de bestemmelser, som har til formål at sikre ligebehandling af mænd og kvinder på hele arbejdsmarkedet.

2. En medlemsstats grundlovs klare bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder, om forbud mod forskelsbehandling på grund af køn og om lige adgang til ansættelse i det offentliges tjeneste for alle medlemsstatens borgere, som umiddelbart finder anvendelse, sammen med muligheden for domstolskontrol, herunder indbringelse af en tvist for forfatningsdomstolen, må anses for en tilstrækkelig garanti for inden for forvaltningen at gennemføre det i direktiv 76/207 fastsatte princip om ligebehandling.

   Det samme gælder den frie adgang til selvstændige erhverv, når overholdelsen heraf sikres ved grundlovsbestemmelser og retsmidler i forening.

3. Artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207, som giver medlemsstaterne mulighed for at udelukke visse former for erhvervsudøvelse fra direktivets anvendelsesområde, har hverken til formål eller til følge at pålægge medlemsstaterne at anvende denne mulighed på en bestemt måde.

   Derimod påhviler det dem ifølge artikel 9, stk. 2, så nøjagtigt som muligt og under en form, som på en eller anden måde kan kontrolleres, at fastlægge de former for erhverv og virksomhed, som udelukkes fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling, og meddele resultatet til Kommissionen, som skal kontrollere, om bestemmelsen gennemføres.

4. En medlemsstats bestemmelser, hvorefter en arbejdsgiver ikke må offentliggøre stillingsopslag, som ikke er »kønsneutrale«, kan ikke anses for en bestemmelse til opfyldelse af en forpligtelse ifølge direktiv 76/207, men derimod for et selvstændigt lovinitiativ til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet. Det forhold, at bestemmelsen ikke er bindende, kan derfor ikke betragtes som en tilsidesættelse af medlemsstaternes forpligtelser efter direktivet.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 26. februar 1985 *

Høje Domstol.

1. I sag 248/83 anlagt den 9. november 1983 fortsætter Kommissionen for De europæiske Fællesskaber sine bestræbelser for at sikre, at medlemsstaterne klart og nøjagtigt gennemfører direktiverne 75/117 og 76/207. Disse retsakter foreskriver som

* Oversat fra italiensk.

bekendt en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45 af 19. februar 1975, s. 19) og gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39 af 14. februar 1976, s. 40).

Kommissionens bestræbelser indledtes for næsten tre år siden i form af et søgsmål mod Den italienske Republik, som blev frifundet af Domstolen, og fortsatte herefter med delvis succes over for Det forenede Kongerige for nu at rette sig mod Forbundsrepublikken Tyskland. I medfør af EØF-traktatens artikel 169 har Kommissionen over for Forbundsrepublikken påtalt, at den har tilsidesat sine forpligtelser ved

1) ikke at have ladet den nødvendige lovgivning til gennemførelse af direktiv 76/207 omfatte offentligretlige arbejdsforhold,

2) ikke i national ret fuldt ud at have inkorporeret direktiv 75/117 om lige løn til mænd og kvinder i den offentligretlige sektor,

3) ikke i national ret fuldt ud at have inkorporeret direktiv 76/207, for så vidt angår liberale erhverv,

4) ikke tilstrækkelig klart i den nationale retsorden at have fastlagt anvendelsesområdet for undtagelsesbestemmelserne i artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207, og

5) ikke at have gjort reglen om kønsneutrale stillingsopslag i BGB's § 611 b bindende [1].

For at belyse sagen under den rette faktiske og retlige synsvinkel er det nødvendigt at gå noget tilbage i tiden. I henhold til artikel 8 i direktiv 75/117 og artikel 9 i direktiv 76/207 var Forbundsrepublikken Tyskland, ligesom de øvrige medlemsstater, forpligtet til at sætte de nødvendige administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser i kraft for at efterkomme fællesskabsbestemmelserne inden februar 1976 henholdsvis august 1978. I september 1980 meddelte den tyske regering Kommissionen, at Bundestag den 13. august s.å. havde vedtaget en lov om ligebehandling af mænd og kvinder på arbejdspladsen (den såkaldte Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz).

