættelse eller forfremmelse anfægtes, og hvorunder forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling følgelig omtvistes. Hvis sagen vedrører lovligheden af den korrigerende foranstaltning som helhed, uden hensyn til, hvorledes denne konkret er blevet anvendt i det ene eller det andet tilfælde — hvor som eksempel kan nævnes hovedsagen i det foreliggende tilfælde — vil det påhvile den tyske forvaltningsdomstol at fastlægge i abstrakte eller generelle vendinger, hvilke betingelser der skal være opfyldt for at korrigerende foranstaltninger er lovlige.

II — *Lovforskrifterne i delstaten Hessen*

Efter disse generelle overvejelser over, om positive foranstaltninger til at sikre lighed mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet er lovlige efter fællesskabsretten, skal jeg undersøge de lovforskrifter i delstaten Hessen, som bestrides at være forenelige med fællesskabsretten, navnlig med direktivets artikel 2, stk. 1 og 2.

Punkt 1 i det præjudicielle spørgsmål: forpligtelsen til at give kvinder fortrin og kriterierne for vurderingen af ansøgerne

33. Det præjudicielle spørgsmåls punkt 1, som har afgørende betydning i sagen, vedrører to aspekter, som supplerer hinanden indbyrdes, nemlig dels betingelserne for forvaltningens forpligtelse til at anvende en plan til fremme af kvinder (HGlG's § 3, stk. 1 og 2) samt formålene med og indholdet af denne plan (HGlG's § 5, stk. 3 og 4) dels bestemmelserne for, hvorledes bedømmelsen af ansøgerne skal foretages (HGlG's § 10).

34. Hvad angår det første aspekt og navnlig betingelserne for at vedtage og anvende positive foranstaltninger skal jeg indledningsvis bemærke, at principperne i den pågældende lov svarer til dem, der er indeholdt i de øvrige tyske ordninger, hvorom der er blevet stillet de ovenfor nævnte præjudicielle spørgsmål. Ifølge § 3, stk. 1 og 2, skal forvaltningen vedtage en plan til fremme af kvinder, når der er beskæftiget færre kvinder end mænd »på et løntrin, i en lønklasse eller en aflønningsgruppe i den pågældende personalegruppe«.

En sådan plan gælder for en periode på højst to år (§ 5, stk. 3). Hvis målet ikke er nået ved afslutningen af denne periode, skal der ved enhver yderligere ansættelse eller forfremmelse af en mand indhentes godkendelse fra den tjenestegren, som har godkendt planen til fremme af kvinder, indtil der er lige mange arbejdstagere af begge køn på de nævnte niveauer (§ 10, stk. 4). Selv om planen til fremme af kvinder er tidsbegrænset, fremgår det således klart, at forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling ikke bortfalder efter de to år, men først når procentdelen af kvinder er nået op på 50% inden for de enkelte sektorer og trin i karrieren.

35. Hvis kønnene er ulige repræsenteret, skal forvaltningen ifølge § 3, stk. 1, vedtage en plan til fremme af kvinder og andre foranstaltninger til at sikre ligheden mellem mænd og kvinder i den offentlige forvaltning, ligesom den skal virke for afskaffelse af kvinders underrepræsentation samt ophæve diskrimination på grundlag af køn og civilstand. Endvidere bestemmer lovens § 5, stk. 4, at mere end halvdelen af de ledige stillinger principielt skal besættes med kvinder ifølge hver enkelt plan til fremme af kvinder. Denne forpligtelse for forvaltningen bortfalder dog under visse særlige omstændigheder, der er udtrykkeligt fastsat i loven, nemlig a) hvis det er en nødvendig betingelse for udøvelsen af den pågældende funktion, at vedkommende har et bestemt køn, b) hvis det er tilstrækkelig godtgjort, at der ikke findes det fornødne antal kvinder med de nødvendige kvalifikationer, og c) ved forfremmelser uden stillingsbesættelser inden for områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, i hvilket tilfælde der skal fastsættes en andel af kvinder, som mindst svarer til andelen af kvinder i den umiddelbart lavere aflønningsgruppe. Endvidere indeholder denne bestemmelse følgende forskrift: »Hvis der af hensyn til besparelser træffes personalemæssige foranstaltninger, hvorved stillinger spærres eller nedlægges, skal det gennem planer til fremme af kvinder sikres, at kvindernes andel inden for de pågældende områder forbliver mindst lige så stor.«

