CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. SAGGIO
van 10 juni 1999 *

1. Met deze prejudiciële verwijzing door het Staatsgerichtshof des Landes Hessen wordt het Hof voor de derde keer verzocht om uitlegging van artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden [1] (hierna: „de richtlijn"), en wel in verband met de vraag, of een regeling inzake aanstelling en bevordering van vrouwen in de openbare dienst met die bepaling verenigbaar is. Met zijn prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof in feite, in het licht van het geldende gemeenschapsrecht het begrip en de grenzen te bepalen van nationale positieve acties ter bevordering van de volledige integratie van vrouwen in het arbeidsproces.

De gemeenschapsregeling

2. Ik herinner eraan, dat de richtlijn „de tenuitvoerlegging in de lidstaten [beoogt] van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van de promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en (...) de sociale zekerheid" (artikel 1).

Volgens artikel 2, lid 1, van de richtlijn houdt dat beginsel in, „dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie".

Artikel 2, lid 4, van de richtlijn staat de lidstaten toe, maatregelen vast te stellen of te handhaven „die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden".

3. Nadat de verwijzingsbeschikking bij het Hof was binnengekomen, is het Verdrag van Amsterdam in werking getreden, waarbij het EG-Verdrag — voor zover voor ons onderzoek van belang — met betrekking

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB L 39, blz. 40.

tot de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen is gewijzigd. Met name bepalen de artikelen 2 en 3 EG-Verdrag in hun nieuwe versie, dat „het bevorderen van (...) de gelijkheid van mannen en vrouwen" tot de taak van de Gemeenschap behoort en dat de Gemeenschap bij elk optreden ernaar streeft, „de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen". Volgens het bij die gelegenheid eveneens ingevoegde artikel 6 A „kan de Raad met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht (...) te bestrijden".

4. Artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG), zoals gewijzigd, bepaalt in lid 1: „Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast." Lid 3 luidt: „De Raad neemt volgens de procedure van artikel 251 [vroeger artikel 189 B] en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité maatregelen aan om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, met inbegrip van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid." Lid 4 ten slotte bepaalt: „Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren." [2] In de aan het Verdrag van Amsterdam gehechte *Verklaring ad artikel 119, lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap* heet het: „Bij het aannemen van maatregelen als bedoeld in artikel 119 [thans artikel 141], lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap dienen de lidstaten in de eerste plaats te streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven."

5. Reeds vóór de wijziging van het Verdrag hadden de gemeenschapsinstellingen diverse teksten met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen aangenomen. Van bijzonder belang is aanbeveling 84/635/EEG van de Raad van 13 december 1984 betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen. [3] Daarin valt te lezen, dat „de bestaande rechtsnormen inzake gelijke behandeling, die ten doel hebben rechten te geven aan individuele personen, ontoereikend zijn voor de opheffing van alle feitelijke ongelijkheden, tenzij de regeringen, de sociale partners en andere betrokken instanties gelijktijdig maatregelen treffen teneinde de nadelige gevolgen te ondervangen die voor de vrouwen in het arbeidsproces voortvloeien uit attitudes, gedragspatronen en sociale structuren". Onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 2, lid 4, van de

2 — In zijn versie van vóór het Verdrag van Amsterdam bevatte artikel 119 geen enkele verwijzing naar positieve acties ten gunste van het ondervertegenwoordigde geslacht en verbood het enkel ongelijke behandeling op het gebied van de beloning. In zijn eerste alinea bepaalde dat artikel: „Iedere lidstaat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid."

3 — PB L 331, blz. 34.

richtlijn wordt de lidstaten vervolgens aanbevolen, een beleid van positieve actie te ontwikkelen, dat onder meer gericht is op „het stimuleren van sollicitaties, aanwerving en bevordering van vrouwen in sectoren, in beroepen en op niveaus waar zij ondervertegenwoordigd zijn, met name op verantwoordelijke posten".

De nationale regeling

6. Het Hessische Gleichberechtigungsgesetz (voluit: Hessisches Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentichen Verwaltung; hierna: „HGlG") beoogt de verwezenlijking van de gelijke toegang van mannen en vrouwen tot openbare ambten door de opstelling van stimuleringsprogramma's met verbindende doelstellingen voor de toegangs- en arbeidsvoorwaarden en de loopbaanontwikkeling van vrouwen (§ 1).

7. § 3, lid 1, HGlG bepaalt: „De diensten zijn verplicht, door stimuleringsprogramma's voor vrouwen (...) en door andere stimuleringsmaatregelen (...) de gelijkstelling van mannen en vrouwen in de openbare dienst en het wegwerken van de ondervertegenwoordiging van vrouwen te bevorderen, alsmede discriminaties op grond van geslacht en gezinssituatie op te heffen." Volgens lid 2 zijn vrouwen ondervertegenwoordigd „wanneer binnen de werkingssfeer van een stimuleringsprogramma voor vrouwen (...) in een loon-, vergoedings- of bezoldigingsgroep van een loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn. Voor de aanvangsambten van een loopbaan worden vrouwen als ondervertegenwoordigd aangemerkt, wanneer in de gehele loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn. De tweede volzin geldt ook voor het aanvangsambt van de rechterlijke macht en het openbaar ministerie. Binnen de werkingssfeer van een stimuleringsprogramma voor vrouwen vormt elke bezoldigingsgroep van een loopbaan, elke loon- en elke vergoedingsgroep een sector. De dienst die het stimuleringsprogramma opstelt, kan nadere onderverdelingen aanbrengen."

8. § 5, lid 3, bepaalt: „Het stimuleringsprogramma voor vrouwen bevat voor telkens twee jaar verbindende doelstellingen ten aanzien van het percentage vrouwen bij aanstellingen en bevorderingen met het oog op de verhoging van het aandeel vrouwen in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn." § 5, lid 4, luidt: „In elk stimuleringsprogramma voor vrouwen moet telkens meer dan de helft van de te bezetten posten van een sector waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, voor vrouwen worden bestemd. Dit geldt niet, wanneer het geslacht een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van een activiteit is. Indien overtuigend is aangetoond, dat er onvoldoende vrouwen met de noodzakelijke kwalificatie zijn, kunnen evenredig minder posten aan vrouwen worden voorbehouden. Bij bevorderingen zonder dat er een post wordt bezet, in sectoren waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, moet het aandeel vrouwen worden bepaald

op een percentage dat ten minste overeenkomt met het aandeel van de vrouwen in de onmiddellijk daaronder liggende bezoldigingsgroep van de sector. De derde volzin is van overeenkomstige toepassing. Wanneer ten gevolge van bezuinigingsmaatregelen op personeelsgebied posten worden geblokkeerd of wegvallen, moet door middel van het stimuleringsprogramma voor vrouwen worden gewaarborgd, dat het aandeel vrouwen in de betrokken sectoren ten minste gelijk blijft."

9. § 5, lid 7, betreft „posten van de wetenschappelijke dienst" die overeenkomstig het Hochschulrahmengesetz tijdelijk worden bezet. Deze posten moeten worden bezet met een percentage vrouwen dat ten minste overeenkomt met het percentage vrouwelijke afgestudeerden, respectievelijk vrouwelijke gepromoveerden op het betrokken vakgebied. Hetzelfde geldt voor de tewerkstelling van niet-gediplomeerde wetenschappelijke hulpkrachten: het aantal vrouwelijke beambten moet ten minste overeenkomen met het aantal vrouwelijke studenten op het betrokken vakgebied.

10. Ingevolge § 7 moet, indien vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, ten minste de helft van de beschikbare opleidingsplaatsen aan vrouwen worden toegewezen. Vrouwen moeten voorts op vrije opleidingsplaatsen attent worden gemaakt en worden aangemoedigd ernaar te solliciteren. Indien desondanks het aantal vrouwelijke sollicitanten niet groot genoeg is, kan meer dan de helft van het aantal opleidingsplaatsen met mannen worden bezet.

11. Voor sollicitatiegesprekken moeten ingevolge § 9, lid 1, ten minste evenveel vrouwen als mannen dan wel alle vrouwen worden opgeroepen, indien zij aan bij wet of anderszins bepaalde voorwaarden voldoen en in de betrokken sector ondervertegenwoordigd zijn.

12. Volgens § 10 „moeten geschiktheid, bekwaamheid en beroepsprestaties (kwalificatie) overeenkomstig de vereisten van de te vervullen betrekking of het te bekleden ambt worden beoordeeld. Bij de beoordeling van de kwalificatie moet rekening worden gehouden met bekwaamheden en ervaring die door de verzorging van kinderen of hulpbehoevenden in gezinsverband (gezinstaken) zijn verworven, voor zover deze relevant zijn voor de geschiktheid, prestaties en bekwaamheid van de vrouwelijke en mannelijke sollicitanten. Dit geldt ook, indien de gezinstaken naast betaalde arbeid zijn verricht. Met diensttijd, leeftijd en het tijdstip van de laatste bevordering mag slechts rekening worden gehouden, voor zover zij voor de geschiktheid, prestaties en bekwaamheid van de vrouwelijke en mannelijke sollicitanten relevant zijn. Met de gezinssituatie of het inkomen van

de partner mag geen rekening worden gehouden. Deeltijdarbeid, onderbrekingen en vertraging bij het afsluiten van de opleiding verband houdende met het verzorgen van kinderen of van blijkens een medische verklaring hulpbehoevende verwanten, mogen geen nadelige invloed op de beoordeling en de loopbaan hebben."

