FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 10 juni 1999 *

1. Genom Staatsgerichthofs des Landes Hessens (Tyskland) begäran om förhandsavgörande ombeds domstolen för tredje gången att tolka artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (nedan kallat direktivet),[1] för att fastställa om en rationell lagstiftning om en anställnings- och befordringsplan för kvinnor inom offentlig förvaltning är förenlig med denna gemenskapsrättsliga bestämmelse. Genom föreliggande tolkningsfråga skall nämligen begrepp och gränser för positiva nationella åtgärder för underlättande av fullständig integration av kvinnor inom arbetslivet fastställas med hänsyn till gällande gemenskapsrätt.

Gemenskapslagstiftning

2. Låt mig erinra om att direktivet har till syfte att inom medlemsstaterna "realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och... social trygghet" (artikel 1).

Enligt artikel 2.1 i direktivet innebär denna princip "att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus".

Artikel 2.4 i direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva eller bibehålla "åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1".

3. Efter det att begäran om förhandsavgörande hade ingivits trädde Amsterdamfördraget, genom vilket EG-fördraget — såvitt gäller föreliggande prövning — ändrades vad avser genomförandet av principen om

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 39, s. 40, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191.

likabehandling av kvinnor och män, i kraft. Lägg särskilt märke till att artiklarna 2 och 3 i EG-fördraget, i deras nya lydelse, föreskriver att "[g]emenskapen skall ha till uppgift att... främja... jämställdhet mellan kvinnor och män", och att gemenskapen "[i] all verksamhet... skall... syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och att främja likställdhet mellan dem". Enligt den, likaså genom det nya fördraget, införda artikel 6a kan "rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön".

4. I artikel 141 EG (f.d. artikel 119) föreskrivs följande i första stycket i dess ändrade lydelse: "Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för män och kvinnor för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas." Tredje stycket lyder: "Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 [f.d. artikel 189 b] och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling av kvinnor och män i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete." Slutligen föreskrivs följande i fjärde stycket: "I syfte att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären." [2] I förklaringen om artikel 141.4 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, som fogats till Amsterdamfördraget, anges följande: "När medlemsstaterna beslutar om [sådana] åtgärder som avses i artikel 141.4 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen bör de i första hand sträva efter att förbättra kvinnornas situation i arbetslivet."

5. Redan före ändringen i fördraget hade gemenskapsorganen utfärdat flera rättsakter rörande likabehandling av kvinnor och män. Särskilt betydelsefull är rådets rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor i medlemsstaterna, [3] där det sägs att "gällande regler om likabehandling, som har till syfte att säkra den enskildes rättigheter, inte är tillräckliga för att undanröja alla former av faktiska ojämlikheter om inte regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ dessutom vidtar åtgärder i syfte att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för som följd av attityder, beteenden och

2 — Artikel 119 i dess lydelse före ändringen genom Amsterdamfördraget rörde inte positiva åtgärder till förmån för det underrepresenterade könet utan förbjöd endast särbehandling i lönehänseende. Första stycket hade följande lydelse: "Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete."

3 — EGT L 331, s. 34.

strukturer i samhället". Med uttrycklig hänvisning till artikel 2.4 i direktivet rekommenderades medlemsstaterna att föra en politik med positiva åtgärder som bland annat skall syfta till att "uppmuntra kvinnors ansökan, anställning och befordran inom områden, yrken och nivåer där de är underrepresenterade, i synnerhet på ansvarsfulla tjänster".

Den nationella lagstiftningen

6. Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (delstaten Hessens lag om likabehandling av kvinnor och män och undanröjande av diskriminering av kvinnor i offentlig tjänst, nedan kallad HGlG), vilken antogs den 21 december 1993 och promulgerades den 30 december 1993, syftar till att kvinnor och män skall få tillträde på lika villkor till offentliga tjänster genom fastställande av befordringsplaner med bindande målsättningar för kvinnors anställnings-, arbets- och karriärvillkor (1 §).

7. I 3 § första punkten i HGlG fastställs följande: "Förvaltningsenheterna skall bidra till jämställdhet mellan kvinnor och män i offentlig tjänst och till att avhjälpa kvinnors underrepresentation samt upphäva diskriminering på grund av kön och familjesituation genom befordringsplaner för kvinnor... och andra befordringsåtgärder..." I andra punkten föreskrivs följande: "Kvinnor är underrepresenterade när, inom tillämpningsområdet för en befordringsplan för kvinnor..., färre kvinnor än män är anställda i en lönegrad eller motsvarande i ett yrke. Vad beträffar de lägre lönegraderna i ett yrke anses kvinnor vara underrepresenterade när färre kvinnor än män innehar tjänster i hela yrkeskarriären. Den andra meningen gäller även för tjänster i början på domar- och åklagarkarriären. Vid tillämpningen av en befordringsplan för kvinnor motsvarar varje lönegrad och varje löneklass en sektor. Den enhet som utarbetar befordringsplanen för kvinnor kan göra ytterligare indelningar i undergrupper."

8. I 5 § tredje punkten föreskrivs följande: "Befordringsplanen för kvinnor skall innehålla bindande tvååriga målsättningar för andelen kvinnor på tjänster som skall tillsättas genom nyanställning eller befordran i syfte att öka andelen kvinnor i sektorer där de är underrepresenterade." 5 § fjärde punkten har följande lydelse: "I varje befordringsplan för kvinnor skall mer än hälften av de tjänster som skall tillsättas i en sektor där kvinnor är underrepresenterade vara avsatta för kvinnor. Denna regel gäller inte när en viss könstillhörighet är ett oundgängligt villkor för utövandet av en

verksamhet. Om det kan bevisas att det sannolikt inte finns tillräckligt med kvinnor som har erforderliga kvalifikationer, får ett mindre antal tjänster avsättas för kvinnor. Vid befordran utan tjänstetillsättning i sektorer där kvinnor är underrepresenterade, skall det anges en andel kvinnor som minst motsvarar den andel kvinnor som är anställd i den sektor som den omedelbart lägre lönegraden tillhör. Vid personalbesparingar, i form av nedskärningar och indragningar av tjänster, skall det genom befordringsplanen för kvinnor säkerställas att andelen kvinnor i de berörda sektorerna åtminstone förblir oförändrad."

9. 5 § sjunde punkten handlar om "vetenskapliga tjänster" som enligt Hochschulramengesetz (ramlag för högskolan) tillsätts för viss tid. Dessa tjänster skall innehas av den andel kvinnor som motsvarar minst den andel kvinnor som utexamineras eller (beroende på omständigheterna) som doktorerar vid varje fakultet. Detsamma gäller för anlitande av icke utexaminerade vetenskapliga assistenter, nämligen att det antal kvinnor som motsvarar minst den andel kvinnor som studerar vid varje fakultet skall anställas.

10. Enligt 7 § skall kvinnor, likaledes vid underrepresentation, vid tilldelning av ubildningsplatser tas i beaktande för minst hälften av platserna. Kvinnor skall vidare uppmärksammas på lediga utbildningsplatser och uppmuntras att söka dem. Om antalet kvinnliga sökande trots sådana åtgärder inte är tillräckligt får mer än hälften av de lediga platserna tas i anspråk av män.

11. Minst lika många kvinnor som män eller samtliga kvinnor skall i de sektorer där de är underrepresenterade enligt 9 § första punkten kallas till anställningsintervju om de uppfyller lagstadgade eller andra villkor.

12. Enligt 10 § skall "lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter bedömas i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer. Vid bedömningen av kvalifikationerna skall färdigheter och erfarenheter som förvärvats vid hemarbete, i form av vård av barn eller vårdbehövande (familjearbete), beaktas om de har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenhet. Detta gäller även för familjearbete som utförs som en bisyssla. Tjänsteår, ålder och dagen för senaste befordran skall endast beaktas om de har betydelse för de sökandes lämplighet, färdigheter och kvalifikationer. Famil-

jesituation eller partnerns inkomst skall inte beaktas. Deltidsanställningar, ledigheter och sent avslutade utbildningar på grund av vård av barn eller närstående, som enligt läkarintyg var vårdbehövande, skall inte ha några negativa verkningar för betygsutlåtanden eller befordringsmöjligheter."