Hvad angår det andet aspekt vedrørende kriterierne for bedømmelsen af ansøgerne, bestemmer lovens § 10, stk. 1, 2 og 3, at »de pågældendes egnethed, kvalifikationer og faglige indsats [skal] vurderes på grundlag af kravene i den ledige stilling«, og at forvaltningen ved denne vurdering skal anvende særlige bedømmelseskriterier. For det første skal der »tages hensyn til færdigheder og erfaringer, som er erhvervet ved pasning i hjemmet af børn eller personer

med behov for pleje [...] Det gælder også, når familiearbejdet udføres som bibeskæftigelse«. For det andet »[må der kun] tages hensyn til anciennitet, alder og tidspunktet for den sidste forfremmelse, i det omfang disse forhold har betydning for de mandlige og kvindelige ansøgeres egnethed, indsats og kvalifikationer«. For det tredje må der ikke ved bedømmelsen af en ansøger tages hensyn til »den mandlige eller kvindelige partners civilstand eller indkomst«. Endelig må »deltidsbeskæftigelser, orlov og forsinkelser i afslutningen af en uddannelse på grund af pasning af børn eller pårørende, som ifølge lægeerklæring har behov for pleje«, ikke komme de pågældende til skade ved den tjenstlige bedømmelse af dem.

36. Samtlige procesdeltagere, med undtagelse af sagsøgerne i hovedsagen og Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, fortolker den tyske lov således, at den i modsætning til, hvad der gjaldt for den af delstaten Bremen udstedte lov, der var omhandlet i Kalanke-sagen, ikke indfører en helt ufleksibel kvoteordning for kvinder, og de er derfor af den opfattelse, at loven er forenelig med direktiv 76/207 og udgør en foranstaltning, der er omfattet af direktivets artikel 2, stk. 4.

I forelæggelseskendelsen og navnlig ved formuleringen af det præjudicielle spørgsmåls punkt 1 fortolker den nationale ret den tyske lov således, at forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling navnlig er underordnet princippet i den tyske grundlov om »udvælgelse af de bedst kvalificerede ansøgere«, og kun består, hvis »der ikke findes andre og mere tungtvejende retlige grunde til hinder herfor«, dvs. kun, hvis det ikke er i strid med et forfatningsretligt princip. Også delstatens regering har som svar på et spørgsmål fra Domstolen vedrørende udtrykket »tungtvejende retlige grunde til hinder herfor«, selv fremhævet, at fortrinsstillingen for kvindelige ansøgere udgør et sekundært udvælgelseskriterium i den forstand, at det er underordnet et andet, primært kriterium i delstatens forfatning, hvorefter der under alle omstændigheder skal udvælges den bedst egnede ansøger. Med andre ord gælder kønskriteriet kun, såfremt der er flere ansøgere, der skønnes at være lige godt egnede efter deres faglige kvalifikationer. Ifølge delstatens regering indeholder planen til fremme af kvinder derfor blot en programerklæring og ikke nogen forpligtelse for forvaltningen til at give kvinder fortrinsstilling alene på grund af deres køn. Det eneste tilfælde, hvor der skal gives kvindelige ansøgere fortrinsret, er et »grænsetilfælde«, nemlig den situation, hvor forvaltningen ikke overholder forpligtelsen til at opfylde det fastsatte mål for 50% kvinder, og planen til disses fremme dermed ikke gennemføres. Delstatens regering er derfor af den opfattelse, at der ikke består nogen forpligtelse til positiv særbehandling, bortset fra særlige, formentlig sjældent forekommende tilfælde. Planen til fremme af kvinder tillægger derfor ikke private nogen rettigheder, men indeholder blot generelle retningslinjer for forvaltningsmyndighederne.