13. Ten slotte bepaalt § 14: „De leden van commissies, adviescommissies, besturen, controleorganen en andere dergelijke lichamen zijn ten minste voor de helft vrouwen."

14. Wat de geldingsduur van het stimuleringsprogramma betreft, worden ingevolge § 5, lid 3, de verbindende doelstellingen telkens voor twee jaar vastgelegd, rekening houdend met de bijzonderheden van elke betrokken sector en dienst. In § 10, leden 4 en 5, wordt echter bepaald: „Indien de voor twee jaar vastgestelde doelstellingen van het stimuleringsprogramma voor vrouwen niet worden bereikt, is tot de verwezenlijking van die doelstellingen voor iedere verdere aanstelling of bevordering van een man in een sector waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, de instemming nodig van de dienst die het stimuleringsprogramma voor vrouwen heeft goedgekeurd (...) Zolang geen stimuleringsprogramma voor vrouwen is opgesteld, mogen in sectoren waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, geen aanstellingen of bevorderingen plaatsvinden."

De nationale en de communautaire procedure

15. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is door het Staatsgerichtshof des Landes Hessen gedaan in het kader van een constitutionele toetsingsprocedure („Normenkontrollverfahren"), die door 40 leden van het Hessische parlement (Hessischer Landtag) aanhangig is gemaakt om de onverenigbaarheid van het HGlG, in het bijzonder de §§ 3, 5, 7 tot en met 11, 14, 16 en 18 ervan, met de grondwet van de deelstaat Hessen te doen vaststellen.

16. Verzoekers in het hoofdgeding zijn van mening, dat het HGlG in strijd is met, in de eerste plaats, het grondwettelijk beginsel van „selectie van de besten", doordat de voorkeur wordt gegeven aan bepaalde sollicitanten niet wegens hun verdiensten, maar wegens hun geslacht, en, in de tweede plaats, het beginsel van gelijke behandeling, dat niet slechts verbiedt privileges toe te kennen aan een specifieke groep, maar dat elk individu een grondrecht verleent dat de burgers gelijke kansen bij de uitgangspositie waarborgt en verhindert, dat voor een bepaalde categorie van personen een beslissende voorsprong bij de start wordt ge-

creëerd. Voorts is het HGlG volgens hen in strijd met de richtlijn, zoals door het Hof uitgelegd in het arrest Kalanke. [4]

17. Alvorens de grondwettigheid van de litigieuze wet te onderzoeken, heeft het Staatsgerichtshof des Landes Hessen de behandeling van de zaak geschorst en krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staat artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40), in de weg aan nationale regelingen op grond waarvan:

1) in gevallen van ondervertegenwoordiging in de zin van § 3, leden 1 en 2, HGlG, selecties op grond van § 10 van die wet bij gelijke kwalificatie van een vrouwelijke en een mannelijke sollicitant wegens het verbindende karakter van de doelstellingen van het stimuleringsprogramma voor vrouwen krachtens § 5, leden 3 en 4, HGlG in het individuele geval ten gunste van de vrouwelijke sollicitant moeten uitvallen, wanneer dit ter verwezenlijking van de doelstellingen is vereist en geen zwaarder wegende juridische redenen zich daartegen verzetten;

2) de verbindende doelstellingen van het stimuleringsprogramma voor vrouwen voor tijdelijk te vervullen posten van de wetenschappelijke dienst en voor wetenschappelijke hulpkrachten overeenkomstig § 5, lid 7, HGlG ten minste moeten voorzien in een aandeel vrouwen dat overeenkomt met het aandeel vrouwelijke afgestudeerden (lid 7, eerste volzin), gepromoveerden (lid 7, tweede volzin) en studenten (lid 7, derde volzin) op het betrokken vakgebied;

4 — Arrest van 17 oktober 1995 (C-450/93, Jurispr. blz. I-3051). Volgens verzoekers in het hoofdgeding zijn alle hiervóór aangehaalde bepalingen vooral in strijd met de artikelen 1 en 134 van de grondwet van de deelstaat Hessen, daar zij vormen van discriminatie op grond van geslacht inhouden. De §§ 9, lid 1, en 10, lid 3, eerste volzin, zouden voorts indruisen tegen het algemene beginsel van „selectie van de besten", neergelegd in artikel 33 van de federale grondwet en overgenomen in artikel 134 van de grondwet van de deelstaat Hessen. Het HGlG zou tevens in strijd zijn met de in de artikelen 135 en 29 van de Hessische grondwet neergelegde regel, dat de rechtspositie van werknemers in de openbare dienst in overeenstemming moet zijn met de vereisten van het openbaar bestuur, en zou de grenzen overschrijden van de wetgevende bevoegdheid der deelstaten overeenkomstig de artikelen 70, 72, 74, sub 12, en 55, sub 1, van de federale grondwet, die op overeenkomstige wijze in artikel 153 van de Hessische grondwet zijn bepaald.

3) vrouwen in beroepen met een volledige beroepsopleiding waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, krachtens § 7, lid 1, HGlG bij de toewijzing van opleidingsplaatsen voor ten minste de helft in aanmerking moeten komen, tenzij het gaat om opleidingsprogramma's die uitsluitend door de overheid worden verzorgd;

4) in sectoren waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, voor een sollicitatiegesprek krachtens § 9, lid 1, HGlG ten minste evenveel vrouwen als mannen of alle vrouwelijke sollicitanten moeten worden uitgenodigd, wanneer zij aan de bij wet of anderszins bepaalde voorwaarden voor de te bezetten post of het te bekleden ambt voldoen;

5) de leden van commissies, adviescommissies, besturen, controleorganen en andere dergelijke lichamen volgens § 14 HGlG voor ten minste de helft vrouwen moeten zijn?"

18. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Hessische Ministerpräsident, de Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Finland en de Commissie. Al deze partijen hebben zich ter terechtzitting doen vertegenwoordigen.

Ten gronde

I — *Positieve acties ter verwezenlijking van gelijke kansen voor vrouwen in het arbeidsproces*

19. In deze zaak gaat het om de vraag, welke regels in het gemeenschapsrecht gelden voor positieve acties ter verwezenlijking van de gelijkheid van mannen en vrouwen.

20. Onder positieve acties [5] worden verstaan alle wettelijke of bestuurlijke maatregelen waarbij instrumenten worden

5 — Zoals advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie van 6 april 1995 in de zaak Kalanke heeft uiteengezet, is het begrip positieve actie in het Amerikaanse recht gemunt, waar de „affirmative actions" aanvankelijk maatregelen ten gunste van de gekleurde bevolking waren en later ten gunste van etnische minderheden en zwakkere bevolkingsgroepen zoals de vrouwen. „De positieve actie," aldus de advocaat-generaal, „kan verschillende vormen aannemen. Een eerste model beoogt niet zozeer de bestrijding van discriminaties in juridische zin als wel van situaties van achterstelling, zoals die voor de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt kenmerkend zijn", met name door maatregelen op het gebied van beroepskeuze en -opleiding. „Een tweede model bestaat in acties die gericht zijn op bevordering van het evenwicht tussen gezins- en beroepstaken en op een betere verdeling van taken tussen beide geslachten"; hierbij gaat het onder meer om „maatregelen op het gebied van arbeidstijden, uitbouw van kinderdagverblijven, herinschakeling van vrouwen die zich hebben beziggehouden met de opvoeding van hun kinderen, alsmede maatregelen op het gebied van de sociale zekerheid en belastingvoordelen die rekening houden met de gezinslasten". Een derde model van positieve actie ten slotte „bestaat in de bestrijding van de gevolgen van juridisch relevante historische discriminaties"; hiertoe behoren „voorkeursbehandelingen van benadeelde groepen (...), in het bijzonder via regelingen van quota en goals". Met een quotaregeling wordt een bepaald aantal posten voor de meest benadeelde groepen gereserveerd, in het geval van goals krijgen leden van de betrokken categorieën een hoger aantal punten toegedeeld, maar behouden alle gegadigden het recht om naar alle openstaande posten te solliciteren (punten 8 en 9). Het begrip positieve actie vindt men thans in het recht van alle lidstaten en wat het gemeenschapsrecht betreft, in aanbeveling 84/635.

gecreëerd ten gunste van een bepaalde groep die op natuurlijke of historische gronden benadeeld is, teneinde die groep gelijke kansen in de maatschappij te verzekeren. In de context die ons thans bezighoudt, de gelijke kansen van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, bestaan positieve acties veelal in programma's om de toegang tot arbeid en de loopbaan van vrouwen te bevorderen. Dergelijke bewust positieve maatregelen zijn al wegens hun inhoud, die erin bestaat een bepaalde categorie van personen te bevoorrechten, discriminerend en dus kennelijk onverenigbaar met het algemene gelijkheidsbeginsel. Het principiële verbod van discriminatie op grond van geslacht, dat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen beoogt, verleent zoals bekend aan elkeen een grondrecht en vormt een fundamentele regel niet slechts van het gemeenschapsrecht, maar ook van het recht van de lidstaten. De wettigheid van positieve acties hangt er in de regel dus van af, of zij met genoemd algemeen beginsel te rijmen zijn.