13. I 14 § föreskrivs slutligen följande: "Vid tillsättningen av kommittéer, rådgivande organ, styrelser och andra organ skall minst häften av ledamöterna vara kvinnor."

14. Beträffande giltighetstiden för befordringsplaner för kvinnor föreskrivs i 5 § tredje punkten att de bindande målsättningarna för respektive plan skall fastställas för en tvåårsperiod med beaktande av respektive sektors och arbetsplats särdrag. I 10 § fjärde och femte punkterna sägs dock följande: "Om de målsättningar som har fastställts i den tvååriga befordringsplanen för kvinnor inte uppnås, måste anställning eller befordran av en man i en sektor där kvinnor är underrepresenterade, till dess att målsättningarna har realiserats, godkännas av den enhet som har godkänt befordringsplanen för kvinnor.... Så länge det inte har upprättats någon befordringsplan för kvinnor får det inte ske några anställningar eller befordringar i sektorer där kvinnor är underrepresenterade."

Det nationella förfarandet och gemenskapsförfarandet

15. Tolkningsfrågan har ställts av Staatsgerichtshof des Landes Hessen inom ramen för ett lagprövningsförfarande som anhängiggjorts av fyrtiosex ledamöter av Hessens Landtag för att få fastställt att HGlG och särskilt dess 3, 5, 7—11, 14, 16 och 18 §§ strider mot delstaten Hessens konstitution.

16. Enligt sökandenas uppfattning strider HGlG för det första mot den konstitutionella principen om "valet av de bästa", eftersom den innebär att valet av sökande skall ske på grundval av kön i stället för efter meriter och för det andra mot principen om likabehandling, som inte enbart förbjuder att en särskild grupp erhåller fördelar utan även ger varje enskild person en grundläggande rättighet, en rättighet som garanterar medborgarna lika möjligheter i utgångsläget och inte erbjuder redan givna situationer vilka gynnar en särskild personkategori. Dessutom strider den aktu-

ella lagstiftningen även mot direktivet, såsom detta tolkats av domstolen i målet Kalanke. [4]

17. Staatsgerichtshof des Landes Hessen har, före prövningen av den ifrågasatta tyska lagens grundlagsenlighet, vilandeförklarat målet och begärt att domstolen enligt artikel 234 EG (f.d. artikel 177) skall meddela ett förhandsavgörande angående följande tolkningsfråga:

"Utgör artikel 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207 hinder mot att tillämpa nationella bestämmelser enligt vilka

1) urvalsbeslut som fattas med stöd av 10 § HGlG i fall då en kvinnlig och en manlig sökande är lika kvalificerade, och då kvinnorna är underrepresenterade på det sätt som avses i 3 § första och andra punkterna HGlG, skall utfalla till kvinnans fördel på grund av den bindande karaktären av målsättningen för befordringsplanen för kvinnor enligt 5 § tredje och fjärde punkterna HGlG, då detta är nödvändigt för att uppnå målsättningen och några mer tungt vägande rättsliga skäl inte talar emot det,

2) de bindande målsättningarna i befordringsplanen för kvinnor enligt 5 § sjunde punkten HGlG innebär att det skall föreskrivas att tidbegränsade vetenskapliga tjänster och vetenskapliga assistenttjänster skall tillsättas med den andel kvinnor som motsvarar andelen kvinnor bland utexaminerade (sjunde punkten första meningen), doktorander (sjunde punkten andra meningen) och studerande (sjunde punkten tredje meningen) vid varje fakultet,

4 — Dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93 (REG 1995, s. I-3051). Enligt sökandenas mening strider de ovannämnda reglerna framför allt mot artiklarna 1 och 134 i delstaten Hessens konstitution, då de utgör former för särbehandling på grund av kön. 9 § första punkten och 10 § tredje punkten första meningen HGlG strider dessutom mot det i artikel 33 i den tyska grundlagen fastställda och i artikel 134 i delstatskonstitutionen intagna allmänna kravet på "valet av de bästa". Dessutom är HGlG oförenlig med principen i artiklarna 135 och 29 i delstatskonstitutionen om att utforma rättsförhållandena för arbetstagare i offentlig förvaltning i enlighet med förvaltningskraven, och den överskrider de gränser för delstaternas lagstiftningsrätt enligt artiklarna 70, 72, 74 punkt 12 och artikel 75 punkt 1 i den tyska grundlagen, vilka även följer av artikel 153 i delstatskonstitutionen.

3) kvinnor som tillhör kvalificerade yrkesgrupper där de är underrepresenterade vid fördelningen av utbildningsplatser i enlighet med 7 § första punkten HGlG skall tilldelas åtminstone hälften av utbildningsplatserna, utom då det rör sig om utbildningar som staten ensam ansvarar för,

4) lika många kvinnor som män, eller samtliga kvinnor, i sektorer där kvinnor är underrepresenterade, enligt 9 § första punkten HGlG skall kallas till anställningsintervju, förutsatt att de uppfyller de föreskrivna villkoren för att inneha den lediga tjänsten,

5) hälften av platserna i kommittéer, rådgivande organ, styrelser och andra organ enligt 14 § HGlG skall tilldelas kvinnor?"

18. Hessische Ministerpräsident, Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Konungariket Nederländerna, Republiken Finland och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Alla som intervenerat i förfarandet har deltagit i den muntliga förhandlingen.

Prövning i sak

I — *Positiva åtgärder för förverkligande av lika möjligheter för kvinnor i arbetslivet*

19. Föreliggande mål rör frågan vilka regler som gäller beträffande positiva åtgärder för förverkligande av jämlikhet mellan kvinnor och män inom ramen för gemenskapsrätten.

20. Som positiv särbehandling [5] skall anses alla handlingar som planeras på lagstiftnings- eller förvaltningsnivå som fastställer

5 — Som generaladvokat Tesauro klargjorde i sitt förslag till avgörande av den 6 april 1995 i målet Kalanke myntades uttrycket "positiva åtgärder/positiv särbehandling" i nordamerikansk rätt, där *affirmatives actions* först avsåg åtgärder till förmån för den färgade befolkningen och senare åtgärder till förmån för etniska minoriteter eller svagare befolkningsgrupper som kvinnor. Generaladvokaten förklarade därefter följande: "Positiv särbehandling kan anta olika former. En första form av åtgärd består i att försöka avhjälpa den eftersatta ställning som karakteriserar kvinnornas situation på arbetsmarknaden och inte diskriminering i rättslig mening", särskilt genom att påverka yrkesval och yrkesutbildning. Vidare sägs följande: "Man kan urskilja en andra form... i de åtgärder som syftar till att främja jämvikten mellan ansvaret för familjen och det yrkesmässiga ansvaret, och en större jämvikt i ansvarsfördelningen mellan de två könen." Till dessa åtgärder hör sådana "som gäller uppläggning av arbetstiden, uppbyggnad av strukturer för barnpassning, möjligheter för kvinnor som har ägnat sig åt att uppfostra sina barn att återgå i arbete, liksom även socialförsäkringspolitiska åtgärder samt skattepolitiska fördelningsåtgärder på familjeområdet". Slutligen är "en tredje form av åtgärd... den som utgörs av positiv särbehandling som motverkar de ännu kvardröjande effekterna av äldre tids juridiskt relevanta diskriminering". Denna form får "en kompenserande verkan, som gör att positiv särbehandling av förfördelade grupper legitimeras. I synnerhet... för kvotering och *goals*". Genom kvoteringssystemet förbehålls ett bestämt antal tjänster den mest eftersatta gruppen, medan vid goalsystemet "tilldelas däremot medlemmarna i den aktuella kategorin ett högre antal poäng, men varje sökandes rätt att söka varje ledig tjänst ifrågasätts inte" (punkterna 8 och 9). Begreppet positiv särbehandling ingår numera såväl i de nationella rättsordningarna som i gemenskapsrätten, bland annat i rådets rekommendation från 1984 om "främjande av positiv särbehandling av kvinnor".

hjälpmedel till förmån för en bestämd grupp som (av naturliga eller historiska skäl) varit eftersatt, för att garantera dess likabehandling i samhället. På det område som nu är i fråga, likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, omfattar positiv särbehandling i allmänhet program för att underlätta anställning och befordran av kvinnor. Sådana entydigt positiva åtgärder är diskriminerande redan på grund av sitt innehåll, åtgärder som lyfter fram en bestämd persongrupp, och strider därför uppenbart mot den allmänna likabehandlingsprincipen. Principen om förbud mot diskriminering på grund av kön, som syftar till likabehandling av kvinnor och män, garanterar som bekant alla en grundläggande rätt och utgör en grundregel inte bara inom gemenskapsrätten utan även i de nationella rättssystemen. Den positiva särbehandlingens laglighet bedöms därför i allmänhet efter om dessa åtgärder kan harmoniseras med den nämnda allmänna principen.