37. Denne fortolkning af den tyske lov er for mig at se ikke i overensstemmelse med dennes indhold som helhed. Efter lovens ordlyd — som denne fortolkes i forelæggelseskendelsen — er forvaltningen ikke blot forpligtet til at vedtage en plan til fremme af kvinder, såfremt disse er underrepræsenteret (lovens § 3, stk. 1) og kan ikke foretage nogen ansættelse, så længe planen ikke er vedtaget (§ 10, stk. 5), men den er også forpligtet til at tildele kvinder mere end halvdelen af de ledige stillinger (§ 5, stk. 4) indtil procentdelen af kvinder er lige så stor som for mænd. Desuden indeholder loven ikke nogen fravigelsesmulighed i modsætning til den i Marschall-dommen omhandlede lov, dvs. den indeholder ingen mulighed for at se bort fra forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling af »tungtvejende grunde«. Loven fastsætter kun visse undtagelser med et begrænset anvendelsesområde for tilfælde, hvor det er en betingelse for udøvelsen af det pågældende arbejde, at vedkommende har et bestemt køn, hvor det er umuligt at nå op på det nødvendige antal kvinder, og endelig hvor forfremmelsen sker uden nogen stillingsbesættelse.

Som anført af den forelæggende ret og som det i øvrigt også er fremhævet af den tyske regering, findes der dog ingen specifik forpligtelse til at give kvindelige ansøgere fortrinsstilling, da forvaltningen ikke efter loven altid eller i tilfælde af lige kvalifikationer er forpligtet til at ansætte eller forfremme kvinder. § 10 bestemmer nemlig udtrykkeligt, at der skal gives fortrin til den ansøger, som har de bedste kvalifikationer, eller som er bedst egnet. Den forbyder ikke, at en mandlig ansøger får fortrin, såfremt han viser sig at være bedst egnet til den ledige stilling, og den gentager heller ikke forudsætningen om, at kvalifikationerne skal være lige, for at der består en forpligtelse til at give kvinder fortrin. Efter de gældende bestemmelser indføres der blot en ordning til at lette kvinders integration og karriere, navnlig ved at de ikke stilles ringere ved at have udført familiearbejde. Denne ordning er indeholdt i HGlG's § 10, der fastsætter særlige kriterier for en lempeligere bedømmelse af kvinder, idet den dels bestemmer, at der ved bedømmelsen af ansøgerne skal tages hensyn til de erfaringer, som er erhvervet ved udførelsen af arbejde i hjemmet, når disse har en forbindelse med opgaverne i den ledige stilling — samtidig med, at der ikke skal tages hensyn til fravær af familiemæssige grunde — dels begrænser betydningen af tjenstlig anciennitet, der som hovedregel erhverves lettere af mandlige arbejdstagere.

38. På grundlag af de foranstående betragtninger vedrørende lovligheden af en positiv

særbehandling i fællesskabsretten er det følgelig min opfattelse, at det kan betragtes som foreneligt med fællesskabsretten at indføre en positiv national foranstaltning som den i sagen omhandlede, hvorefter forvaltningen er forpligtet til at vedtage en plan til fremme af kvinder med henblik på at afhjælpe en situation, hvor disse er underrepræsenteret inden for visse sektorer og karrieretrin, og til at lette ansættelsen af kvindelige arbejdstagere og disses karriere, forudsat den pågældende foranstaltning ikke udelukker mænd fra at søge de enkelte stillinger og ikke foreskriver en fast kvote af kvinder uden hensyn til ansøgernes egnethed i den stilling, som skal besættes.

Det præjudicielle spørgsmåls punkt 2: det videnskabelige område

39. Det andet aspekt af den tyske lov, som den forelæggende ret anmoder Domstolen om at udtale sig om, vedrører foreneligheden med direktivets artikel 2, stk. 2 og 4, af HGlG's § 5, stk. 7, hvorefter de bindende mål, som er indeholdt i planerne til fremme af kvinder for så vidt angår tidsbegrænsede stillinger på det videnskabelige område og videnskabelige assistenter, skal foreskrive, at stillingerne skal besættes med en mindst lige så stor andel af kvinder, som disse udgør af kandidaterne, doktoranderne og de studerende inden for det pågældende fagområde. Det bestemmes således nærmere i § 5, stk. 7: »Stillinger på det videnskabelige område, som i henhold til Hochschulrahmengesetz (lov om højere uddannelsesinstitutioner) [...] besættes for en tidsbegrænset periode, skal mindst besættes med den andel af kvinder, som disse udgør af kandidaterne inden for det pågældende fagområde. Stillinger på det videnskabelige område, som i henhold til Hochschulrahmengesetz' § 48 besættes for en tidsbegrænset periode, skal mindst besættes med den andel af kvinder, som disse udgør af doktoranderne inden for det pågældende fagområde. Af de midler, der afsættes til beskæftigelse af videnskabelige medarbejdere uden kandidateksamen, skal der mindst anvendes så stor en andel, som disse udgør af de studerende inden for det pågældende fagområde.«