Rent konkret bestemmer denne lov, at der i Bürgerliches Gesetzbuch indføjes visse nye bestemmelser, mens andre eksisterende bestemmelser ændres. Jeg skal her især nævne BGB's § 611 a, som bestemmer: »en arbejdsgiver må hverken som led i en aftale eller ved en ensidig handling øve forskelsbehandling over for en arbejdstager på grund af dennes køn, navnlig ikke i forbindelse med indgåelsen af en arbejdskontrakt ... Forskelsbehandling på grund af køn er dog mulig, for så vidt en aftale eller en ensidig handling vedrører arten af den virksomhed, der skal udøves, og kønnet er en afgørende forudsætning herfor. Hvis arbejdstageren i tilfælde af en tvist kan påvise omstændigheder, som indicerer, at der øves forskelsbehandling på grund af køn, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at forskelsbehandlingen er begrundet i saglige hensyn,

1 — I stævningen anførte Kommissionen ligeledes, at den tyske lov om beskyttelse af arbejdende mødre (Mutterschutzgesetz) er uforenelig med direktiv 76/207, men den frafaldt dette klagepunkt efter Domstolens afsigelse den 12. juli 1984 af dom i sag 184/83, Hofmann (Sml. 1984, s. 3047).

som ikke støttes på køn, eller at kønnet er en afgørende forudsætning for den virksomhed, der skal udøves.» [2] BGB's § 611 b bestemmer: »Arbejdsgiveren kan hverken offentligt eller inden for virksomheden ved stillingsopslag angive, at der udelukkende ansættes mænd eller kvinder, bortset fra de i § 611 a, første led, anførte tilfælde« [2]. Endelig bestemmer § 612, stk. 3: »Der kan ikke ifølge en arbejdskontrakt for samme eller tilsvarende arbejde på grund af arbejdstagerens køn ydes en lavere løn end den for en arbejdstager af det andet køn gældende. Aftale om en lavere løn kan ikke begrundes i særlige beskyttelsesforanstaltninger som følge af arbejdstagerens køn« [2].

Der er her tilsyneladende tale om særdeles restriktive bestemmelser. Kommissionen har imidlertid, *tota lege perspecta*, anset dem for utilstrækkelige til at gennemføre Fællesskabets mål. Efter en resultatløs brevveksling med forbundsregeringen fremsatte Kommissionen således den 29. oktober 1982 en begrundet udtalelse, hvori den påtalte, at Forbundsrepublikken ikke havde truffet alle nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af de to direktiver. I skrivelse af 3. januar 1983 anførte forbundsregeringen imidlertid, at Forbundsrepublikken ved at have ændret BGB som ovenfor anført fuldt ud havde opfyldt sine forpligtelser. For så vidt angår ansættelse i det offentliges tjeneste og inden for liberale erhverv var det ikke nødvendigt at foretage en tilpasning, da de herfor gældende bestemmelser allerede klart og entydigt opfyldte de af Rådet stillede krav.

2. Herefter anlagde Kommissionen denne sag, hvori den i det væsentlige har nedlagt påstand om, at det statueres, at Forbundsrepublikken kun delvis og utilstrækkeligt har gennemført de to omhandlede direktiver. Ifølge sagsøgeren står vi med andre ord her over for et klassisk eksempel på en stats manglende gennemførelse af direktiver. Denne opfattelse deles ikke af den tyske regering. Forbundsregeringen har anført, at de tyske bestemmelser på de af Kommissionen anførte områder allerede på forfatningsplan og med direkte virkning ganske vist i tilstrækkelig grad, opfylder de af Fællesskabet fastsatte mål, men at der her snarere er tale om *fritagelse for at gennemføre direktivet*. Efter Forbundsregeringens opfattelse foreligger der netop en sådan situation, som svarer nøjagtigt til den anerkendte teori, der betegnes »forud eksisterende overensstemmelse (inden for Fællesskabet)«.