Medan diskriminering på grund av kön är förbjuden enligt artikel 141.1 i fördraget och artikel 2.1 i det i detta mål aktuella direktivet, ger artikel 141.4 och artikel 2.4 i direktivet medlemsstaterna rätt att föreskriva om positiv särbehandling för att förverkliga lika möjligheter för kvinnor i arbetslivet. Därför kan medlemsstaterna, för att nå detta mål, även tillåta åtgärder som strider mot den allmänna icke-diskrimineringsprincipen och alltså även sådana som kan bli till nackdel för manliga arbetstagare. Vid min prövning gäller det alltså i grunden att fastställa inom vilka gränser och under vilka förutsättningar som positiv särbehandling, som i föreliggande mål, kan anses förenlig med gemenskapsrätten.

21. Domstolen har redan tolkat artikel 2.4 i direktivet i samband med den allmänna icke-diskrimineringsprincipen [6] och i två fall prövat dess betydelse med hänsyn till positiva nationella åtgärder. De frågor som då förelades domstolen rörde, liksom de i föreliggande mål som jag nu skall redogöra för, omfattningen av medlemsstaternas rätt att föreskriva sådana åtgärder till förmån för kvinnor. Jag noterar redan nu att domstolen har slagit fast att bestämmelsen i direktivet utgör ett undantag från den allmänna icke-diskrimineringsprincipen och därmed skall tolkas restriktivt. Den har särskilt uteslutit möjligheten att undantagslöst och ovillkorligt medge kvinnor företräde vid anställning och befordran.

6 — Det första avgörandet beträffande artikel 2.4 i direktivet utgjordes av dom, av den 25 oktober 1988 i mål 312/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 6315), i vilken domstolen fastslog att denna bestämmelse innehåller ett undantag som "har till precist och avgränsat syfte att tillåta sådana åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället" (punkt 15). Detta mål rörde frågan huruvida Frankrike hade gjort sig skyldigt till fördragsbrott genom bristande införlivande av direktiv 76/207. Svarandestaten försvarade sig med att den franska lagstiftaren genom ändring i arbetsrättslagstiftningen uttryckligen hade föreskrivit möjligheten att ta in "särskilda rättigheter för kvinnor" inom ramen för enskilda avtal och kollektivavtal. Domstolen fann att detta argument inte var hållbart och slog bland annat fast att ett allmänt erkännande av vissa rättigheter inte utgjorde en positiv åtgärd enligt artikel 2.4 i direktivet och uteslöt därför denna föreskrift som möjlig rättslig grund.

22. Jag skulle vilja gå närmare in på två viktiga aspekter i rättspraxis, nämligen a) möjligheten att den positiva särbehandlingen av kvinnor, särskilt när den fastställer en kvinnoandel — en kvot — för en viss nivå på karriärstegen, medför en förpliktelse att anställa och befordra kvinnliga sökande, det vill säga att uppnå det resultat för vilket verktyget har införts, och b) vilka villkor som skall vara uppfyllda för att ett system som garanterar en kvinnoandel skall kunna anses förenligt med gemenskapsrätten.

23. a) Domen i målet Kalanke från 1995[7] — som sökanden i målet vid den nationella domstolen åberopat till stöd för sin talan och som den hänskjutande domstolen erinrat om i sin begäran om förhandsavgörande — rörde positiv särbehandling som föreskrevs i en lag i Land Bremen enligt vilken "[v]id anställning av annat skäl än i utbildningssyfte, häri inbegripet utnämning av en tjänsteman eller en domare, skall kvinnor som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har ges företräde inom de områden där de är underrepresenterade" och enligt vilken "meriterna skall värderas uteslutande med avseende på de yrkesmässiga krav som ställs för den tjänst eller karriärväg som skall tillträdas". Domstolen slog fast att en sådan bestämmelse, enligt vilken kvinnor på områden där de är underrepresenterade *vid likvärdiga meriter med sökande av det andra könet automatiskt skall ges företräde*, inte bara strider mot artikel 2.1 i direktivet, eftersom den "medför... en diskriminering på grund av kön" (punkt 16). Den kan inte heller anses som en positiv åtgärd enligt artikel 2.4, eftersom "[e]n nationell reglering som undantagslöst och ovillkorligt garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran går längre än att bara främja lika möjligheter till en befordran och överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4 i direktivet" (punkt 22). Domstolen tillade att "en sådan ordning — eftersom den har till syfte att uppnå en lika andel kvinnor och män inom samtliga löneskalor och tjänstenivåer — ersätter det befrämjande av lika möjligheter som föreskrivs i artikel 2.4 med det resultat som endast kan uppnås genom att en sådan jämlikhet förverkligas" (punkt 23).

Domstolen följde följaktligen den slutsats som generaladvokaten kommit fram till och redogjort för enligt följande: "Att ge lika möjligheter kan... inte innebära annat än att man gör det möjligt att uppnå jämlika resultat, således genom att återupprätta villkoren för jämlikhet mellan könen vid utgångspunkten... Jag finner det emellertid uppenbart att den omtvistade nationella lagstiftningen ingalunda syftar till att garantera jämlikhet som utgångspunkt. Själva den omständigheten att två sökande av olika kön har likvärdiga meriter antyder i själva verket att båda två per definition har och hade lika möjligheter. De är således jämlika vid utgångspunkten. Genom att ge kvinnorna företräde syftar den omtvistade nationella lagstiftningen till att skapa jämlikhet i fråga om resultat, eller snarare att skapa en jämlik fördelning enbart i fråga om antal tjänster mellan

7 — Se ovan fotnot 4.

kvinnor och män. Detta förefaller varken överensstämma med syftet med eller *ratio legis* av artikel 2.4 i direktivet" (punkt 13). [8]

24. Genom domen år 1997 i målet Marschall [9] — som avkunnades efter det att föreliggande begäran om förhandsavgörande anhängiggjorts — förefaller domstolen i viss mån ha öppnat gemenskapsrätten för positiva åtgärder till förmån för kvinnor. I den domen utgick domstolen visserligen med stöd av sin tidigare rättspraxis från premisserna att det när det inte rör sig om ett alltför radikalt sätt att befrämja likabehandling — med andra ord när kvinnoandelen varierar — är möjligt att förena de positiva åtgärderna med icke-diskrimineringsprincipen och därmed legitimera de formellt diskriminerande åtgärderna. Domstolen fastslog emellertid att sådana åtgärder verkligen "kan bidra till att utgöra en motvikt till de negativa verkningar för kvinnliga sökande som följer av de attityder och beteenden som beskrivits ovan och till att på detta sätt begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhällslivet" (punkt 31).