Terwijl ingevolge artikel 141, lid 1, van het Verdrag en artikel 2, lid 1, van de richtlijn, waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, elke discriminatie op grond van geslacht verboden is, staan artikel 141, lid 4, van het Verdrag en artikel 2, lid 4, van de richtlijn de lidstaten toe, te voorzien in positieve acties ter verwezenlijking van gelijke kansen voor mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt. De lidstaten kunnen derhalve ter verwezenlijking van dit doel ook maatregelen nemen die in tegenspraak zijn met het algemene non-discriminatiebeginsel, en dus ook maatregelen die voor mannelijke werknemers nadelig uitvallen. Bij ons onderzoek gaat het er dus eigenlijk om te bepalen, binnen welke grenzen en onder welke voorwaarden positieve nationale maatregelen als die waarop de onderhavige zaak betrekking heeft, als verenigbaar met het gemeenschapsrecht kunnen worden beschouwd.

21. Wij zeiden al, dat het Hof artikel 2, lid 4, van de richtlijn reeds eerder heeft moeten uitleggen[6], en wel juist in de context van het algemene non-discriminatiebeginsel, en dat het in beide gevallen de strekking ervan heeft moeten preciseren in verband met nationale positieve acties. Evenals de vragen die thans voorwerp van ons onderzoek zijn, betroffen die welke toen aan het Hof werden voorgelegd, de inhoud van de aan de lidstaten toegekende bevoegdheid om dergelijke acties voor vrouwen vast te stellen. Ik merk echter nu reeds op, dat de toenmalige uitspraken van het Hof betekenen, dat de richtlijnbepaling als afwijking van het algemene non-discriminatiebeginsel restrictief moet worden uitgelegd. In het bijzonder heeft het Hof het uitgesloten, dat vrouwen bij aanstellingen en bevorderingen volstrekte en onvoorwaardelijke voorrang hebben.

6 — In het eerste arrest over artikel 2, lid 4, van de richtlijn (arrest van 25 oktober 1988, Commissie/Frankrijk, 312/86, Jurispr. blz. 3615) verklaarde het Hof, dat die bepaling een uitzondering bevat die „een nauwkeurig bepaald en beperkt doel [heeft], te weten het toestaan van maatregelen die, hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen" (punt 15). In die zaak ging het om de vaststelling van een eventuele niet-nakoming van de Franse Republiek, doordat zij richtlijn 76/207 niet had geïmplementeerd. Als verweer voerde Frankrijk aan, dat de Franse wetgever bij de wijziging van de Code du travail uitdrukkelijk had voorzien in de mogelijkheid, dat in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten „bijzondere rechten voor vrouwen" werden opgenomen. Het Hof wees dit betoog als ongegrond af en verklaarde, dat de generieke toekenning van bijzondere rechten geen positieve actie in de zin van artikel 2, lid 4, van de richtlijn was, en sloot dus uit, dat dit artikel er de rechtsgrondslag van kon zijn.

22. Ik wil thans op twee essentiële aspecten van de rechtspraak ingaan, en wel a) de mogelijkheid dat positieve acties voor vrouwen, met name wanneer daarin een bepaald percentage aan vrouwen — een quotum — voor elke rang van een loopbaan is vastgelegd, een verplichting tot het aanstellen en bevorderen van vrouwelijke kandidaten impliceren, dat wil zeggen een verplichting om het resultaat met het oog waarop het instrument is ingevoerd, te verwezenlijken, en b) de voorwaarden waaronder een systeem dat een bepaald percentage aan vrouwen garandeert, als verenigbaar met het gemeenschapsrecht kan worden aangemerkt.

23. a) In het arrest Kalanke uit 1995[7] — waarop verzoekers in het hoofdgeding zich voor hun conclusies baseren en waaraan de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking refereert — was de positieve actie een wettelijke regeling van de deelstaat Bremen, volgens welke „bij de aanwerving, inclusief de aanstelling als ambtenaar of rechter, anders dan met het oog op opleiding, (...) vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waar zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang in aanmerking [moeten] worden genomen", en „de kwalificaties (...) uitsluitend [mogen] worden getoetst aan de vereisten van het beroep, de te bezetten post of de loopbaan". Het Hof besliste, dat een dergelijke regeling, volgens welke vrouwen met gelijke kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, automatisch voorrang genieten, niet slechts in strijd is met artikel 2, lid 1, van de richtlijn, omdat zij „een discriminatie op grond van geslacht [inhoudt]" (punt 16), maar ook niet als een positieve actie in de zin van artikel 2, lid 4, van de richtlijn kan worden aangemerkt, omdat „een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen en (...) de grenzen van de in artikel 2, lid 4, voorziene uitzondering [overschrijdt]" (punt 22). Het Hof voegde hieraan toe, „dat een dergelijke regeling, voor zover zij erop gericht is, te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, de in artikel 2, lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden" (punt 23).

Hiermee volgde het Hof de advocaat-generaal, die in zijn conclusie het volgende had betoogd: „Gelijke kansen bieden kan (...) enkel betekenen, in de gelegenheid stellen om gelijke resultaten te behalen, dat wil zeggen voor beide geslachten dezelfde voorwaarden bij de vertreksituatie creëren (...) Dat de in het geding zijnde nationale regeling er in het geheel niet op gericht is, gelijke vertreksituaties te garanderen, lijkt mij meer dan duidelijk. De omstandigheid dat twee kandidaten van verschillend geslacht dezelfde kwalificaties hebben, brengt namelijk per definitie mee, dat zij gelijke kansen hadden en hebben: zij bevinden zich derhalve in dezelfde uitgangspositie. De in geding zijnde nationale regeling, die voorrang toekent aan vrouwen, is er dus op gericht gelijkheid van resultaten, of liever gezegd een billijke verdeling van de arbeidsplaatsen, in louter numeriek

7 — Aangehaald in voetnoot 4.

opzicht, tussen mannen en vrouwen tot stand te brengen. Zulks is mijns inziens het doel noch de ratio van artikel 2, lid 4, van de richtlijn" (punt 13). [8]

24. In 1997 lijkt het Hof met het arrest Marschall [9] — gewezen na de indiening van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing — de deur van het gemeenschapsrecht wat verder voor positieve acties voor vrouwen te hebben geopend. Wel ging het, steunend op zijn eerdere rechtspraak, er in dat arrest van uit, dat wanneer het middel tot bevordering van gelijke kansen niet al te radicaal is — anders gezegd, wanneer het vrouwenquotum flexibel is —, de positieve actie in overeenstemming kan zijn met het non-discriminatiebeginsel en de formeel discriminerende maatregel dus wettig kan zijn. Het stelde echter vast, dat een dergelijke regeling „kan bijdragen tot het vormen van een tegenwicht tegen de nadelige gevolgen die voor vrouwelijke kandidaten uit de hiervoor omschreven attitudes en gedragspatronen voortvloeien, en daarmee tot het verminderen van de feitelijke ongelijkheden die in de realiteit van het maatschappelijk leven kunnen bestaan" (punt 31).

Laat mij kort de feitelijke achtergrond van de zaak schetsen. De wet waarvan de verenigbaarheid met artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn werd betwist, was de ambtenarenwet van de deelstaat Nordrhein-Westfalen, volgens welke vrouwelijke kandidaten bij gelijke geschiktheid, kwalificaties en prestaties voorrang hebben bij bevorderingen, indien er in de betrokken hogere rang van de loopbaan minder vrouwen dan mannen zijn. De wet bevat voorts een voorbehoud met betrekking tot de toepassing van de voorrangsregeling: de werkgever kan het voorschrift buiten toepassing laten, wanneer „met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan". Gelet op dit voorbehoud stelde het Hof vast, dat het stelsel voldoende flexibel was, daar het niet het automatisme van de in de zaak Kalanke onderzochte Bremener wet vertoonde, en het besliste derhalve, dat richtlijn 76/207 betreffende gelijke kansen zich niet verzette tegen de regeling van Nordrhein-Westfalen. In het dictum heet het: „Artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn verzet zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan, bij gelijke kwalificaties van kandidaten van verschillend geslacht wat hun geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestatie betreft, in openbare diensten waarin in een te bekleden hoger ambt van een loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, vrouwelijke kandidaten bij voorrang moeten worden bevorderd, voor zover met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans niet in diens voordeel doen doorslaan, op voorwaarde dat: — de regeling mannelijke

8 — Ter motivering van dit standpunt herinnert de advocaat-generaal eraan, dat het Hof in het arrest Commissie/Frankrijk (reeds aangehaald) had vastgesteld, dat tot de positieve acties van artikel 2, lid 4, van de richtlijn slechts die maatregelen behoren die *enkel schijnbaar discriminerend* zijn; dit betekent, dat het doel van de bepaling de materiële gelijkheid is, maar het bevestigt ook, „dat dit doel niet anders kan worden bereikt dan met maatregelen gericht op een effectieve situatie van gelijke kansen, waarin bijgevolg enkel die ongelijkheden toelaatbaar zijn die noodzakelijk zijn om de belemmeringen en verschillen weg te nemen die vrouwen beletten om in dezelfde omstandigheden tot dezelfde resultaten als mannen te komen. Immers, alleen in dit opzicht zijn de specifieke maatregelen voor vrouwen enkel schijnbaar discriminerend en alleen op deze manier kan een echte, daadwerkelijke materiële gelijkheid tot stand worden gebracht"(punt 15). Derhalve mogen „op grond van artikel 2, lid 4, van de richtlijn enkel feitelijke ongelijkheden die vrouwen treffen, ongedaan (...) worden gemaakt, maar [dit mag] in geen geval zonder meer (...) gebeuren aan de hand van omgekeerde discriminaties, dat wil zeggen maatregelen die er in het geheel niet op gericht zijn de belemmeringen op te heffen die vrouwen beletten om onder dezelfde voorwaarden dezelfde resultaten na te streven, maar die ertoe strekken, vrouwen die resultaten rechtstreeks te verschaffen, althans voorrang te verlenen bij het nastreven ervan, *enkel en alleen omdat het om vrouwen gaat*" (punt 22).