Delstatens regering har i den forbindelse anført, at kvinder navnlig er underrepræsenteret, fordi stillingerne normalt er midlertidige og forfremmelser inden for karrieren betinget af, at den pågældende erhverver yderligere titler. Formålet med planen er ifølge delstaten at lette adgangen for kvinder, som i forvejen er ansat inden for det videnskabelige område, til faste stillinger inden for den højere undervisning.

Det fremgår klart af § 5, stk. 7, at målet for andelen af ansatte kvinder inden for det videnskabelige område også kan være mindre end 50%, dvs. mindre end det mål, der er fastsat for de øvrige sektorer, da målet for det videnskabelige område fastsættes anderledes end det almindelige mål, nemlig på grundlag af det antal personer, som har

gennemgået en adækvat faglig uddannelse. Ifølge bestemmelsen skal procentdelen svare til den andel af kvinder, som har bestået en kandidateksamen eller erhvervet en doktortitel, eller som blot har tilbagelagt universitetsstudier. Hvis den generelle ordning, som har til formål at sikre en andel af kvinder svarende til 50% af arbejdsstyrken inden for en bestemt sektor, anses for forenelig med fællesskabsretten, er den nævnte særregel naturligvis så meget mere forenelig dermed.

Såfremt man anlægger den anden fortolkning, at målet på 50% også gælder inden for det videnskabelige område, vil det fratage særordningen enhver praktisk betydning. Modsætningen mellem den almindelige ordning og den særlige ordning for det videnskabelige område er imidlertid reelt kun tilsyneladende, da de personer med kandidateksamen, som er interesseret i stillinger inden for det videnskabelige område, er dem, som har gennemgået en adækvat uddannelse, hvorfor fastsættelsen af et bestemt antal kvinder svarende til det antal, som har gennemgået den nødvendige uddannelse, er ensbetydende med, at der som kvantitativt kriterium anvendes en reel størrelse som grundlag for at give kvinder fortrinsstilling på det pågældende område.

Det skal bemærkes, at formuleringen af forpligtelsen til at give fortrinsstilling inden for det videnskabelige område (§ 5, stk. 7) er forskellig fra den, der anvendes i den generelle bestemmelse (§ 5, stk. 4). Det bestemmes således, at stillingerne på det videnskabelige område »skal besættes« med kvinder, mens stillingerne inden for de andre områder af forvaltningen skal »være bestemt til« (»vorzusehen«) at skulle besættes med kvinder. Den forelæggende ret henviser i den forbindelse til, at denne bestemmelse ikke har nogen »selvstændig betydning«, da den ikke umiddelbart vedrører beslutningerne om besættelse af stillinger. Der er derfor kun en rent terminologisk forskel mellem den almindelige bestemmelse og særreglen. Det vil således være helt uberettiget og inkonsekvent at fortolke bestemmelsen i § 5, stk. 7, således, at den undtager det videnskabelige område fra den almindelige ordning, der gælder for udvælgelsen af ansøgerne, og som er fastsat i lovens § 10. Hvis man imidlertid antog, at § 5, stk. 7, foreskriver en fast procentdel for de stillinger, som skal tildeles kvinder, uden hensyn til bedømmelsen af alle de implicerede arbejdstagere, ville bestemmelsen, som anført ovenfor, føre til vedtagelse af en positiv foranstaltning i strid med det system, som ligger til grund for EF-traktatens artikel 141, stk. 4, og direktivets artikel 2, stk. 4.