Er denne opfattelse begrundet? Det skal først fastslås, at et direktiv i henhold til EØF-traktatens artikel 189 »med hensyn til det tilsigtede mål [er] bindende for enhver medlemsstat som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen«. I henhold til den teori, som jeg har henvist til, kendetegnes denne retsakt således af to momenter, som ved fortolkningen *samtidig* skal tages i betragtning. For det første er den »lovgivningsmodel«, som Fællesskabet har udviklet og foreslået medlemsstaterne, konstant og yderligere bindende, for så vidt den *binder* samtlige medlemsstater *uden valgmuligheder*. For det andet skal denne model gennemføres i den nationale retsorden hvilket kan ske på forskellig måde, idet hver medlemsstat *frit, men inden for visse grænser* kan bestemme form og midler for gennemførelsen.

Domstolen har gentagne gange fastlagt rækkevidden af disse to momenter. For så

2 — O.a.: Domstolens oversættelse.

vidt angår det første, har Domstolen udtalt: »det [er] væsentligt, at hver medlemsstat gennemfører de pågældende direktiver på en måde, som fuldt ud opfylder kravene om, at denne retstilstand, som tilsigtes med direktiverne, skal være klar og sikker« (dom af 6. maj 1980, Kommissionen mod Belgien, 102/79, Sml. 1980, s. 1473). Med hensyn til det andet moment har Domstolen fastslået, at muligheden for at bestemme form og midler for gennemførelsen af et direktiv ikke berører »forpligtelsen ... til at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dens formål« (dom af 10. april 1984, 14/83, von Colson og Kamann, præmis 15; jfr. ligeledes forslag til afgørelse fra generaladvokat Rozès, punkt I, [2]. Yderligere »kan [dette] ikke fritage medlemsstaten for forpligtelsen til at omsætte direktivets bestemmelser til bindende internretlige bestemmelser« (dom af 25. maj 1982, 96/81, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. 1982, s. 1791).

Jeg skal derfor ifølge princippet om samtidig vurdering behandle de her omhandlede direktivers mål og rækkevidde for dernæst at tage stilling til, om den tyske retsordens »forud eksisterende overensstemmelse« nu også reelt opfylder fællesskabskravene fuldt ud. Som allerede anført er hovedformålet med direktiv 76/207 at gennemføre ligebehandling af mænd og kvinder. Som det fremgår af von Colson-dommen skal direktivet især sikre arbejdstagere af begge køn lige chancer ved adgang til beskæftigelse. Gennemførelsen af dette princip indebærer yderligere to forpligtelser for medlemsstaterne, idet de

a) inden for de sektorer, som direktivet omfatter, skal ophæve alle administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i strid med princippet om ligebehandling (artikel 3, stk. 2, artikel 4, stk. 2, og artikel 5, stk. 2), og

b) skal indføre de nødvendige bestemmelser for at enhver person, som føler sig udsat for forskelsbehandling, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser. Sådanne foranstaltninger skal være »tilstrækkeligt effektive til at opfylde direktivets formål« og af en sådan art, at de pågældende »rent faktisk« kan påberåbe sig disse foranstaltninger for de nationale domstole (von Colson-dommen, præmis 18, vedrørende artikel 6).

Hvis det er disse forpligtelser, som pålægges medlemsstaterne i henhold til direktiv 76/207, og hvis der består de nævnte grænser for staternes valg af midler for at gennemføre forbudet mod forskelsbehandling, kan den tyske grundlovs artikel 3 (»ingen må stilles ringere eller bedre på grund af køn«), artikel 12 (»alle tyske statsborgere har ret til frit at vælge erhverv«) og artikel 33 (»alle tyske statsborgere har lige adgang til ansættelse i det offentliges tjeneste alt efter deres egnethed, kvalifikationer og faglige kundskaber«), i sig selv sikre en *effektiv ligebehandling*, for så vidt angår adgang til beskæftigelse inden for den offentlige sektor og de liberale erhverv, samt den *sikre og klare* retsstilling, som direktivet tilsigter.