9 — Arrest van 11 november 1997 (C-409/95, Jurispr. blz. I-6363).

kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten in elk individueel geval waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan, en — dergelijke criteria niet discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten." [10]

25. Zoals verzoekers in het hoofdgeding opmerken, baseert het Hof zich dus op de overwegingen van het eerste arrest en stelt het vast, dat artikel 2, lid 4, van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten positieve acties voor vrouwen kunnen vaststellen, nationale regelingen toelaat die bij aanstellingen en bevorderingen een dergelijke voorrang toekennen, mits die voorrang niet „absoluut en onvoorwaardelijk" is. Anders zou zij immers automatisch bewerkstelligen, dat de doelstelling van de maatregel — te weten de aanstelling of bevordering — werd verwezenlijkt, waardoor die doelstelling haar eigen karakter zou verliezen en uiteindelijk zelf voorwerp van de positieve actie zou worden.

26. Deze rechtspraak geeft mij aanleiding een ogenblik stil te staan bij de vraag, welke inhoud het begrip gelijkheid van kansen en, in het bijzonder, het begrip positieve actie thans in het gemeenschapsrecht heeft. Dit begrip kan, zoals men weet, van rechtsorde tot rechtsorde variëren en leent zich voor voortdurende aanpassing aan de behoeften van de samenleving, zodat het in de loop van de tijd ook in dezelfde rechtsorde een verschillende inhoud kan hebben.

Wanneer men nu de recente wijziging van de tekst van het EG-Verdrag beziet in het gedeelte dat betrekking heeft op de gelijkheid van kansen en, in het bijzonder, de positieve acties (artikel 141, lid 4, verwijst thans uitdrukkelijk naar positieve acties op nationaal vlak, „waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren"), en wanneer men de herhaaldelijk door de

10 — Het arrest volgt dus niet de door de advocaat-generaal voorgestelde uitlegging van de richtlijn. Hij meende immers, dat „uit de bewoordingen van artikel 2, lid 4, en de uitlegging ervan door het Hof [in het arrest Kalanke] duidelijk blijkt, dat het de bevordering van de gelijke kansen, en niet de totstandbrenging van een gelijke vertegenwoordiging betreft, en dat lidstaten de bevoegdheid behouden om ogenschijnlijk discriminerende maatregelen vast te stellen, die bedoeld zijn om specifieke belemmeringen of nadelen die vrouwen op de arbeidsmarkt ondervinden uit te weg te ruimen, teneinde de gelijke kansen van mannen en vrouwen te bevorderen en daarmee te bereiken, dat vrouwen in het beroepsleven beter vertegenwoordigd zijn. Het evenredigheidsbeginsel verlangt echter, dat dergelijke maatregelen zowel geschikt als noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van hun doel." Volgens de advocaat-generaal zal evenwel een op één bepaald geslacht gerichte maatregel „niet in evenredigheid zijn met de doelstelling van het opheffen van specifieke ongelijkheden die vrouwen in de praktijk ondervinden, en het bevorderen van gelijke kansen, indien hetzelfde resultaat kon worden bereikt met een geslachtsneutrale maatregel" (punten 42 en 43).

gemeenschapsinstellingen geuite wil om die doelstelling te realiseren [11], in aanmerking neemt, moet men zich afvragen, of een restrictieve uitlegging van artikel 2, lid 4, van de richtlijn, die al te enge grenzen stelt aan de invoering, als onderdeel van de in die bepaling bedoelde maatregelen, van quotaregelingen voor vrouwen, wel in overeenstemming is met de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht op dat gebied. Gelet op de bewoordingen van de genoemde bepalingen over nationale maatregelen ter verzekering van de gelijkheid van kansen van personen die wegens hun geslacht benadeeld worden, alsmede op het doel en het voorwerp die positieve acties voor vrouwen thans in verscheidene rechtsorden hebben, meen ik, dat maatregelen die de daadwerkelijke aanstelling of bevordering van vrouwelijke kandidaten beogen, niet principieel in strijd met het gemeenschapsrecht zijn.

Bovendien hangt weliswaar, zoals reeds vastgesteld, de toelaatbaarheid van dergelijke positieve maatregelen ervan af, of zij met het algemene non-discriminatiebeginsel te verzoenen zijn, doch dit beginsel, dat — voor zover hier van belang — de gelijke behandeling van werknemers dient te verzekeren, en het beginsel van gelijkheid van kansen, waarop de positieve actie berust en dat dient ter verzekering van gelijke feitelijke voorwaarden voor werknemers, of beter: de beginselen van formele en van materiële gelijkheid zijn niet zo volledig met elkaar in tegenspraak als een deel van de doctrine vaak heeft beweerd. De materiële gelijkheid kan immers worden verwezenlijkt door maatregelen die wegens hun voorwerp discriminerend zijn; zij heeft feitelijk hetzelfde doel als de formele gelijkheid, maar het belang ervan gaat verder, daar de wetgever hier een oplossing aandraagt voor daadwerkelijke moeilijkheden van bepaalde bevolkingsgroepen, die niet kunnen worden opgelost door de eerbiediging van het algemene non-discriminatiebeginsel te verzekeren. Volgt men deze redenering, dan is het opeens niet meer zo zeker, dat de materiële gelijkheid een afwijking van de formele gelijkheid is, met andere woorden, dat de bepalingen waarop de positieve actie berust — in casu artikel 141, lid 4, EG en artikel 2, lid 4, van de richtlijn —, derogerende bepalingen zijn en derhalve restrictief moeten worden uitgelegd.

11 — Afgezien van de in het eerste deel van deze conclusie vermelde aanbeveling van de Raad uit 1984 is er de na het arrest Kalanke gepubliceerde mededeling van de Commissie over de uitlegging van dat arrest [doc. COM (96) 88], waarin de Commissie verklaarde van oordeel te zijn, dat het Hof de Bremener regeling slechts had afgekeurd wegens haar automatisme en de toekenning aan vrouwen van een absoluut en onvoorwaardelijk recht op aanstelling en bevordering. De enige onwettige quotaregeling is volgens de Commissie die welke zo rigide is, dat geen enkele rekening met individuele omstandigheden kan worden gehouden. De lidstaten en de werkgevers zouden dus iedere andere vorm van positieve actie kunnen toepassen, inclusief flexibele quotaregelingen. Daarnaast heeft de Commissie voorgesteld, artikel 2, lid 4, van de richtlijn te vervangen door de volgende tekst: „Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van het ondervertegenwoordigde geslacht op het in artikel 1, lid 1, bedoelde gebied nadelig beïnvloeden. De maatregelen kunnen inhouden dat ten aanzien van toegang tot het arbeidsproces of de promotie de voorkeur wordt gegeven aan een persoon van het ondervertegenwoordigde geslacht, mits dergelijke maatregelen niet in de weg staan aan de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van een individueel geval" (PB 1996, C 179, blz. 8). Ten slotte, in het kader van zijn resolutie over het eerste driejaarlijks verslag van de Commissie over de economische en sociale samenhang, heeft het Europees Parlement verklaard (verslag van de zitting van 17 november 1997, PB C 371 van 8 december 1997, blz. 89), dat de feitelijke gelijkstelling van de geslachten een wezenlijk aspect van de sociale en economische samenhang is. Het nodigde de Commissie daarom uit te onderzoeken, of het wenselijk zou zijn een gemeenschappelijk initiatiefprogramma op te stellen voor de vaststelling, bevordering en beproeving van uitvoeringsmodaliteiten bij de planning en het beheer van de fondsen, teneinde die verschillen te overbruggen.

27. Ik ben dan ook van mening, dat wanneer er voor de groep die door de maatregel bevoordeeld wordt, dus voor vrouwen, bijzondere moeilijkheden bestaan en de situatie van die groep niet adequaat wordt beschermd door enkel maar te verzekeren dat overheidsinstanties het beginsel van gelijke behandeling en dus (negatief geformuleerd) het non-discriminatiebeginsel in acht nemen, het gemeenschapsrecht de nationale wetgever hoe dan ook niet belet, positieve maatregelen vast te stellen die de groep in sociaal opzicht in een nieuwe uitgangspositie plaatsen. Dergelijke maatregelen kunnen derhalve niet slechts beogen, vrouwen gelijke kansen in de uitgangssituatie te waarborgen door voorwaarden te creëren die hen in staat stellen op adequate wijze naar elke post te dingen, maar zij kunnen ook concreet bijdragen tot de sociale integratie van de vrouwen door hun een feitelijke voorrang bij aanstellingen en bevorderingen toe te kennen.