Låt mig i korthet redogöra för målet. Den tyska lag, vars förenlighet med artikel 2.1 och 2.4 i direktivet ifrågasattes, var Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (delstatens lag om offentlig anställning) enligt vilken kvinnliga sökande vid likvärdiga meriter vad avser lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet skulle ges företräde till befordran om det fanns färre kvinnor än män i respektive tjänstegrupp. Lagen innehöll dessutom ett förbehåll beträffande användningen av åtgärder som innebar att en arbetsgivare inte behövde iaktta denna bestämmelse om "omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person" övervägde. På grund av denna "undantagsregel" fastställde domstolen att systemet var tillräckligt flexibelt, eftersom det inte uppvisade samma automatik som den i målet Kalanke prövade lagen från Bremen och avgjorde därför att direktivet 76/207 om likabehandling inte stred mot de av Land Nordrhein-Westfalen föreskrivna åtgärderna. I domslutet står det: "Artikel 2.1 och 2.4 i... direktiv... utgör inte hinder för en nationell regel enligt vilken kvinnliga sökande inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp skall ges företräde vid befordran, i fall då sökande av olika kön som ansöker om befordran har likvärdiga meriter vad avser lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person finns övervägande skäl att

8 — Till stöd för denna uppfattning påminde generaladvokaten om att domstolen i den ovannämnda domen i målet kommissionen mot Frankrike fastställde att artikel 2.4 i direktivet tillåter behandling som enbart är *skenbart diskriminerande*, varav följer att regelns syfte är faktisk jämlikhet men att likväl "de enda ojämlikheter som tillåts är de som är nödvändiga för att omintetgöra de hinder eller skillnader som förhindrar kvinnor att under jämlika förhållanden kunna uppnå samma resultat som männen. Det är i själva verket endast med detta synsätt som de åtgärder som är särskilt riktade mot kvinnor bara är skenbart diskriminerande och det är bara på detta sätt som en faktisk jämlikhet som är sann och effektiv kan uppnås" (punkt 15). Därför tillåts enligt "artikel 2.4 endast... att undanröja de faktiska skillnader som drabbar kvinnorna, men absolut inte att detta helt enkelt sker genom omvänd diskriminering, det vill säga genom åtgärder som inte har det specifika syftet att undanröja de hinder som förhindrar kvinnor att på samma villkor uppnå samma resultat, utan som syftar till att direkt tilldela kvinnorna dessa resultat, alltså att mer eller mindre ge dem företräde *enbart för att de är kvinnor*" (punkt 22).

9 — Dom av den 11 november 1997 i mål C-409/95, Marschall (REG 1997, s. I-6363).

välja denne, under förutsättning att:

— denna regel i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas, och

— sådana kriterier inte diskriminerar kvinnliga sökande." [10]

25. Som sökandena i den nationella domstolen utvecklat utgick domstolen alltså från skälen i den första domen och fastställde att artikel 2.4 i direktivet, enligt vilken medlemsstaterna får vidta positiva åtgärder till kvinnornas fördel, omfattar nationella bestämmelser som ger sådant företräde vid anställning och befordran, såvida det inte är "undantagslöst och ovillkorligt", eftersom det mål som eftersträvas med åtgärden i ett sådant fall skulle uppnås med automatik. Den positiva särbehandlingen leder därmed till att målet blir en del av de medel genom vilka detta skulle uppnås.

26. Denna rättspraxis föranleder mig att generellt reflektera över vilket innehåll begreppet lika möjligheter och särskilt begreppet positiva åtgärder har inom gemenskapsrätten i dag, ett begrepp som, som bekant, kan variera från en rättsordning till en annan och som ständigt anpassas till samhällets behov, så att det under olika tidsperioder har olika betydelser även inom en och samma rättsordning.

Om man ser på de nya ändringarna i EG-fördragets text, i den del som berör lika möjligheter och särskilt positiva åtgärder (artikel 141.4 nämner numera uttryckligen positiva åtgärder på det nationella området vilka syftar till att "göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en

10 — Därigenom följer inte domen den tolkning av direktivet som generaladvokaten föreslagit, enligt vilken "[d]et framgår klart av ordalydelsen i artikel 2.4 och av domstolens tolkning av denna bestämmelse att den rör främjande av lika möjligheter och inte upprättande av lika representation samt att medlemsstaterna bibehåller befogenheten att vidta åtgärder som framstår som diskriminerande, men som i själva verket syftar till att undanröja de hinder som kvinnor möter på arbetsmarknaden, i syfte att främja lika möjligheter för män och kvinnor och följaktligen förbättra kvinnors representation i arbetslivet. Proportionalitetsprincipen kräver emellertid att sådana åtgärder måste vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet". Enligt generaladvokatens uppfattning står "[e]n könsspecifik åtgärd... inte i proportion till målen att undanröja särskilda ojämlikheter som kvinnor möter i praktiken och att främja lika möjligheter, om samma resultat kan uppnås genom en könsneutral åtgärd" (punkterna 42 och 43).

yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären") och om man beaktar gemenskapsinstitutionernas ofta uttalade vilja i samband med strävan efter detta mål,[11] måste man dra den slutsatsen att en restriktiv tolkning av artikel 2.4 i direktivet, en tolkning som leder till en överdriven begränsning av de åtgärder för införande av ett kvinnokvoteringssystem som intagits i denna regel, inte står i samklang med utvecklingen av den tillämpliga gemenskapsrätten. På grund av ordalydelsen i de ovan nämnda föreskrifterna om nationella åtgärder för att garantera lika möjligheter för personer som missgynnas på grund av sitt kön och med hänsyn till målet för och innehållet i de positiva åtgärder till fördel för kvinnor som i dag finns i olika nationella rättssystem, kan, enligt min mening, de nationella åtgärder som syftar till att faktiskt anställa eller befordra kvinnliga sökande inte anses principiellt strida mot gemenskapsrätten.

Som jag tidigare angivit beror dessutom tillåtligheten av sådana positiva åtgärder på om det är möjligt att förena åtgärderna med den allmänna icke-diskrimineringsprincipen. Det förhåller sig emellertid också så att icke-diskrimineringsprincipen, som — såvitt är av betydelse för det föreliggande målet — tjänar till att garantera likabehandling av arbetstagare, och principen om lika möjligheter, på vilken de positiva åtgärderna baseras och som tjänar till att garantera samma faktiska villkor för arbetstagare, eller med andra ord principerna om formell och materiell jämlikhet, i likhet med vad som upprepade gånger har framhållits i doktrinen, inte är helt motstridiga. Den materiella jämlikheten kan nämligen förverkligas genom åtgärder som på grund av sitt syfte är diskriminerande men som i själva verket har samma mål som den formella jämlikheten och dessutom en vidare betydelse, eftersom lagstiftaren här har sörjt för att avlägsna faktiska svårigheter för vissa befolkningsgrupper, svårigheter som inte kan bemästras genom en garanti för att den allmänna icke-diskrimineringsprincipen skall beaktas. Går man vidare i denna argumentation kan man även diskutera om den materiella jämlikheten är ett undantag från den formella eller, med andra ord, om de regler på vilka de positiva åtgärderna vilar — i föreliggande fall artikel 141.4 EG och artikel 2.4 i direktivet — är av undantagskaraktär och därför skall tolkas restriktivt.

11 — Förutom rådets rekommendation från 1984, som redan nämnts i den första delen av detta förslag, har kommissionen till följd av domen i målet Kalanke avgivit ett meddelande om tolkningen av denna dom där det står följande: "La Commission considère que la Cour n'a fait que condamner la caractéristique particulière de la législation de Brême qui consiste en une automaticité de la mesure et accorde aux femmes un droit absolu et inconditionnel en matière de recrutement ou de promotion. La Commission est donc d'avis que le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles" (KOM (96) 88). Kommissionen har dessutom föreslagit att artikel 2.4 i direktivet skall ersättas med följande text: "Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller [att] avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar det underrepresenterade könets möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1. Möjliga åtgärder skall inbegripa förtursförfarande vid anställning och befordran till förmån för en medlem av det underrepresenterade könet, under förutsättning att sådana åtgärder inte hindrar bedömningen av individuella omständigheter i det enskilda fallet." (EGT C 179, 1996, s. 8). Slutligen har Europaparlamentet i sin resolution om första rapporten från kommissionen om ekonomisk och social sammanhållning förklarat att "reell jämställdhet mellan kvinnor och män är en mycket viktig faktor för ekonomisk och social sammanhållning; uppmanar därför kommissionen att överväga ett europeiskt initiativprogram som fastställer, främjar och prövar olika arbetssätt för programplaneringen och fondförvaltningen för att på så sätt överbrygga denna skillnad" (protokoll från sammanträdet den 19 november 1997, EGT C 371, s. 41 och 89, punkt 40).

27. Jag anser därför att den nationella lagstiftaren inte ur gemenskapsrättslig synvinkel hindras från att, om det föreligger särskilda svårigheter för den grupp som gynnas av åtgärden, alltså för kvinnor, och om det förhållandet att principen om likabehandling och därmed (omvänt formulerat) icke-diskrimineringsprincipen beaktas vid statliga arbetsplatser inte skyddar gruppen tillräckligt, tillgripa positiva åtgärder som faktiskt innebär en fördel för gruppen socialt sett. Sådana åtgärder kan därför inte användas enbart för att garantera kvinnor lika möjligheter i utgångsläget, genom att skapa betingelser som gör det möjligt för dem att vederbörligen söka varje särskild tjänst, utan de kan konkret inverka på kvinnornas integrering i samhället då de ger dem ett faktiskt företräde till anställning och befordran.