Det præjudicielle spørgsmåls punkt 3: uddannelsesprogrammer

40. Det tredje aspekt af loven, som skal behandles, vedrører bestemmelsen i HGlG's § 7, hvorefter der inden for uddannelsesfag, hvor kvinder er underrepræsenteret, mindst skal forbeholdes disse halvdelen af uddannelsespladserne. Endvidere skal der træffes egnede foranstaltninger til at gøre kvinder opmærksomme på de ledige uddannelsespladser, og de skal opfordres

til at indgive ansøgning. Hvis der trods opfordringen hertil ikke indkommer det fornødne antal ansøgninger fra kvinder, kan mere end halvdelen af de ledige uddannelsespladser besættes med mænd.

Formålet med denne bestemmelse adskiller sig ligesom karakteren af den korrigerende foranstaltning fra formålet med den generelle ordning, idet bestemmelsen klart tilsigter et bestemt talmæssigt resultat, som dog adskiller sig væsentligt fra det resultat, der tilsigtes med den almindelige ordning, da det ikke er stillinger, men uddannelsespladser, som forbeholdes kvinder med henblik på senere tilgang til kvalificerede erhverv. Hvad angår midlerne til opnåelsen af dette mål er forvaltningsmyndighederne forpligtet til at træffe foranstaltninger til at gøre kvinderne opmærksomme på de ledige uddannelsespladser og opfordre dem til at indgive ansøgning. Hvis der ikke indkommer tilstrækkelig mange ansøgninger, kan de pladser, som oprindeligt var reserveret kvinder, ifølge bestemmelsen besættes med mænd.

Herved ses det uden videre, at den pågældende bestemmelse bygger på et snævrere begreb for lige muligheder. De fastsatte foranstaltninger henhører følgelig under dem, der har til formål at fjerne årsagerne til, at kvinder har færre muligheder for at finde arbejde og gøre karriere, og som tillige omfatter erhvervsvejledning og -uddannelse. Der er ingen tvivl om, at en sådan type foranstaltning er lovlig efter fællesskabsretten.

Det præjudicielle spørgsmåls punkt 4: indbydelse til samtaler med henblik på ansættelse af nye medarbejdere

41. Det fjerde aspekt af den tyske lov, hvis forenelighed med fællesskabsretten den forelæggende ret rejser tvivl om, vedrører indbydelse til samtaler forud for ansættelse. Den relevante bestemmelse herom er § 9, hvori det hedder, at »[der skal] indbydes mindst lige så mange kvinder som mænd [til samtale] — eller samtlige kvinder indbyrdes — forudsat at kvinderne opfylder de ved lov eller andetsteds fastsatte betingelser for at besætte den ledige stilling«.

Ligesom bestemmelsen om uddannelsesprogrammer tilstræbes der heller ikke med denne bestemmelse noget bestemt resultat — i henseende til ansættelse eller forfremmelse — men bestemmelsen giver kvinder nogle flere muligheder, der letter deres adgang til arbejdsmarkedet og deres muligheder for at gøre karriere. Jeg skal tilføje, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, at § 9 ganske vist foreskriver, at der skal indbydes en bestemt procentdel af kvinder til samtale, men at det ligeledes fremgår af bestemmelsen, at der skal foretages en første gennemgang af ansøgningerne, og at der kun skal indbydes de ansøgere til samtale, som opfylder de ved

lov eller andetsteds fastsatte betingelser for at besætte den ledige stilling eller udføre visse opgaver. Bestemmelsen vedrører altså de samtaler, der føres efter den første udvælgelse, og hvori samtlige ansøgere deltager. Følgelig kan enhver arbejdstager deltage i denne udvælgelse og har mulighed for at blive udvalgt på grundlag af bedømmelseskriterierne, som må antages at være de kriterier, der er fastsat i de almindelige bestemmelser, dvs. i lovens § 10, stk. 1, 2 og 3.

Det er derfor min opfattelse, at heller ikke bestemmelsen om samtaler forud for ansættelsen strider mod fællesskabsretten.