28. Indien, ten slotte, de noodzaak om het algemene non-discriminatiebeginsel en positieve acties voor vrouwen met elkaar te verzoenen, zou betekenen dat elke positieve maatregel die de verwezenlijking van een concreet resultaat zoals aanstellingen beoogt, bij voorbaat onwettig is, zouden die positieve acties aanzienlijk aan belang inboeten; zij zouden aan inhoud verliezen en worden teruggebracht tot hulpmaatregelen, die niet steeds een doeltreffend correctief voor sociale ongelijkheden zijn.

29. b) Dan kom ik nu tot het tweede punt van mijn afweging, dus de vraag, onder welke voorwaarden een maatregel die ertoe verplicht de voorkeur aan vrouwelijke kandidaten te geven, en daartoe per sector of rang een bepaald percentage vrouwen — een quotum — voorschrijft, naar gemeenschapsrecht toelaatbaar kan zijn. Om te beginnen stel ik vast, dat ofschoon de twee beginselen van formele respectievelijk materiële gelijkheid, zoals zojuist gezegd, niet met elkaar in tegenspraak zijn, maar elkaar aanvullen, er toch spanningen kunnen optreden in concrete situaties die door de rechter moeten worden beoordeeld, meestal met het resultaat, dat de (ten gunste van een bepaalde groep getroffen) positieve maatregel die met het algemene non-discriminatiebeginsel botst, onwettig is. Ik meen, dat echte conflictsituaties zich voornamelijk in twee gevallen voordoen: wanneer het correctief, in casu de positieve actie voor vrouwen, inhoudelijk willekeurig is, doordat zij te sterk ingrijpt in het recht van niet tot de doelgroep behorende personen, en wanneer de maatregel niet in een passende verhouding staat tot de werkelijke behoeften van de benadeelde groep, dat wil zeggen, wanneer de invoering van het correctief geen rechtvaardiging in de sociale werkelijkheid vindt. Dit betekent, dat bij de wettigheidstoetsing niet slechts het concrete resultaat van de maatregel, dat wil zeggen de door de doelgroep verkregen subjectieve posities in aanmerking moeten worden genomen, maar ook de specifieke inhoud van de maatregel in relatie tot de daadwerkelijke noodzaak ervan, en daarbij moet, zoals de Nederlandse regering terecht opmerkt, worden onderzocht, of er een passende verhouding bestaat tussen de feitelijke situatie van de doelgroep en de uitwerking van de maatregel.

30. Ik moet hier aan de beoordelingscriteria herinneren waarop het Hof zich in de

aangehaalde rechtspraak over positieve acties heeft gebaseerd. In het arrest Kalanke merkte het de positieve actie van de deelstaat Bremen als onwettig aan, omdat de daarbij ingevoerde quotaregeling „automatisch" was. Volgens de wettelijke regeling moest „bij gelijke kwalificatie" de vrouwelijke kandidaat bevorderd worden; de bevordering van vrouwen was dus voorgeschreven *bij gelijke kwalificatie van kandidaten van verschillend geslacht*. In dit systeem speelde het geslacht van de kandidaat mijns inziens enkel in de laatste selectiefase een rol, aangezien de rangorde van de voor bevordering in aanmerking komende personen onafhankelijk van hun geslacht werd vastgesteld. Dit systeem kon waarschijnlijk niet geheel automatisch worden genoemd, omdat, zoals gezegd, de rangorde zonder aanzien van het geslacht werd bepaald. [12] Desondanks valt niet uit te sluiten, dat deze maatregel tot buitensporige bevoordeling van vrouwelijke kandidaten had kunnen leiden, daar de verplichting om aan vrouwen de voorkeur te geven, zo streng geformuleerd als zij was, het voor de werkgever wel erg moeilijk maakte om toch voor een mannelijke kandidaat te kiezen.

31. In het arrest Marschall daarentegen ontdekte het Hof in het in Nordrhein-Westfalen ingevoerde wettelijke stelsel geen automatisme en hield het derhalve dat stelsel voor wettig, aangezien de werkgever niet verplicht was vrouwen de voorrang te geven, wanneer „met de persoon van de mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan". Het Hof besliste dienvolgens, dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen „een nationale regeling op grond waarvan, bij gelijke kwalificaties van kandidaten van verschillend geslacht wat hun geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestaties betreft, (...) vrouwelijke kandidaten bij voorrang moeten worden bevorderd", indien deze verplichting niet geldt „voor zover met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans (...) in diens voordeel doen doorslaan". Aan deze uitsluitingsclausule zijn twee voorwaarden verbonden, namelijk a) dat „de regeling mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten in elk individueel geval waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan", en b) dat „dergelijke criteria niet discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten". Het Hof heeft derhalve vastgesteld, dat die clausule van de werkgever *een objectieve beoordeling van de sollicitaties* verlangt, een beoordeling dus waarin alle elementen van het persoonlijke en beroepsprofiel van de kandidaat worden betrokken. De clausule geeft de werkgever bijgevolg de mogelijkheid, met inachtneming van de concrete situatie zelf een keuze uit de kandidaten te maken; beter gezegd, de clausule maakt het mogelijk om ondanks de uitdrukkelijke verplich-

12 — Ik ben het dan ook eens met het betoog van de advocaat-generaal in de zaak Marschall, dat „de nationale regeling in de zaak Kalanke in feite niet absoluut en onvoorwaardelijk [was]; het Hof wees erop, dat de regeling volgens de nationale rechter ‚aldus moet worden uitgelegd, dat vrouwen weliswaar in beginsel voorrang moeten krijgen bij promotie, maar dat in voorkomend geval omwille van de billijkheid van deze bevoorrechting moet kunnen worden afgeweken'. Die uitlegging vloeide voort uit de ongerustheid, dat de regeling anders onverenigbaar zou zijn met artikel 3, leden 2 en 3, van het Duitse Grundgesetz, dat op het relevante tijdstip bepaalde, dat mannen en vrouwen gelijke rechten hebben respectievelijk dat discriminatie op grond van geslacht verboden is. Daar het Hof in het arrest Kalanke erkende, dat op de betrokken regeling uitzonderingen bestonden, dient de verwijzing naar ‚automatische' voorrang in dat licht te worden gezien" (punt 28 van de conclusie).

ting vrouwen voorrang te geven, zowel bij de vrouwelijke als bij de mannelijke kandidaten bijzondere belangen of situaties in aanmerking te nemen, die derhalve ondanks de aan vrouwen toegekende voorrang van belang blijven. Het Hof heeft voorts verklaard, dat die clausule niet op discriminerende wijze in het nadeel van vrouwen mag worden toegepast.

De regering van Nordrhein-Westfalen, die tijdens de procedure verzocht werd uit te leggen, wat precies die „met de persoon van de mannelijke kandidaat verband houdende redenen" zijn op grond waarvan die kandidaat de voorrang kan krijgen, verklaarde, dat daartoe secundaire selectiecriteria als anciënniteit en bepaalde sociale redenen behoren, bij voorbeeld de omstandigheid dat de betrokkene de zorg voor een gezin heeft. [13] Uit dit antwoord blijkt, dat de elementen waarop de wet doelt, zowel betrekking kunnen hebben op de „kwalificatie", dat wil zeggen het beroepsprofiel van de kandidaat — elementen die, zoals de anciënniteit, al in de eerste fase van de vaststelling van de rangorde van de kandidaten een rol spelen —, als op situaties die geen verband houden met de geschiktheid van de kandidaat voor de in het kader van de arbeidsbetrekking te verrichten werkzaamheden — nadelige situaties dus die, juist zoals de situaties waarop de corrigerende maatregelen ten gunste van vrouwen gebaseerd zijn, een bijzondere bescherming verlangen.

Ik meen, dat de clausule die het Hof als „voorbehoud" heeft aangeduid, in de context van het arrest van beslissende betekenis is. Door deze clausule wordt verhinderd, dat de verplichting om aan vrouwelijke kandidaten de voorrang te geven, een negatieve invloed heeft op de beoordeling van de andere kandidaten; daardoor wordt het discriminerende effect van die verplichting ten opzichte van de andere kandidaten afgezwakt. Naar het oordeel van het Hof is een quotaregeling voldoende flexibel en blijft zij dus binnen de in het arrest Kalanke omschreven grenzen van artikel 2, lid 4, van de richtlijn, wanneer de positieve actie de werkgever niet belet, in het geval van subjectieve en/of objectieve omstandigheden die in het bijzonder het profiel van de mannelijke kandidaten raken, de verplichting om bij gelijke kwalificatie de vrouw aan te stellen, naast zich neer te leggen. Door het beroep op dergelijke omstandigheden mag het echter niet tot discriminatie van de vrouwen komen. [14] Zo mag bijvoorbeeld het criterium anciënniteit, dat in de regel bij de beoordeling van de geschiktheid van kandidaten een rol speelt, niet zo worden toegepast, dat vrouwelijke kandidaten gediscrimineerd worden.