Jeg skal herefter se på direktiv 75/117. Denne retsakt, som er udstedt med hjemmel i traktatens artikel 100, har til formål at tilnærme medlemsstaternes lovgivning om gennemførelse af princippet om lige løn til

2 — O.a.: Domstolens oversættelse.

mænd og kvinder. Med dette formål for øje skal medlemsstaterne

a) afskaffe forskelsbehandling mellem mænd og kvinder, som følger af administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, og som er i strid med ligelønsprincippet (artikel 3), og

b) indføre i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser til, at enhver arbejdstager, der føler sig udsat for forskelsbehandling, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser (artikel 2).

For at *sikre* gennemførelsen af dette princip skal medlemsstaterne ifølge artikel 6 træffe de i overensstemmelse med deres »nationale forhold« og deres »retssystemer« nødvendige foranstaltninger. I denne forbindelse udtalte Domstolen i dommen af 30. januar 1985, sag 143/83, Kommissionen mod Danmark, at »det må fastslås, at medlemsstaterne som udgangspunkt kan overlade gennemførelsen af ligelønsprincippet til arbejdsmarkedets parter. Denne mulighed fritager imidlertid ikke medlemsstaterne for forpligtelsen til... ved lov fastsatte bestemmelser at sikre, at alle fællesskabets arbejdstagere i fuld udstrækning kan nyde godt af direktivets beskyttelse. *En sådan sikring skal ydes i ethvert tilfælde, hvor en effektiv beskyttelse ikke er sikret på anden måde* ...«.

Hvis det er disse forpligtelser, som pålægges medlemsstaterne i henhold til direktiv 76/207, og hvis der består de nævnte grænser for staternes valg af midler for at gennemføre lige løn til mænd og kvinder, kan den tyske grundlovs artikel 3 (»ingen må stilles ringere eller bedre på grund af køn«), antages i sig selv at sikre en *effektiv ligeløn* samt den *sikre og klare* retsstilling, som direktivet tilsigter?

Efter min mening skal begge de to rejste spørgsmål besvares benægtende.

3. Det skal for det første bemærkes, at Domstolen i modsætning til, hvad forbundsregeringen har hævdet, aldrig — end ikke stiltiende — har anerkendt, at et forfatningsretligt princip om direkte anvendelse kan anses for en tilstrækkelig foranstaltning til omsætning af et direktiv til national ret. I dommen af 26. oktober 1983 i sag 163/82, Kommissionen mod Italien (Sml. 1983, s. 3273) gengav Domstolen nemlig blot den italienske regerings forklaring, idet den bemærkede, at Kommissionen ikke var i stand til at tilbagevise den. Den italienske regering forklarede i øvrigt ved samme lejlighed, hvorledes artikel 24 i den italienske grundlov finder anvendelse (»enhver kan for Domstolen påberåbe sig sine lovmæssige rettigheder og interesser«); regeringen anførte yderligere, »at foreligger der en materielretlig regel til beskyttelse af en individuel interesse, er dette [principielt] i sig selv tilstrækkeligt til, at denne interesse er sikret retlig beskyttelse«, idet beskyttelsen på generel og absolut måde følger af en trinhøjere bestemmelse. Grundlovens artikel 24 blev således påberåbt som en enkel *trinhøjere retsnorm* i et system, som i forvejen er rigt på præcise materielle og processuelle bestemmelser (herunder navnlig dem som regeringen i første omgang anførte).