28. Om slutligen nödvändigheten av att samordna den allmänna icke-diskrimineringsprincipen med positiva åtgärder till kvinnornas fördel skulle innebära att alla positiva åtgärder, som syftar till att uppnå ett konkret resultat, som anställning, därmed blir rättsstridiga, skulle åtgärdernas betydelse inskränkas högst väsentligt; de skulle urholkas innehållsmässigt och likställas med hjälpåtgärder vilka inte alltid är effektiva medel mot sociala olikheter.

29. b) Jag kommer nu till den andra punkten i mitt förslag och därmed till de villkor som skall vara uppfyllda för att en åtgärd, som omfattar ett krav på företräde för kvinnliga sökande och därigenom fastställer en kvinnoandel — en kvot — för en viss sektor eller karriär, kan anses tillåten enligt gemenskapsrätten. Inledningsvis kan det slås fast att trots att de båda principerna om formell och materiell likhet, som nyss nämnts, inte strider mot varandra utan kompletterar varandra finns det känsliga situationer som skall prövas av domstol och som i regel leder till att de (för en viss bestämd grupp vidtagna) positiva åtgärderna, som strider mot den allmänna icke-diskrimineringsprincipen, bedöms som rättsstridiga. Enligt min mening förekommer verkliga konfliktsituationer huvudsakligen i två fall, nämligen när korrigeringsåtgärden, i detta fall positiva åtgärder till förmån för kvinnor, till sitt innehåll är godtycklig och därmed oskäligt begränsar rätten för personer som inte tillhör målgruppen eller när åtgärden inte står i rimlig proportion till den eftersatta gruppens faktiska behov, det vill säga när förhållandena i samhället inte rättfärdigar att en korrigeringsbestämmelse föreskrivs. Följaktligen skall man vid bedömningen inte endast beakta åtgärdens konkreta resultat, alltså den subjektiva ställning som åtgärdens målgrupp uppnår, utan även åtgärdens särskilda innehåll med hänsyn till dess faktiska nödvändighet, och vid denna bedömning skall man, som den nederländska regeringen så träffande påpekat, pröva om det föreligger ett rimligt förhållande mellan den faktiska situationen för åtgärdens målgrupp och resultatet av åtgärden.

30. Jag erinrar därför här om de bedömningskriterier som domstolen åberopade i

sin ovannämnda rättspraxis beträffande positiva åtgärder. I domen i målet Kalanke ansåg domstolen att Land Bremens positiva åtgärder var rättsstridiga, då den fann att det därigenom införda kvotsystemet var "automatiskt". Lagen stadgade att "vid likvärdiga meriter" skulle kvinnliga sökande befordras. Den föreskrev alltså att kvinnor skulle befordras *vid likvärdiga meriter hos sökande av olika kön.* Enligt min uppfattning var de sökandes kön i detta system av betydelse enbart i urvalets sista fas, eftersom rangordningen av de befordringsbara personerna gjorts utan hänsyn till deras kön. Systemet kunde kanske inte betecknas som helt automatiskt då, som nämnts, rangordningen gjordes utan hänsyn till kön. [12] Trots det kan man inte utesluta att åtgärden oskäligt kan ha gynnat kvinnliga sökande, eftersom det strikt formulerade tvånget att ge kvinnor företräde kan ha gjort det utomordentligt svårt för arbetsgivare att välja en manlig sökande.

31. I domen i målet Marschall däremot fann domstolen att det genom Land Nordrhein-Westfalens lagstiftning införda systemet inte var automatiskt och följaktligen lagligt, då däri föreskrevs att en arbetsgivare inte måste ge kvinnor företräde om det "på grund av omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person finns övervägande skäl att välja denne". Domstolen har därför fastslagit att gemenskapsrätten "inte utgör hinder för en nationell regel enligt vilken kvinnliga sökande... skall ges företräde vid befordran, i fall då sökande av olika kön som ansöker om befordran har likvärdiga meriter vad avser lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet", och att detta tvång inte gäller "om det... på grund av omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person finns övervägande skäl att välja denne". Två förutsättningar krävs för denna undantagsklausul, nämligen a) att "denna regel i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas" och b) att "sådana kriterier inte diskriminerar kvinnliga sökande". Domstolen ansåg alltså att denna klausul tvingar arbetsgivaren att utföra en *objektiv bedömning av de sökande,* nämligen en bedömning vid vilken samtliga kriterier i de sökandes personliga och yrkesmässiga profil beaktas. Klausulen tillåter alltså arbetsgivaren att med hänsyn till den konkreta situationen fritt välja bland de sökande; eller snarare tillåter klausulen, trots det uttryckliga tvånget att ge kvinnor företräde, att man beträffande såväl kvinnliga som manliga sökande beaktar särskilda intressen eller situationer, som därför fortfarande är av betydelse trots det företräde som ges kvin-

12 — Jag instämmer därför med generaladvokatens redogörelse i målet Marschall enligt vilken "den nationella regel som domen i målet Kalanke rörde i själva verket varken [var] undantagslös eller ovillkorlig: Domstolen anmärkte att den hänskjutande domstolen angett att regeln skulle tolkas 'på ett sådant sätt att företräde i princip skall ges till kvinnan vid anställning men att billighetsskäl i vissa fall måste leda till undantag från detta privilegium'. Denna tolkning föranleddes av oron att regeln annars skulle vara oförenlig med artikel 3.2 och 3.3 i den tyska grundlagen, i vilken det vid denna tidpunkt föreskrevs att män och kvinnor skulle ha samma rättigheter och att varje diskriminering grundad på kön var förbjuden. Eftersom domstolen i domen i målet Kalanke fastslog att regeln i fråga har vissa undantag, skall begreppet 'automatiskt' företräde tolkas mot denna bakgrund" (punkt 28 i förslaget).

nor. Domstolen uttalade vidare att denna klausul inte får användas på ett diskriminerande sätt till nackdel för kvinnor.

Land Nordrhein-Westfalens regering, som i målet skulle förtydliga vari de konkreta "omständigheter som sammanhänger med den manlige sökandens person" som tillåter företräde för en manlig sökande bestod, förklarade att dessa omständigheter omfattar andrahandskriterier vid urval såsom tjänsteår och sociala skäl, till exempel det förhållandet att den manlige sökanden har en familj att försörja. [13] Av svaret framgår att de faktorer som avses i lagen kan röra såväl "kvalifikationer", alltså den manlige sökandens yrkesprofil — faktorer som i likhet med tjänsteår tillmäts betydelse redan i inledningsfasen när rangordningen för de sökande fastställs — som situationer som inte rör den manlige sökandens lämplighet för att utföra uppgifterna inom ramen för arbetsförhållandena, alltså oförutsedelaktiga situationer vilka, i likhet med dem som ligger till grund för korrigeringsåtgärderna till förmån för kvinnor, kräver ett särskilt skydd.

Jag anser alltså att vad domstolen betecknat som en "undantagsregel" är av avgörande betydelse i domen. Den förhindrar att skyldigheten att ge företräde åt kvinnliga sökande inkräktar på bedömningen av övriga, manliga, sökande och därmed försvagas skyldighetens diskriminerande effekt gentemot dessa sökande. Enligt domstolens uppfattning är ett kvotsystem tillräckligt flexibelt och kan därför inordnas inom de i domen i målet Kalanke fastställda gränserna för artikel 2.4 i direktivet, om de positiva åtgärderna, när det föreligger subjektiva och/eller objektiva förhållanden som särskilt rör manliga sökandes profil, inte utesluter att en arbetsgivare kan göra avsteg från skyldigheten att anställa kvinnor då de sökande har likvärdiga meriter. Åberopande av sådana omständigheter får emellertid inte inverka diskriminerande på valet av kvinnor. [14] Kriteriet tjänsteår, som i regel har betydelse vid fastställande av en sökandes lämplighet, får till exempel inte användas på ett sätt som diskriminerar kvinnor.