32. Op basis van deze rechtspraak kan men, zo meen ik, tot de slotsom komen, dat een positieve actie voor vrouwen in het arbeidsproces, volgens welke vrouwelijke kandidaten voorrang toekomt en waarmee dus zowel in de publieke als in de private sector vrouwenquota worden ingevoerd,

13 — Zie dienaangaande de conclusie van de advocaat-generaal van 15 mei 1997 in de zaak Marschall (reeds aangehaald, met name punt 8).

14 — Ook op dit punt komt de advocaat-generaal tot een ander resultaat dan het Hof, zij het niet op grond van een andere uitlegging van het toepasselijke gemeenschapsrecht, maar op grond van een andere uitlegging van de inhoud van het voorbehoud. De advocaat-generaal wijst er immers op, dat naar de regering van Nordrhein-Westfalen heeft opgemerkt, het voorbehoud het mogelijk maakt bij de selectie van de kandidaten „traditionele secundaire criteria" toe te passen, dat wil zeggen criteria die naar het oordeel van die regering mannelijke kandidaten begunstigen. Toepassing van het voorbehoud leidt er derhalve toe, dat „de post zal worden aangeboden aan de mannelijke kandidaat, op basis van criteria waarvan het discriminerende karakter vaststaat". De advocaat-generaal komt dan tot de volgende slotsom: „Indien een onvoorwaardelijke regel die vrouwen op grond van hun geslacht absolute voorrang verleent, onwettig is, dan moet een voorwaardelijke regel die ofwel vrouwen op grond van hun geslacht ofwel mannen op grond van erkend discriminerende criteria voorrang verleent, a fortiori onwettig zijn" (punt 36).

naar gemeenschapsrecht rechtmatig is, wanneer het voor de werkgever mogelijk blijft de kandidaat met het meest geschikte beroepsprofiel te kiezen. De positieve actie mag ook in genen dele tot een wijziging van de beoordeling van de verdiensten en kwalificaties van de mannelijke kandidaten voeren. Derhalve moet, enerzijds, bij de opstelling van het profiel van de kandidaten het geslacht een bijkomend criterium zijn ter aanvulling van de criteria die in het algemeen bij de complexe beoordeling van de kandidaten een rol spelen, en mag, anderzijds, de verplichting om vrouwen voorrang te geven, niet tot gevolg hebben, dat bij de beoordeling van kandidaten die niet tot de doelgroep van de positieve actie behoren, geen rekening wordt gehouden met bijzondere persoonlijke omstandigheden die, ofschoon zij voor de beoordeling van het beroepsprofiel van de kandidaten niet van betekenis zijn, op sociale situaties wijzen waaraan hetzelfde belang toekomt als aan situaties waarmee vrouwen in de regel te maken hebben.

Voor het overige moet, zoals reeds gezegd, bij het oordeel over de wettigheid van de compensatiemaatregel beslist ook rekening worden gehouden met de complexe situatie welke die actie noodzakelijk heeft gemaakt. Een eventuele onevenredigheid tussen de compensatiemaatregel en de sociale context waarin zij effect moet sorteren (ik denk bijvoorbeeld aan het geval dat er maar een gering verschil bestaat tussen het aandeel mannen en het aandeel vrouwen in een bedrijf of in een openbare dienst), kan tot gevolg hebben, dat de voorwaarden waaronder de positieve actie gerechtvaardigd is en die noodzakelijkerwijze met de reële situatie samenhangen, niet meer aanwezig zijn. In een geding waarin tegen een concrete bevordering of aanstelling wordt opgekomen en de noodzaak van voorrang voor het andere geslacht wordt bestreden, is het de nationale rechter die moet vaststellen, of aan die voorwaarden is voldaan. Wordt echter de wettigheid van de positieve actie in haar geheel betwist, los van de toepassing ervan in een concreet geval — zo bijvoorbeeld in de onderhavige zaak —, dan dient de constitutionele rechter in het algemeen en abstract vast te stellen, onder welke voorwaarden de compensatiemaatregel gerechtvaardigd is.

II — *De wettelijke regeling van de deelstaat Hessen*

Na deze algemene uiteenzetting over de toelaatbaarheid naar gemeenschapsrecht van positieve acties die de gelijkheid van mannen en vrouwen in het arbeidsproces moeten verzekeren, zal ik nu ingaan op de wettelijke regeling van de deelstaat Hessen, die volgens verzoekers in het hoofdgeding onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met artikel 2, leden 1 en 2, van de richtlijn.

Punt 1 van de prejudiciële vraag: de verplichting om vrouwen voorrang te geven, en de criteria voor de beoordeling van de kandidaten

33. Het eerste punt van de prejudiciële vraag, dat in deze zaak wel de centrale plaats inneemt, betreft twee elkaar aanvullende aspecten, en wel in de eerste plaats de voorwaarden waaronder openbare diensten verplicht zijn een stimuleringsprogramma voor vrouwen uit te voeren (§ 3, leden 1 en 2, HGlG), alsmede de doelstelling en de inhoud van die maatregel (§ 5, leden 3 en 4, HGlG), en in de tweede plaats de modaliteiten van de beoordeling van de kandidaten (§ 10 HGlG).

34. Met betrekking tot het eerste aspect, en in het bijzonder de voorwaarden voor de vaststelling en toepassing van positieve maatregelen, moet om te beginnen worden vastgesteld, dat de Hessische wet in wezen overeenkomt met de andere Duitse regelingen waarom het in de eerder besproken prejudiciële beslissingen ging. Volgens § 3, leden 1 en 2, moet de openbare dienst immers een stimuleringsprogramma opstellen wanneer „in een loon-, vergoedings- of bezoldigingsgroep van een loopbaan" minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn.

Dat programma geldt voor maximaal twee jaar (§ 5, lid 3). Is bij afloop van die periode het gestelde doel niet bereikt, dan is tot het moment waarop in de betrokken sector werknemers van beide geslachten even sterk vertegenwoordigd zijn, voor iedere verdere aanstelling of bevordering van een mannelijke kandidaat de toestemming nodig van de dienst die het stimuleringsprogramma heeft goedgekeurd (§ 10, lid 4). Ofschoon het stimuleringsprogramma een beperkte looptijd heeft, vervalt de verplichting vrouwen voorrang te geven, kennelijk dus niet bij afloop van die twee jaar, maar eerst wanneer de aanwezigheid van vrouwen in elke sector en elke rang van een loopbaan 50 % bedraagt.

35. In een situatie van ongelijkheid moet de overheidsdienst ingevolge § 3, lid 1, een stimuleringsprogramma voor vrouwen en andere maatregelen ter verzekering van de gelijkheid van mannen en vrouwen in de openbare dienst vaststellen, de ondervertegenwoordiging van vrouwen wegwerken en discriminaties op grond van geslacht opheffen. Volgens § 5, lid 4, moet in een stimuleringsprogramma bovendien meer dan de helft van de posten voor vrouwelijke kandidaten worden gereserveerd. Dit geldt niet in enkele, in de wet uitdrukkelijk genoemde gevallen, te weten a) wanneer het geslacht een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van een activiteit is, b) wanneer overtuigend is aangetoond, dat er niet voldoende vrouwelijke kandidaten te vinden zijn, en c) bij bevorderingen zonder dat er een post wordt bezet in een sector waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn; in dit laatste geval moet het aandeel vrouwen worden bepaald op een percentage dat ten minste overeenkomt met dat in de onmiddellijk lagere bezoldigingsgroep van de sector. Verder wordt in § 3 bepaald, dat wanneer bezuinigingsmaatregelen ertoe leiden, dat posten worden geblokkeerd of opgeheven, het stimuleringsprogramma moet waarborgen, dat het aandeel vrouwen in de betrokken sectoren gelijk blijft.

Wat het tweede aspect, de criteria voor de beoordeling van kandidaten, betreft, bepaalt § 10, leden 1 tot en met 3, HGlG, dat „geschiktheid, bekwaamheid en beroepsprestaties (kwalificatie) overeenkomstig de vereisten van de te vervullen betrekking of het te bekleden ambt [moeten] worden beoordeeld", en dat de dienst zich daarbij door bepaalde criteria moet laten leiden. In de eerste plaats immers

„moet rekening worden gehouden met bekwaamheden en ervaring die door de verzorging van kinderen of hulpbehoevenden in gezinsverband (...) zijn verworven (...) Dit geldt ook wanneer de gezinstaken naast betaalde arbeid zijn verricht." In de tweede plaats mag „met diensttijd, leeftijd en het tijdstip van de laatste bevordering (...) slechts rekening worden gehouden, voor zover zij voor de geschiktheid, prestaties en bekwaamheid van de mannelijke en vrouwelijke kandidaten relevant zijn". In de derde plaats mag geen rekening worden gehouden „met de gezinssituatie of het inkomen van de partner", terwijl ook „deeltijdarbeid, onderbrekingen en vertraging bij het afsluiten van de opleiding wegens het verzorgen van kinderen of van blijkens een medische verklaring hulpbehoevende verwanten" geen nadelige invloed op de beoordeling mogen hebben.

36. Alle partijen bij de procedure met uitzondering van verzoekers in het hoofdgeding en de Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen lezen de Hessische wet aldus, dat zij, anders dan de Bremener wet waarop het arrest Kalanke betrekking had, geen strikte vrouwenquotaregeling behelst, en verdedigen derhalve de opvatting, dat de in geding zijnde nationale regeling verenigbaar is met de richtlijn en een maatregel in de zin van artikel 2, lid 4, is.