Den tyske regerings opfattelse bygger derimod på en diametralt modsat påstand. Forbundsregeringen har nemlig anført, at den tyske grundlovs artikler 3, 12 og 33 ikke blot i sig selv er tilstrækkelige til at sikre gennemførelse af ligebehandlingsprincippet, men at de direkte er til hinder for, at

der udstedes almindelige retsregler til gennemførelse heraf. Sagt med andre ord må disse artikler ***nødvendigvis*** anses for de eneste bestemmelser, hvorved de omhandlede direktiver kan gennemføres. Men — og det er dét, der er spørgsmålet — kan de ligeledes sikre, at direktiverne gennemføres *in concreto*? Der kan ikke rejses tvivl om, at det ***kan*** være tilfældet. Rent faktisk udelukker hverken traktaten eller den heraf afledte ret udtrykkeligt muligheden for at gennemføre et direktiv ved forfatningsretlige normer. Det er imidlertid klart, at sidstnævnte skal opfylde de krav og betingelser, som stilles i fællesskabsretsakten med de virkninger, den retssikkerhed og den klarhed, som kendetegner de almindelige retsregler, som udstedes *ad hoc*. Det er netop her, problemerne opstår.

Jeg skal først bemærke, at de omtvistede bestemmelser — først og fremmest artikel 3 — er bindende for lovgivningsmagten, domstolene og forvaltning som umiddelbart gældende ret. Derimod tillægger bestemmelserne ikke private, navnlig arbejdstagere og andre borgere, som søger en stilling, subjektive rettigheder, som kan påberåbes for domstolene. Som anerkendt af forbundsregeringen er de her »kun udtryk for almindelige værdinormer«, hvorfor Bundestag har fundet det nødvendigt at gennemføre direktiv 76/207 ved at indføre ovennævnte bestemmelser i Bürgerliches Gesetzbuch. Regeringen har derimod anført, at det ikke var nødvendigt med tilsvarende indgreb, for så vidt angår adgangen til den offentlige sektor. Da forvaltningen nemlig er direkte bundet af de forfatningsretlige bestemmelser, er det i artikel 3 fastsatte lighedsprincip tilstrækkeligt til at sikre, at en ansøger ikke udsættes for forskelsbehandling på grund af køn.

Her er så den første grund til, at der opstår usikkerhed, idet en og samme retsnorm har forskellige virkninger *på samme plan*, for så vidt dens virkning afhænger af den konkrete situation. Hvis vi her anvender en skala fra 0 til 10, vil artikel 3's beskyttelsesvirkning for den, som agter at indgå en arbejdskontrakt, svare til 0 eller, hvis der tages hensyn til, at bestemmelsen er udtryk for en »almindelig værdinorm«, højst 1; hvis der derimod er tale om en ansøger til en stilling i det offentliges tjeneste, kan beskyttelsesvirkningen sættes til 10 (men som vi skal se, forholder det sig helt anderledes).

Denne omstændighed er allerede tilstrækkelig foruroligende. Den bliver endnu mere foruroligende, når henses til, at kun en del af tjenestemændene i den offentlige sektor, som nævnt under den mundtlige forhandling, ansættes på grundlag af en retsakt, hvoraf fremgår, at der er tale om et offentligretligt tjenesteforhold. For de øvrige ansatte indgås en almindelig arbejdskontrakt, og således er de beskyttet efter de nye bestemmelser i BGB. I ovennævnte dom af 30. januar 1985 udtalte Domstolen, at »hensynet til retssikkerheden og retsbeskyttelsen kræver ... en utvetydig formulering, der sætter de berørte personer i stand til på tilstrækkelig klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser.« Ifølge den værdiskala, som jeg har henvist til, kan det således fastslås, at artikel 3 ikke opfylder disse strenge krav om klarhed for så vidt angår de to muligheder for ansættelse i den offentlige sektor. Der er snarere tale om en utilstrækkelig og tvetydig regel, i det mindste for så vidt angår dens mulighed for objektivt at sikre lige adgang til ansættelse i den offentlige sektor.

At artikel 3, som hævdet af forbundsregeringen, kan anses for et konkret eksempel på »forud eksisterende overensstemmelse« *er ifølge bestemmelsens natur* (eller om man vil

dens rang eller dens funktion) ikke fuldstændig udelukket, men i hvert fald højst usandsynligt. Jeg skal tillade mig at uddybe denne opfattelse, som jeg mener er af stor teoretisk og praktisk interesse.