32. Av denna rättspraxis kan man enligt min mening sluta sig till att en åtgärd för befordran av kvinnor i arbetslivet, enligt vilken kvinnliga sökande skall ges företräde och enligt vilken kvinnokvoter införs såväl i offentlig förvaltning som på den privata arbetsmarknaden, skall anses tillåten enligt gemenskapsrätten om den tillåter arbetsgivaren att välja den sökande som har den lämpligaste yrkesprofilen. Den får inte

13 — Jämför härvid generaladvokatens förslag av den 15 maj 1997 i målet Marschall (ovan fotnot 9), särskilt punkt 8.

14 — Också på denna punkt kom generaladvokaten till ett annat resultat än domstolen, inte på grund av en annan tolkning av den tillämpliga gemenskapslagstiftningen utan snarare på grund av en annan tolkning av undantagsregelns innehåll. Generaladvokaten underströk nämligen, vilket även framgick av delstatens yttrande, att undantagsregeln tillåter att man vid urvalsförfaranden använder "traditionella andrahandskriterier", det vill säga kriterier som enligt delstatsregeringens uppfattning gynnar manliga sökande. Användningen av undantagsregeln innebär därför att "tjänsten kan ges till mannen enligt kriterier som medges vara diskriminerande". Av detta drog generaladvokaten följande slutsats: "Om en absolut regel om företräde för kvinnor på grund av deras kön är rättsstridig, måste en villkorlig regel som antingen ger kvinnor företräde på grund av deras kön eller män företräde enligt erkänt diskriminerande kriterier i än högre grad anses vara diskriminerande" (punkt 36).

heller ändra bedömningen av de manliga sökandenas förtjänster och kvalifikationer. Därför måste den sökandes kön vara ett kompletterande kriterium bland andra vid fastställandet av sökandens profil, vilket kompletterar de kriterier på vilka helhetsbedömningen av den sökande i allmänhet bygger. Vidare får skyldigheten att ge kvinnor företräde inte leda till att särskilda personliga omständigheter inte beaktas vid bedömning av en sökande som inte gynnas av de positiva åtgärderna, omständigheter som, även om de inte rör bedömningen av den manlige sökandens yrkesprofil, visar på sociala förhållanden som har samma betydelse som de som normalt rör kvinnor.

Som redan nämnts måste för övrigt, vid bedömningen av åtgärdens laglighet, även den helhetssituation vilken har gjort utjämningsåtgärderna nödvändiga beaktas. En eventuell brist på proportionalitet mellan en utjämningsåtgärd och det sociala sammanhang som den påverkar (jag tänker till exempel på det fallet att andelen kvinnor på en arbetsplats eller inom en offentlig sektor endast obetydligt skiljer sig från andelen män) kan leda till att de omständigheter som rättfärdigar den positiva åtgärden och som är nödvändigt förbundna med de faktiska omständigheterna, bortfaller. Det åligger den nationella domstolen att inom ramen för ett mål, där talan förs beträffande en konkret anställning eller befordan och därmed skyldigheten att ge företräde bestrids, fastställa förekomsten av sådana omständigheter. Om talan rör utjämningsåtgärdens laglighet i sig, oberoende av dess tillämpning i det ena eller andra fallet, som till exempel det föreliggande målet vid den nationella domstolen, måste författningsdomstolen, i abstrakta eller allmänna termer, fastställa vilka omständigheter som skall vara uppfyllda för att rättfärdiga utjämningsåtgärderna.

II — *Land Hessens lagstiftning*

Låt mig nu, efter dessa allmänna överväganden om gemenskapsrättens tillåtande av positiva åtgärder för att garantera jämlikhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, undersöka Land Hessens lagstiftning vars förenlighet med gemenskapsrätten, särskilt med artikel 2.1 och 2.2 i direktivet, har ifrågasatts.

Den första delen av tolkningsfrågan: skyldigheten att ge kvinnor företräde och kriterierna för bedömning av de sökande

33. Den första delen av tolkningsfrågan, som har central betydelse i det föreliggande målet, behandlar två aspekter som kompletterar varandra, nämligen först de förutsättningar under vilka en förvaltningsenhet är skyldig att tillämpa en befordringsplan för kvinnor (3 § första och andra punkterna HGlG) samt målsättningarna och innehållet i denna plan (5 § tredje och fjärde punkterna HGlG) och vidare de närmare bestämmelserna för hur bedömningen av de sökande skall utföras (10 § HGlG).

34. Beträffande den första aspekten, och särskilt de förutsättningar under vilka positiva åtgärder skall vidtas och användas, skall inledningsvis påpekas att den ifrågavarande lagen principiellt motsvarar de andra tyska lagstiftningar som behandlades i de tolkningsfrågor som jag redogjort för ovan. Enligt 3 § första och andra punkterna måste nämligen en förvaltningsenhet upprätta en befordringsplan för kvinnor när färre kvinnor än män är anställda "inom tillämpningsområdet för en befordringsplan för kvinnor... i en lönegrad eller motsvarande i ett yrke".

Planen gäller i högst två år (5 § tredje punkten). Om målsättningen för planen inte har uppnåtts under denna tid är varje ytterligare anställning eller befordran av en manlig sökande beroende av godkännande från den enhet som upprättat befordringsplanen för kvinnor till dess att arbetstagare av båda könen är jämnt representerade i varje sektor (10 § fjärde punkten). Trots att befordringsplanen för kvinnor är tidsbegränsad, är det tydligt att skyldigheten att ge företräde inte upphör när de två åren gått utan först när en andel om 50 procent kvinnor uppnåtts i varje sektor och lönegrad.

35. Om det föreligger en ojämlik situation skall förvaltningsenheten enligt 3 § första punkten upprätta en befordringsplan för kvinnor och vidta liknande åtgärder för att garantera likhet mellan kvinnor och män i offentlig tjänst och för att undanröja underrepresentation av kvinnor liksom diskriminering på grund av kön eller familjesituation. Enligt 5 § fjärde punkten i lagen skall dessutom varje befordringsplan för kvinnor i regel avsätta mer än hälften av tjänsterna för kvinnliga sökande. Denna förpliktelse för förvaltningsenheterna bortfaller under vissa, i lagen uttryckligen föreskrivna omständigheter, nämligen a) när en viss könstillhörighet är ett oundgängligt villkor för utövandet av en verksamhet, b) om det kan bevisas att det sannolikt inte finns tillräckligt med kvinnor som har erforderliga kvalifikationer och c) vid befordran utan tjänstetillsättning i sektorer där kvinnor är underrepresenterade. I det sistnämnda fallet skall det anges en andel kvinnor som minst motsvarar den andel kvinnor som är anställda i den sektor som den omedelbart lägre lönegraden tillhör. Dessutom står det i 3 §: "Vid personalbesparingar, i form av nedskärningar och indragningar av tjänster, skall det genom befordringsplanen för kvinnor säkerställas att andelen kvinnor i de berörda sektorerna åtminstone förblir oförändrad."

Vad beträffar den andra aspekten, kriterierna för bedömning av sökanden, står det i 10 § första—tredje punkterna i lagen att "lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter [skall] bedömas i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer" och att förvaltningsenheten vid bedömningen måste hålla sig till vissa bedömningskriterier. För det första måste "färdigheter och

erfarenheter som förvärvats vid hemarbete, i form av vård av barn eller vårdbehövande (familjearbete), beaktas... Detta gäller även för familjearbete som utförts som en bisyssla." För det andra skall "tjänsteår, ålder och dagen för senaste befordran... endast beaktas om de har betydelse för de sökandes lämplighet, färdigheter och kvalifikationer". För det tredje skall vid bedömningen "familjesituation och partnerns inkomst... inte beaktas" och slutligen skall "deltidsanställningar, ledigheter och sent avslutade utbildningar på grund av vård av barn eller närstående, som enligt läkarintyg var vårdbehövande" inte inverka negativt på bedömningen av de sökande.

36. Alla som avgivit yttranden i målet, med undantag av sökanden i målet vid den nationella domstolen och Landesanwalts beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, har tolkat den tyska lagen så, att den, till skillnad från lagen i Land Bremen som behandlades i målet Kalanke, inte har infört ett strikt kvinnokvotsystem och de anser därför att den omtvistade nationella lagstiftningen är förenlig med direktiv 76/207 och utgör en del av de åtgärder som åsyftas i artikel 2.4.