In de verwijzingsbeschikking en in het bijzonder in de formulering van het eerste punt van de prejudiciële vraag heeft de nationale rechter de litigieuze regeling aldus uitgelegd, dat de verplichting om vrouwen voorrang te geven, met name moet wijken voor het beginsel „selectie van de besten" en slechts dan effectief is, „wanneer geen zwaarder wegende juridische redenen zich ertegen verzetten", dat wil zeggen wanneer geen constitutionele beginselen erdoor geschonden worden. Door het Hof gevraagd, wat er onder „zwaarder wegende juridische redenen" moest worden verstaan, heeft de Hessische regering er verder op gewezen, dat de aan vrouwelijke kandidaten te geven voorrang een secundair selectiecriterium is, dat wil zeggen secundair ten opzichte van een ander, in de Hessische grondwet verankerd criterium, inhoudende dat in elk geval de keuze op de geschiktste kandidaat moet vallen. Met andere woorden, het criterium geslacht komt slechts aan bod wanneer meerdere kandidaten op grond van hun beroepsbekwaamheid als even geschikt worden beoordeeld. Het stimuleringsprogramma bevat dus slechts aan algemene aanwijzing en geen verplichting voor de openbare dienst om vrouwen enkel en alleen op grond van hun geslacht voorrang te geven. Het enige geval waarin vrouwelijke kandidaten de voorrang moeten krijgen, aldus nog steeds de Hessische regering, is het „uiterste geval", namelijk dat waarin de doelstelling van het stimuleringsprogramma niet wordt bereikt, doordat de dienst niet voldoet aan haar verplichting tot een vrouwenaandeel van 50 % te komen. Behalve in vermoedelijk zelden voorkomende gevallen bestaat er dus geen verplichting de positieve actie in de praktijk te realiseren. Het stimuleringsprogramma verleent geen individuele rechten, doch bevat enkel een algemene doelstelling voor de openbare diensten.

37. Deze uitlegging lijkt mij niet volledig recht te doen aan de betekenis van de regeling in haar geheel. Volgens de bewoordingen van het HGlG immers moet de dienst — en zo wordt het ook in de verwijzingsbeschikking uitgelegd — in geval van ondervertegenwoordiging niet slechts een stimuleringsprogramma voor vrouwen opstellen (§ 3, lid 1, HGlG) en kan zij, zolang dat niet is gebeurd, geen aanstellingen verrichten (§ 10, lid 5), maar moet zij ook meer dan de helft van de te bezetten posten aan vrouwen geven (§ 5, lid 4), totdat het aandeel mannen en het aandeel vrouwen in evenwicht zijn. Bovendien, anders dan de regeling die in het arrest Marschall aan de orde was, bevat het HGlG geen voorbehoud en staat het dus niet toe, dat om zwaarwegende redenen van de verplichting tot bevoorrechting van vrouwen wordt afgeweken. De wet kent slechts een paar nauw omschreven uitzonderingen, te weten wanneer een bepaald geslacht voorwaarde is voor het uitoefenen van een bepaalde werkzaamheid, wanneer er niet voldoende vrouwen kunnen worden aangetrokken, en bij bevorderingen zonder dat er een post wordt bezet.

Zoals de verwijzende rechter beklemtoont en ook de Duitse regering opmerkt, bestaat er niettemin geen specifieke verplichting om voorrang aan vrouwelijke kandidaten te geven, aangezien de dienst volgens de wet niet verplicht is, in elk geval en bij gelijke kwalificatie een vrouwelijke kandidaat aan te stellen of te bevorderen. Volgens § 10 moet immers de voorkeur worden gegeven aan de best gekwalificeerde en meest geschikte kandidaat. De wet verbiedt niet, de mannelijke kandidaat te kiezen indien deze de geschiktste persoon voor de te bezetten post blijkt te zijn; zij gaat ook niet uit van de fictie van gelijke kwalificatie om zo de voorrang van vrouwen door te zetten. De wet voert enkel een regeling in die de integratie en de loopbaanontwikkeling van vrouwen moet vergemakkelijken, om te verhinderen dat zij met name benadeeld worden wegens de omstandigheid dat zij gezinstaken hebben verricht. Deze regeling is in § 10 HGlG neergelegd, in de vorm van bepaalde criteria voor een gunstiger beoordeling van vrouwelijke kandidaten: enerzijds moet bij die beoordeling rekening worden gehouden met ervaring die door het verrichten van gezinstaken is verworven, voor zover die ervaring relevant is voor de op de te bezetten post te verrichten werkzaamheden, en dient een onderbreking van de beroepswerkzaamheid om gezinsredenen buiten beschouwing te blijven, anderzijds wordt het belang van, onder meer, anciënniteit beperkt, omdat het voor mannelijke werknemers gewoonlijk gemakkelijker is hier een voorsprong op te bouwen.

38. Op grond van wat ik hiervóór over de toelaatbaarheid naar gemeenschapsrecht

van nationale positieve acties uiteen heb gezet, meen ik, dat met het gemeenschapsrecht verenigbaar is een nationale positieve actie als de onderhavige, die gekenmerkt wordt door de verplichting van de openbare dienst een stimuleringsprogramma op te stellen om een ondervertegenwoordiging van vrouwen in de diverse sectoren en rangen op te heffen door de aanstelling en bevordering van vrouwelijke werknemers te vergemakkelijken, voor zover die maatregel sollicitaties van mannen naar elke afzonderlijke post niet uitsluit en niet een vast vrouwenquotum voorschrijft ongeacht de geschiktheid van de vrouwelijke kandidaat voor de te bezetten post.

Punt 2 van de prejudiciële vraag: de wetenschappelijke dienst

39. Het tweede aspect van de Hessische regeling, waarover de verwijzende rechter het oordeel van het Hof vraagt, betreft de verenigbaarheid van § 5, lid 7, HGlG met artikel 2, leden 2 en 4, van de richtlijn. Volgens § 5, lid 7, dient het stimuleringsprogramma met betrekking tot tijdelijke posten van de wetenschappelijke dienst en wetenschappelijke hulpkrachten te voorzien in een aandeel vrouwen dat ten minste overeenkomt met het aandeel vrouwen onder de afgestudeerden, gepromoveerden en studenten in het betrokken vakgebied. Concreet bepaalt § 5, lid 7: „Posten in de wetenschappelijke dienst, die overeenkomstig (...) het Hochschulrahmengesetz tijdelijk worden bezet, moeten door een percentage vrouwen worden bezet, dat ten minste overeenkomt met het aandeel van de mannelijke en vrouwelijke afgestudeerden in het betrokken vakgebied. Posten in de wetenschappelijke dienst die krachtens § 48 van het Hochschuhlrahmengesetz tijdelijk worden bezet, moeten door een percentage vrouwen worden bezet, dat ten minste overeenkomt met het percentage vrouwelijke gepromoveerden in het betrokken vakgebied. De middelen die worden aangewend voor de tewerkstelling van nietgediplomeerde wetenschappelijke hulpkrachten, moeten voor een percentage vrouwen worden gebruikt dat ten minste overeenkomt met het percentage vrouwelijke studenten in het betrokken vakgebied."

Naar de Hessische regering heeft uiteengezet, zijn vrouwen in de wetenschappelijke dienst bijzonder slecht vertegenwoordigd, daar de posten in de regel van tijdelijke aard zijn en de verdere carrière afhangt van het behalen van aanvullende diploma's. Het doel van het stimuleringsprogramma bestaat erin, voor vrouwen die reeds in deze sector werkzaam zijn, de toegang tot vaste docentenposten in het hoger onderwijs te vergemakkelijken.

Uit de tekst van § 5, lid 7, blijkt duidelijk, dat het beoogde vrouwenquotum in de wetenschappelijke dienst ook onder het voor alle andere sectoren vastgestelde percentage van 50 kan liggen. Het aandeel in de wetenschappelijke dienst wordt immers anders berekend, namelijk door verwijzing naar het aantal personen dat de betrokken

beroepsopleiding heeft afgesloten. Volgens deze bepaling moet het aandeel vrouwen overeenkomen met het aandeel vrouwen onder de gediplomeerden, gepromoveerden of studerenden. Wanneer de algemene regeling, die een aandeel vrouwen van 50 % onder de werknemers in elke sector beoogt te garanderen, kan worden geacht verenigbaar te zijn met het gemeenschapsrecht, dan heeft dat zeker te gelden voor de hier besproken bijzondere regeling.

Door een andere uitlegging, volgens welke ook in de wetenschappelijke dienst het maximumpercentage van 50 van toepassing zou zijn, zou deze bijzondere regeling in de praktijk elke betekenis verliezen. Men bedenke echter, dat de regeling voor de wetenschappelijke dienst slechts schijnbaar in tegenspraak is met de algemene regeling, daar het bij de afgestudeerden die in een post in de wetenschappelijke dienst geïnteresseerd zijn, om personen gaat die een daarop afgestemde opleiding hebben gevolgd. Wanneer dus de plaatsing is voorgeschreven van een aantal vrouwen dat overeenkomt met het aantal van degenen die de betrokken opleiding hebben voltooid, dan wordt als kwantitatieve parameter een reële grootheid gebruikt binnen de grenzen waarvan vrouwen de voorrang hebben.