Rådet har i direktiv 75/117 begrænset sig til at gennemføre en »tilnærmelse« af de nationale retsregler om lige løn, fordi det tog hensyn til den omstændighed, at princippet allerede eksisterede i de enkelte medlemsstaters retsorden, om end under forskellige former og med forskellige virkninger; det er således forståeligt, at enkelte stater, som fandt, at deres lovgivning var på højde med den fællesskabsretlige model, antog, at de var fritaget for forpligtelsen til at omsætte direktivet. Det forholder sig helt anderledes med direktiv 76/207. Direktivet vedrører *umiddelbart* gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder uden hensyn til eventuelle nationale retsregler, hvori princippet er fastlagt. Yderligere kræves det ifølge direktivet, at ikke blot regler, som er i strid med princippet, men også regler, som er tvetydige og forældede, ophæves. Med andre ord er det helt klart, at den sidste af de to retsakter er den mest indgribende og den mest vidtgående, hvilket efter min mening forklarer, hvorfor de fleste medlemsstater har omsat direktivet til *specifikke* bestemmelser.

Det skal tilføjes, at adskillige medlemsstater har bragt deres retsorden i overensstemmelse med den fællesskabsretlige model, for så vidt angår alle former for beskæftigelse, herunder ansættelse i det offentlige, skønt der i visse stater allerede fandtes omfattende bestemmelser på dette område. I Frankrig er der eksempelvis udstedt to love i henholdsvis 1982 (vedrørende alene den offentlige sektor) og 1983. Nederlandene, Belgien, Danmark og Grækenland har gjort noget lignende. Italien er imidlertid det væsentligste eksempel. I Italien fandtes der for den offentlige sektor forfatningsretlige regler, som var endnu klarere end de tyske (artikel 51: »enhver har, uanset køn, adgang til stillinger i den offentlige sektor ... på lige vilkår« [2] samt specifikke gennemførelsesbestemmelser (artikel 1 i lov nr. 66 af 9. februar 1963: »kvinder har uden begrænsning med hensyn til funktion og karriere adgang til alle offentlige embeder, erhverv og stillinger« [2] de i fællesskabsbestemmelserne fastsatte krav om klarhed og sikkerhed er dog opfyldt, og, som fastslået af Domstolen, har Italien gennemført princippet om lige løn, således at enhver forskelsbehandling mellem italienske statsborgere, såvidt menneskeligt muligt, er udelukket.

Hermed vil jeg dog absolut ikke påstå, at Forbundsrepublikken var forpligtet til at lovgive på dette område udelukkende, fordi andre medlemsstater gjorde det. Jeg skal derimod fremhæve et andet punkt. Den i direktivet udtrykte manglende interesse for allerede eksisterende nationale regler i samme retning, dets usmidige indhold, den usædvanlige skarpe formulering og den omstændighed, at et stort antal medlemsstater følte sig forpligtet til at omsætte direktivet til national ret, viser, at hovedformålet med direktivet kan udtrykkes som følger: *udelukke ethvert skøn* (som udtrykt af Domstolen: enhver usikkerhed og uklarhed) ved gennemførelsen af det princip, hvorefter det er forbudt at behandle mandlige og kvindelige arbejdstagere forskelligt. Man kan imidlertid dårligt forestille sig en bestemmelse, der er mindre egnet til at sikre et sådant resultat, end en forfatningsnorm.

2 — O.a.: Domstolens oversættelse.

Jeg skal her gennemgå den tyske grundlovs artikel 3. Vi ved alle, hvilken virkning den bør tillægges; men det er klart, at den hovedsagelig retter sig til lovgiveren, og at hovedformålet er at forebygge og ophæve enhver ved lov indført forskelsbehandling. Hvad sker der med den forskelsbehandling, som følger af faktiske omstændigheder, og som i alt fald ikke skyldes en almindelig retsregel? Den, der udsættes for forskelsbehandling, kan naturligvis ikke ved søgsmål med påstand om, at forskelsbehandlingen er forfatningsstridig, opnå, at der afsiges en dom, der gælder *erga omnes*, og som kan påberåbes af enhver i en tilsvarende situation. Forskelsbehandlingen kan kun, såfremt det er muligt, ophæves af den enkelte almindelige domstol, og der er således tale om en enkeltstående afgørelse, som fuldt ud træffes på grundlag af et skøn.