Det præjudicielle spørgsmåls punkt 5: sammensætningen af de forskellige organer

42. Det sidste punkt vedrører sammensætningen af de organer, hvori arbejdstagerne er repræsenteret, samt repræsentantskaber og bestyrelser. Ifølge den tyske lovs § 14 skal »ved besættelse af hverv i udvalg, sagkyndige råd, repræsentantskaber og bestyrelser [...] mindst halvdelen af medlemmerne være kvinder«.

Denne bestemmelse fastsætter klart, at medlemmerne af forvaltningens interne organer for mindst halvdelens vedkommende skal være kvindelige arbejdstagere. § 14 foreskriver hermed en ufleksibel kvote for kvinder, som desuden ikke tager hensyn til disses egnethed. Ganske vist har den tyske lov som tidligere anført tilsyneladende til formål at fastsætte et generelt program til at lette kvinders ansættelse og forfremmelse i den offentlige forvaltning, men når henses til ordlyden af bestemmelsen om sammensætningen af de interne organer synes bestemmelsen ikke hvad angår dette aspekt at hjemle nogle undtagelser.

På grundlag af de ovennævnte betragtninger vedrørende de betingelser, som en positiv særbehandling skal opfylde for at være forenelig med fællesskabsretten, og navnlig under hensyn til det fastslåede krav om, at det skal være muligt for alle arbejdstagere at ansøge om de stillinger, som har relevans for vedkommendes ansættelsesforhold, er jeg følgelig af den opfattelse, at en bestemmelse som den foreliggende tyske lovforskrift generelt er i strid med arbejdstageres ret til ligebehandling, da den åbenbart overskrider grænserne for vedtagelsen af foranstaltninger til at fremme kvinders lige muligheder. Jeg mener følgelig af de anførte grunde, at den i HGlG's § 14 foreskrevne foranstaltning strider mod direktivets artikel 2, stk. 1, og ikke omfattes af de positive foranstaltninger, som er omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 4.

Forslag til afgørelse

43. På grundlag af de foranstående betragtninger skal jeg derfor foreslå Domstolen at besvare de af Staatsgerichtshof forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår er ikke til hinder for en national lovgivning som delstaten Hessens lov af 30. december 1993 om mænd og kvinders ligeberettigelse samt om afskaffelse af diskrimination af kvinder i den offentlige forvaltning, hvorefter det, såfremt kvinder er underrepræsenteret inden for visse sektorer og lønklasser, påhviler forvaltningen:

a) at vedtage en plan med henblik på gradvis afskaffelse af denne ulighed og at træffe andre foranstaltninger til at sikre mænd og kvinder lige muligheder i den offentlige forvaltning, samt ved gennemførelsen af denne plan gradvis at besætte mere end halvdelen af de ledige stillinger med kvinder, dog således, at en sådan national lovgivning ikke må give kvinder en automatisk fortrinsstilling og skal sikre, at der foretages en objektiv

vurdering af samtlige mandlige og kvindelige ansøgeres faglige og personlige profil selv i tilfælde, hvor denne vurdering er baseret på sådanne bedømmelseskriterier, som er omhandlet i den tyske lov, der har til formål at begunstige kvindelige ansøgere

b) at forbeholde kvinder en vis procentdel stillinger på det videnskabelige område, som varierer efter andelen af kvinder blandt doktoranderne, de kandidatuddannede og de studerende, såfremt denne procentdel ikke overstiger halvdelen af antallet af ledige stillinger, og såfremt der ikke gives kvindelige ansøgere en automatisk fortrinsstilling som nævnt ovenfor under punkt a)

c) at forbeholde kvinder halvdelen af uddannelsespladserne

d) at indbyde lige så mange kvindelige ansøgere som mandlige til samtale med henblik på udvælgelse af de medarbejdere, der skal ansættes, eller kun at indbyde kvindelige ansøgere, såfremt disse er egnede til stillingen, og såfremt vurderingen af ansøgerne foretages under hensyntagen til profilen — i den ovenfor i punkt a) nævnte forstand — hos de personer, som ansøger om stillingen.

2) Artikel 2, stk. 1 og 4, i direktiv 76/207 er til hinder for en national lovgivning, som foreskriver, at halvdelen af medlemmerne i den offentlige forvaltnings interne organer skal være kvinder.«