I begäran om förhandsavgörande, särskilt i formuleringen av tolkningsfrågans första del, har den nationella domstolen tolkat den tyska lagstiftningen så, att skyldigheten att ge företräde åt kvinnor är underkastad den i grundlagen förankrade principen om "valet av de bästa" och att den endast gäller om "något mer tungt vägande rättsligt skäl inte talar emot det", alltså om det inte innebär kränkning av någon konstitutionsprincip. Dessutom har delstatsregeringen på förfrågan från domstolen beträffande begreppet "tungt vägande rättsligt skäl" understrukit att företrädet för kvinnliga sökande är ett urvalskriterium som är underordnat ett annat kriterium i delstatskonstitutionen vilket går före, ett kriterium enligt vilket den mest lämpade sökanden måste väljas i varje situation. Könskriteriet skulle med andra ord komma att användas endast när flera sökande på grund av sin yrkesmässiga kompetens bedöms som lika lämpliga. Befordringsplanen för kvinnor utgör därmed enligt delstatsregeringen endast en programförklaring och inte en förpliktelse för förvaltningsenheten att ge kvinnor företräde enbart på grund av deras kön. Det enda fall då kvinnliga sökande skall ges företräde är det "gränsfall" då en befordringsplan för kvinnor inte uppfyllts, när en förvaltningsenhet inte fullgjort sin skyldighet att uppnå målet med 50 procent anställda kvinnor. Det föreligger därför ingen förpliktelse — utom i sannolikt sällan förekommande undantagsfall — att förverkliga de positiva åtgärderna. Befordringsplanen för kvinnor grundar ingen rätt för den enskilda utan utgör enbart ett allmänt råd till förvaltningsmyndigheterna.

37. Denna tolkning av den tyska lagen tycks inte stämma överens med bestämmelsens innehåll i dess helhet. Enligt lagens ordalydelse måste förvaltningsenheten nämligen inte bara — enligt framställningen i begäran om förhandsavgörande — upprätta en befordringsplan för kvinnor om det föreligger underrepresentation (3 § första punkten i lagen), och den får inte anställa någon innan detta gjorts (10 § femte punkten), utan mer än hälften av de ledigförklarade platserna måste även ges till kvinnor (5 § fjärde punkten) till dess andelen kvinnor och andelen män är lika stora. Vidare innehåller den aktuella lagen, till skillnad från den som prövades i domen i målet Marschall, inte någon undantagsregel och det saknas alltså möjlighet att bortse från skyldigheten att lämna företräde när det föreligger "tungt vägande skäl". Enligt lagen tillåts endast vissa avvikelser med begränsat användningsområde, nämligen när en viss könstillhörighet är ett villkor för utövandet av en verksamhet, när det inte finns tillräckligt med sökande kvinnor eller vid befordran utan tjänstetillsättning.

Som den hänskjutande domstolen understrukit och som även den tyska regeringen konstaterat finns det dock ingen specifik förpliktelse att ge kvinnliga sökande företräde eftersom förvaltningsenheten inte enligt lagen är förpliktad att alltid eller vid likvärdiga meriter anställa eller befordra kvinnliga sökande. I 10 § föreskrivs nämligen att den mest kvalificerade och lämpade sökanden skall ges företräde. I lagen finns inget förbud mot att en manlig sökande ges företräde om det visar sig att han är bäst lämpad för den lediga tjänsten och där fingeras inte heller någon förutsättning beträffande likvärdiga meriter varigenom kravet på företräde skall uppfyllas. Genom systemet införs endast en ordning som skall underlätta integration och yrkesmässigt avancemang för kvinnor, framför allt så att de inte blir eftersatta på grund av att de ägnat sig åt familjearbete. Denna ordning framgår av 10 § HGlG vari vissa kriterier för en gynnsammare bedömning av kvinnliga sökande fastställs. För det första föreskrivs att erfarenheter som förvärvats vid hemarbete måste beaktas vid bedömningen av sökande om erfarenheterna har anknytning till den lediga tjänstens arbetsuppgifter och att man inte skall beakta ledighet av familjeskäl. För det andra begränsas betydelsen av tjänsteår, då det oftast varit lättare för manliga sökande att öka på antalet tjänsteår.

38. Med stöd av det ovan anförda beträffande tillåtligheten av positiva nationella

åtgärder inom gemenskapsrätten anser jag att en positiv nationell åtgärd som den föreliggande, vilken kännetecknas av en förpliktelse för förvaltningsenheten att upprätta en befordringsplan för kvinnor för att undanröja underrepresentation inom vissa sektorer och karriärer och som vidare innebär en skyldighet att underlätta anställning och befordran av kvinnliga arbetstagare, om inte dessa åtgärder utesluter män från att söka en viss tjänst och om de inte föreskriver en fast kvinnoandel för en viss ledig tjänst oavsett kvinnliga sökandes lämplighet, kan anses förenlig med gemenskapsrätten.

liga tjänster som, i enlighet med... Hochschulrahmengesetz [ramlag för högskolan], tillsätts för viss tid skall innehas av en andel kvinnor som motsvarar minst den andel kvinnor som utexamineras från den berörda fakulteten. Vetenskapliga tjänster som tillsätts för viss tid enligt 48 § Hochschulrahmengesetz skall innehas av en andel kvinnor som motsvarar minst den andel kvinnor som doktorerar vid varje fakultet. De medel som avsätts för att anställa icke utexaminerade vetenskapliga assistenter skall utnyttjas för en andel kvinnor som motsvarar minst den andel kvinnor som studerar vid varje fakultet."

Den andra delen av tolkningsfrågan: den vetenskapliga sektorn

Delstatsregeringen har anfört att kvinnor är särskilt underrepresenterade inom denna sektor, eftersom tjänsterna som regel tillsätts för viss tid och det för befordran inom karriären krävs att den sökande skaffar sig ytterligare titlar. Målet för befordringsplanen för kvinnor är att underlätta för kvinnor som redan arbetar inom denna sektor att få tillgång till de fasta högskoletjänsterna.

39. Den andra aspekten på den tyska lagen, som den nationella domstolen begärt att domstolen skall yttra sig över, gäller om 5 § sjunde punkten HGlG är förenlig med artikel 2.2 och 2.4 i direktivet. Enligt 5 § sjunde punkten HGlG måste målet i befordringsplanen för kvinnor beträffande vetenskapliga tjänster, som tillsätts för viss tid, och vetenskapliga assistenter vara att de skall innehas av en andel kvinnor som minst motsvarar andelen kvinnor av dem som utexamineras, doktorerar och studerar vid den berörda fakulteten. Konkret anges följande i 5 § sjunde punkten: "Vetenskap-

Av ordalydelsen i 5 § sjunde punkten framgår tydligt att den eftersträvade andelen kvinnor inom den vetenskapliga sektorn även får ligga under 50 procent, alltså under den procentsats som fastställts för alla andra sektorer, eftersom procentsatsen beräknas annorlunda inom den vetenskapliga sektorn än vad gäller den allmänna

procentsatsen, nämligen med hänsyn tagen till det antal personer som avlagt en erforderlig yrkesutbildning. Enligt denna regel måste nämligen andelen kvinnor motsvara den andel kvinnor som utexaminerats eller som doktorerat eller som helt enkelt studerar vid fakulteten. Om den allmänna bestämmelse som skall garantera en 50-procentig andel kvinnor bland arbetstagarna inom respektive sektor anses förenlig med gemenskapsrätten måste naturligtvis även den föreliggande specialbestämmelsen betraktas som laglig.

En annan tolkning, som utgår från användandet av en 50-procentig andel även inom den vetenskapliga sektorn, skulle frånta specialbestämmelsen all praktisk betydelse. Man måste emellertid beakta att motsägelsen mellan den allmänna bestämmelsen och den som gäller den vetenskapliga sektorn endast är skenbar, eftersom de utexaminerade som intresserar sig för tjänster inom den vetenskapliga sektorn är personer som har fått en erforderlig utbildning, vilket innebär att man när man skall beakta ett visst antal kvinnor som motsvarar antalet utexaminerade använder en faktisk storhet som numerisk parameter för att införa företräde för kvinnor inom denna sektor.