Forbundsregeringens opfattelse (hvorefter der kan være tale om »forud eksisterende overensstemmelse«, selv om der kun foreligger forfatningsnormer) er i virkeligheden yderst usikker. Det er i øvrigt mit indtryk, at den ikke svarer til nogen reel teoretisk overbevisning, men at den kun er en form for påskud, en slags *deus ex machina*, som sagsøgte som et fremskudt forsvar har sat ind mod sagsøgerens angreb. Jeg skal nu undersøge, om den sagsøgte regerings øvrige argumenter mod Kommissionens angreb er mere holdbar.

4. Forbundsrepublikken skulle som allerede nævnt have begået det første traktatbrud ved ikke at have omsat direktiv 76/207 til national ret, for så vidt angår arbejdsforholdet i den offentlige sektor. Kommissionen har anført, at BGB's nye § 611 a udelukkende finder anvendelse på private arbejdsforhold; der findes således ikke specifikke regler, som effektivt sikrer lige adgang for mænd og kvinder til ansættelse i det offentliges tjeneste. Heroverfor har forbundsregeringen først anført, at direktivet ikke finder anvendelse på den offentlige sektor, jfr. begrænsningen efter traktatens artikel 48, stk. 4. Men dette modargument, som i øvrigt kun sporadisk har været fremført under sagen, er helt klart af chikanøs art. Det er således unødvendigt at opholde sig ved det.

Jeg skal herefter gå over til realiteten. Efter at have uddybet »forfatnings«-teorien, som jeg netop har anfægtet, har forbundsregeringen berøvet den en væsentlig del af virkningen ved at anføre, at der *ligeledes og navnlig* findes to klare retsregler inden for almindelig ret, som forbyder forskelsbehandling ved ansættelse i det offentliges tjeneste. Således bestemmer § 7 i Beamtenrechtsrahmengesetz af 1. juli 1957, at »ansættelser skal ske på grundlag af egnethed, kvalifikationer og faglige kundskaber uden hensyn til køn« [2] mens § 8 i Bundesbeamtengesetz af 14. juli 1953 bestemmer, at »ledige stillinger skal besættes ved stillingsopslag. Ansættelse sker på grundlag af egnethed, kvalifikationer og faglige kundskaber uden hensyn til køn« [2] For at beskytte den ansøger eller tjenestemand, som udsættes for forskelsbehandling, findes der yderligere adskillige klagemuligheder, som kan udløse passende, afskrækkende sanktioner.

Sagsøgeren har ikke bestridt disse forhold, men har dog afvist, at ovennævnte regler er tilstrækkelig effektive. Herved er der opstået en polemik, som har skabt forvirring under hele sagen, idet Kommissionen eksempelvis har hævdet, at kriteriet »egnethed« tilsyneladende er effektivt, men at det ved en gennemgang af de faktiske forhold viser

2 — O.a.: Domstolens oversættelse.

sig utilstrækkeligt, eller at det endog kan have den modsatte virkning af den tilsigtede; heroverfor har forbundsregeringen anført, at der ikke er ført bevis for denne kritik. Jeg har ikke selv nye argumenter, jeg kan lægge i vægtskålen til fordel for et af de fremførte synspunkter. Jeg finder det imidlertid hensigtsmæssigt — hvor meget eller lidt det end kan bidrage til en løsning — at gøre opmærksom på det svar, som forbundsregeringens indenrigsminister for ca. 3 måneder siden gav på et spørgsmål fra en række parlamentsmedlemmer vedrørende kvinders stilling i den offentlige sektor: »Forbundsregeringen vil holde sig løbende orienteret om kvinders ansættelsesmuligheder i det offentliges tjeneste og antallet af de stillinger de beklæder. Hvis den nuværende positive tendens ikke ophører, må der træffes beslutning om, hvilke yderligere foranstaltninger der skal træffes, for at den gennemførte retlige ligestilling af mænd og kvinder i det offentliges tjeneste *også sikres fuldt ud i de konkrete tilfælde* [2] (Deutscher Bundestag, 10. valgperiode, dokument 10/2461, 26. november 1984).