Ik wil erop wijzen, dat de voorrangsverplichting voor de wetenschappelijke sector (§ 5, lid 7) anders geformuleerd is dan die in de algemene bepaling (§ 5, lid 4). Posten in de wetenschappelijke dienst „moeten door (...) vrouwen worden bezet", terwijl de posten in de andere sectoren voor vrouwen moeten „worden bestemd". De verwijzende rechter heeft er dienaangaande op gewezen, dat deze bepaling geen „zelfstandige betekenis" heeft, aangezien zij niet rechtstreeks betrekking heeft op beslissingen waarbij posten worden toegewezen. Het verschil tussen de algemene en de bijzondere bepaling is louter een kwestie van terminologie. Het zou namelijk volstrekt ongerechtvaardigd en onlogisch zijn om § 5, lid 7, aldus uit te leggen, dat deze bepaling de wetenschappelijke dienst onttrekt aan de toepassing van de in § 10 neergelegde algemene regeling inzake de selectie van kandidaten. Zou men er echter van uitgaan, dat volgens § 5, lid 7, een vast gedeelte van de arbeidsovereenkomsten onafhankelijk van de beoordeling van alle kandidaten aan vrouwen moet worden gegund, dan zou deze bepaling neerkomen op een positieve actie die, zoals reeds gezegd, hoegenaamd niet past binnen de logica van artikel 141, lid 4, EG en artikel 2, lid 4, van de richtlijn.

Punt 3 van de prejudiciële vraag: opleidingsprogramma's

40. Punt 3 van de prejudiciële vraag betreft § 7 HGlG, bepalende dat vrouwen in opleidingen waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij de toewijzing van opleidingsplaatsen voor minstens de helft in aanmerking moeten worden genomen. Vrouwen moeten voorts op vrije opleidingsplaatsen attent worden gemaakt en worden aange-

moedigd zich ervoor aan te melden. Is er desondanks onvoldoende belangstelling van vrouwelijke kant, dan kan meer dan de helft van de plaatsen met mannen worden bezet.

Het doel van deze bepaling en het karakter van de compensatiemaatregel verschillen van de algemene regeling. Het doel is uiteraard een resultaat dat in cijfers kan worden uitgedrukt, maar dat niettemin zeer verschillend is van dat wat de algemene regeling beoogt te bereiken, aangezien vrouwen hier niet bij de bezetting van arbeidsplaatsen in aanmerking worden genomen, doch bij de toewijzing van opleidingsplaatsen met het oog op latere toegang tot gekwalificeerde beroepen. Om dit doel te bereiken, zijn de diensten verplicht initiatieven te ontplooien om de aandacht van vrouwen op vrije opleidingsplaatsen te vestigen en hen aan te moedigen aan opleidingen deel te nemen. Blijkt er te weinig belangstelling te bestaan, dan kunnen de oorspronkelijk voor vrouwen gereserveerde plaatsen met mannen worden bezet.

Het is niet moeilijk in te zien, dat het in deze bepaling om een enger begrip gelijke kansen gaat. De hier bedoelde maatregelen behoren tot die waarmee wordt beoogd de oorzaken van de geringere arbeidsparticipatie en promotiekansen van vrouwen weg te nemen, en waarmee bovendien wordt getracht de beroepskeuze en -opleiding te beïnvloeden. Een dergelijke maatregel behoort stellig tot die welke naar gemeenschapsrecht toelaatbaar zijn.

Punt 4 van de prejudiciële vraag: sollicitatiegesprekken

41. Het vierde aspect van de Hessische wet, waarvan de verwijzende rechter wil weten of het met het gemeenschapsrecht verenigbaar is, betreft de sollicitatiegesprekken. Het gaat om § 9 HGlG, bepalende dat „ten minste evenveel vrouwen als mannen of alle vrouwelijke sollicitanten voor een sollicitatiegesprek [worden] uitgenodigd (...) wanneer zij aan de bij wet of anderszins bepaalde voorwaarden voor het vervullen van de betrekking of het te bekleden ambt voldoen".

Evenmin als de bepaling inzake opleidingsprogramma's beoogt deze bepaling de verwezenlijking van een bepaald resultaat — aanstelling of bevordering —; zij biedt vrouwen bepaalde extra mogelijkheden om hun toegang tot het arbeidsproces en hun carrière te vergemakkelijken. Daarbij komt, dat § 9, zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, weliswaar verlangt dat vrouwen voor een vast percentage sollicitatiegesprekken worden uitgenodigd, maar anderzijds ook bepaalt, dat de sollicitaties vooraf moeten worden onderzocht en dat enkel die sollicitanten worden uitgenodigd die aan de bij wet of anderszins gestelde

voorwaarden voor het vervullen van de betrekking of het te bekleden ambt voldoen. Het gaat in deze bepaling dus om de gesprekken die plaatsvinden na een eerste selectie die op alle sollicitanten betrekking heeft. Iedere werknemer kan dus bij die selectie meedingen en daarbij worden geselecteerd op basis van beoordelingscriteria die, naar men mag aannemen, de criteria zijn die in de algemene regeling en met name in § 10, leden 1 tot en met 3, HGlG zijn vastgelegd.

Deze bepaling preciseert duidelijk, dat de helft van de leden van interne bestuursorganen uit vrouwen moet bestaan. Zij legt dus een precies quotum vast, dat bovendien niet van de geschiktheid van de vrouwen afhangt. Weliswaar heeft, zoals gezegd, de Hessische wet naar het schijnt tot doel, een algemeen programma ter vergemakkelijking van de aanstelling en bevordering van vrouwen in de openbare dienst in te voeren, maar de bepaling over de samenstelling van de interne organen lijkt, afgaande op de bewoordingen ervan, geen afwijkingen toe te laten.

Ik meen dan ook, dat ook de bepaling inzake sollicitatiegesprekken niet met het gemeenschapsrecht in strijd is.

Gelet op hetgeen ik hiervoor heb gezegd met betrekking tot de voorwaarden waaronder een positieve actie kan worden geacht met het gemeenschapsrecht verenigbaar te zijn, en in aanmerking genomen dat het voor iedere werknemer mogelijk moet zijn, voor alle met zijn arbeidsbetrekking samenhangende posities te kandideren, meen ik, dat een regeling als die van de hier besproken Duitse bepaling in het algemeen in strijd is met het recht van de werknemers op gelijke behandeling, daar zij kennelijk de grenzen overschrijdt die bij de vaststelling van maatregelen ter bevordering van gelijke kansen voor vrouwen in acht moeten worden genomen. Ik ben derhalve van oordeel, dat de regeling van § 14 HGlG in strijd is met artikel 2, lid 1, van de richtlijn en niet kan worden geacht te behoren tot de in artikel 2, lid 4, van de richtlijn bedoelde positieve acties.

Punt 5 van de prejudiciële vraag: de samenstelling van commissies e.d.

42. Het laatste punt betreft de samenstelling van vertegenwoordigende organen van werknemers, administratieve en toezichthoudende organen. § 14 HGlG luidt: „De leden van commissies, adviescommissies, besturen, controle-organen en andere dergelijke lichamen zijn ten minste voor de helft vrouwen."

Conclusie

43. Gelet op al het voorgaande, geef ik het Hof in overweging, de door het Staatsgerichtshof gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, verzet zich niet tegen een nationale regeling als het Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung van 30 december 1993, volgens welke overheidsdiensten bij ondervertegenwoordiging van vrouwen in de diverse sectoren en rangen van de openbare dienst verplicht zijn:

a) met het oog op de geleidelijke opheffing van deze ongelijkheid een stimuleringsprogramma voor vrouwen op te stellen en verdere maatregelen te treffen om de gelijkheid van kansen van mannen en vrouwen in de openbare dienst te verzekeren, en als streefdoel bij de uitvoering van dat programma meer dan de helft van de vrije posten voor vrouwen te bestemmen, met dien verstande evenwel dat een dergelijke nationale regeling vrouwelijke kandidaten niet

automatisch de voorrang mag geven, doch dient te waarborgen dat het beroepsprofiel van alle mannelijke en vrouwelijke kandidaten ook dan objectief wordt beoordeeld, wanneer de beoordeling geschiedt volgens criteria als de in de Hessische wet genoemde, die bedoeld zijn om vrouwelijke kandidaten te bevoordelen;

b) op posten in de wetenschappelijke dienst een aantal vrouwen aan te stellen, afhankelijk van het percentage vrouwen onder de gepromoveerden, afgestudeerden en studenten, voor zover dat aantal de helft van het aantal beschikbare posten niet te boven gaat en aan vrouwelijke kandidaten niet automatisch de voorrang wordt gegeven in de zin van het gestelde sub a;

c) opleidingsplaatsen voor de helft voor vrouwen te reserveren;

d) voor sollicitatiegesprekken evenveel vrouwelijke als mannelijke kandidaten dan wel alle vrouwelijke kandidaten uit te nodigen, wanneer deze voor de te bezetten post geschikt zijn en bij de beoordeling van de kandidaten in de zin van het gestelde sub a rekening is gehouden met het profiel van alle gegadigden voor de post.

2) Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207 verzet zich tegen een nationale regeling volgens welke de helft van de leden van de interne organen van de openbare dienst vrouwen moeten zijn."