Det bör påpekas att kravet på företräde inom den vetenskapliga sektorn (5 § sjunde punkten) är formulerat på ett annat sätt än den allmänna föreskriftens företrädesreglering (5 § fjärde punkten). Anställningar avseende vetenskapliga tjänster "skall innehas" av kvinnor medan anställningar inom andra förvaltningssektorer skall "vara avsatta" för kvinnor. Den hänskjutande domstolen har angående detta påpekat att denna regel inte har någon "självständig betydelse" eftersom den inte direkt berör anställningsbesluten. Skillnaden mellan den allmänna regeln och specialbestämmelsen är därmed rent semantisk. Det skulle nämligen vara alldeles oberättigat och därmed ologiskt att tolka 5 § sjunde punkten på ett sådant sätt att den undantar den vetenskapliga sektorn från den allmänna bestämmelsen om val av sökande enligt 10 §. Om man ändå skulle utgå från att en bestämd andel tjänster enligt 5 § sjunde punkten skall ges till kvinnor, utan hänsyn till bedömningen av samtliga sökande, skulle denna regel leda till en positiv åtgärd som — vilket redan påpekats — skulle sakna allt logiskt samband med artikel 141.4 EG och artikel 2.4 i direktivet.

Den tredje delen av tolkningsfrågan: utbildningsprogrammen

40. Den tredje aspekten av den berörda lagen rör 7 § HGlG enligt vilken kvinnor skall tas i beaktande för minst hälften av platserna vid tilldelning av utbildningsplatser i utbildningsprogram där kvinnor är underrepresenterade. Kvinnorna skall dessutom uppmärksammas på lediga utbild-

ningsplatser och uppmuntras att söka dem. Om antalet kvinnor trots dylika åtgärder inte är tillräckligt, får mer än hälften av utbildningsplatserna tas i anspråk av män.

Syftet med denna regel, liksom jämställdhetsåtgärdens karaktär, skiljer sig från den allmänna bestämmelsen: regeln skall uppenbarligen leda till ett siffermässigt resultat, men detta resultat skiljer sig väsentligt från det resultat som eftersträvas av den allmänna bestämmelsen, eftersom kvinnor inte beaktas vid fördelning av arbetsplatser utan vid fördelning av utbildningsplatser för senare tillträde till kvalificerade yrken. Vad beträffar medlen för att nå detta mål måste förvaltningsenheterna verka för att uppmärksamma kvinnor på lediga utbildningsplatser och uppmuntra dem att söka dem. Finns det inte tillräckligt många sökande kan enligt denna regel de platser som ursprungligen avsetts för kvinnor tas i anspråk av män.

Som lätt inses ligger denna regel inom ett snävare begrepp av lika möjligheter. De föreskrivna åtgärderna tillhör därför de åtgärder vilka syftar till att undanröja orsakerna till färre anställnings- och befordringsmöjligheter för kvinnor och som dessutom påverkar yrkesval och yrkesutbildning. En sådan åtgärd tillhör utan tvivel åtgärder som är tillåtna enligt gemenskapsrätten.

Den fjärde delen av tolkningsfrågan: Anställningsintervjuer

41. Den fjärde aspekten av den tyska lag vars förenlighet med gemenskapsrätten ifrågasatts av den tyska domstolen rör anställningsintervjuer. Det handlar om 9 § där det sägs att "minst lika många kvinnor som män — eller samtliga kvinnor — [skall] kallas till anställningsintervjuer om sådana anordnas, förutsatt att de uppfyller de föreskrivna villkoren för att inneha den lediga tjänsten".

I likhet med regeln om utbildningsprogram eftersträvas inte heller med denna regel något bestämt resultat — anställning eller befordran — utan kvinnor erbjuds ytterligare möjligheter som skall underlätta deras inträde i arbetslivet och deras karriär. Härtill kommer, som framgår av begäran om förhandsavgörande, att 9 § visserligen föreskriver en bestämd andel anställningsintervjuer för kvinnor, men den föreskriver även att det skall göras en förhandsgranskning av ansökningarna och att endast de sökande som uppfyller samtliga erforderliga eller föreskrivna villkor för att inneha

tjänsten eller för att utföra vissa uppgifter skall kallas. Regeln rör alltså de anställningsintervjuer som sker i anslutning till ett första urval, i vilket alla intresserade personer deltar. Följaktligen kan alla arbetstagare söka en plats och alltså bli utvalda på grundval av bedömningskriterier som, får man anta, fastställts i den allmänna bestämmelsen, det vill säga 10 § första till tredje punkterna i lagen.

Enligt min mening strider därför inte heller regeln om anställningsintervjuer mot gemenskapsrätten.

Den femte delen av tolkningsfrågan: tillsättande av ledamöter i organ

42. Den sista aspekten rör tillsättningen av ledamöter i arbetstagarorganisationer, styrelser och andra organ. 14 § i den tyska lagen lyder: "Vid tillsättningen av kommittéer, rådgivande organ, styrelser och andra organ skall minst hälften av ledamöterna vara kvinnor."

I regeln slås tydligt fast att hälften av ledamöterna i interna förvaltningsorgan skall vara kvinnor. I 14 § föreskrivs en bestämd andel kvinnor, utan hänsyn till kvinnornas lämplighet. Som redan nämnts tycks den tyska lagen visserligen endast ha till syfte att anvisa ett allmänt program för att underlätta anställning och befordran av kvinnor i den offentliga förvaltningen, men regeln om tillsättning av ledamöter i interna organ förefaller enligt sin ordalydelse inte medge några avvikelser.

Med hänsyn till ovanstående framställning rörande under vilka förutsättningar en positiv åtgärd kan anses förenlig med gemenskapsrätten och med beaktande särskilt av det erkända kravet att det måste vara möjligt för varje arbetstagare att söka samtliga tjänster som rör hans eller hennes tjänsteförhållanden, strider därför enligt min uppfattning en regel som den förevarande tyska bestämmelsen allmänt mot arbetstagarens rätt till likabehandling, då den uppenbart överskrider de gränser som satts för tillåtlighet av åtgärder för genomförande av lika möjligheter för kvinnor. Jag anser därför att de i 14 § HGlG föreskrivna åtgärderna strider mot artikel 2.1 i direktivet och inte kan räknas som positiva åtgärder enligt artikel 2.4 i direktivet.

Förslag till avgörande

43. Härefter föreslår jag att domstolen skall besvara Staatsgerichtshofs frågor på följande sätt:

1. Artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör inte hinder för tillämpning av en nationell lagstiftning som delstaten Hessens lag om likabehandling av kvinnor och män och om undanröjande av diskriminering av kvinnor i offentlig tjänst av den 30 december 1993, enligt vilken förvaltningsenheter vid underrepresentation av kvinnor inom vissa sektorer och lönegrader i den offentliga förvaltningen måste

a) upprätta en befordringsplan för kvinnor för att stegvis undanröja dessa olikheter och vidta ytterligare åtgärder för att garantera lika möjligheter för kvinnor och män i den offentliga förvaltningen samt att vid uppfyllande av planen sträva efter att avsätta mer än hälften av de lediga tjänsterna för kvinnor, varvid en sådan nationell bestämmelse dock inte automatiskt får ge

kvinnliga sökande företräde utan måste garantera att den yrkesmässiga och personliga profilen hos alla manliga och kvinnliga sökande bedöms objektivt även i de fall då bedömningen grundas på sådana bedömningskriterier som nämns i den tyska lagen, vilka syftar till att kvinnliga sökande gynnas;

b) avsätta en andel tjänster inom den vetenskapliga sektorn för kvinnor, motsvarande andelen kvinnor bland doktorander, utexaminerade och studenter, om denna andel inte omfattar mer än hälften av de lediga platserna och om kvinnliga sökande inte automatiskt ges företräde i den mening som avses i punkt a);

c) beakta kvinnor för minst hälften av platserna vid tilldelning av utbildningsplatser;

d) kalla lika många kvinnor som män eller endast kvinnliga sökande till anställningsintervjuer, förutsatt att de visar sig vara lämpliga för den lediga tjänsten och bedömningen av de sökande görs enligt punkt a) med hänsyn till alla sökandes profil.

2. Artikel 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207 utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken hälften av ledamöterna i de offentliga förvaltningsenheternas interna organ skall vara kvinnor.