Det tyske anbringende, som, for så vidt angår effektiviteten, vanskeligt kan tilbagevises på grund af utilstrækkeligt grundlag, har dog et svagt punkt på retsbeskyttelsens mindre gyngende grund; man kan undre sig over, at Kommissionen ikke har opdaget det. Jeg henviser her til den overensstemmelse, som ifølge forbundsregeringen består mellem de regler, som jeg netop har citeret, og BGB's nye § 611 a. Regeringen har anført, at det rent faktisk var nødvendigt at yde private arbejdstagere særlig retsbeskyttelse, hvilket derimod ikke gjaldt de tjenestemænd, som i medfør af grundloven og de i 50'erne udstedte bestemmelser allerede nød godt af en lige så effektiv — eller bedre — beskyttelse.

Men den påståede overensstemmelse består ikke. Som allerede nævnt bestemmer § 611 a, at« hvis arbejdstageren i tilfælde af en tvist kan påvise omstændigheder, som indicerer, at der øves forskelsbehandling, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at forskelsbehandlingen er begrundet i saglige hensyn, som ikke støttes på køn, eller at kønnet er en afgørende forudsætning for den virksomhed, der skal udøves. Denne beføjelse til at handle på grundlag af en simpel *formodning* og den heraf følgende omvendte bevisbyrde er ikke hjemlet for ansøgere til en stilling i det offentliges tjeneste. Til prøvelse af den administrative procedures lovlighed råder han ganske vist over en række retsmidler, men under alle omstændigheder skal han for retten føre bevis for, at en almindelig retsregel eller eventuelt grundloven rent faktisk er overtrådt. Det skal tilføjes, at tjenestemænd i Tyskland ikke ansættes på grundlag af en udvælgelsesprøve, idet administrationen normalt kan besætte den ledige stilling ud fra et frit skøn. Selv om det antages, at ansøgereren konstaterer, at han er udsat for forskelsbehandling, er det alt andet end let at løfte bevisbyrden.

Tjenestemanden står således i processuel henseende langt svagere end lønmodtageren i en privat virksomhed eller den arbejdstager, som er kontraktansat i det offentlige. Dels i sine indlæg dels i besvarelsen af Domstolens spørgsmål har forbundsregeringen anvendt ca. 10 sider på at forklare, hvilke retsmidler, en tjenestemand råder over, og hvilken sanktion en administration kan pålægges i tilfælde af forskelsbehandling; derimod har forbundsregeringen ikke udtalt sig om parternes rettigheder og pligter under de enkelte sager. Jeg tror ikke, at denne tavshed er tilfældig, da den opfat-

2 — O.a.: Domstolens oversættelse.

telse, hvorefter Forbundsrepublikken er fritaget for at lovgive i overensstemmelse med direktivet, netop støder på princippet om retsbeskyttelse i form af søgsmålsret.

5. Der kan fremføres tilsvarende *væsentlige* betragtninger vedrørende Kommissionens andet klagepunkt over for Forbundsrepublikken, nemlig at denne ikke har omsat direktiv 75/117 om lige løn til mænd og kvinder til national ret, for så vidt angår ansættelse i det offentliges tjeneste. Også her støttes forbundsregeringens hovedargument på den umiddelbare og bindende virkning af grundlovens artikel 3. Hertil føjes endnu et argument, nemlig at det forhold, at tjenestemændenes løn gradueres efter de opgaver, der skal udføres, og at lønklassen i sig selv hindrer enhver form for forskelsbehandling.

I virkeligheden siges der i artikel 3 intet om »lige løn ... for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi« (jfr. direktivets artikel 1 og BGB's § 612, stk. 3). Det samme gælder de gældende bestemmelser for aflønning, som udelukkende fastlægger regler for lønnens beregning og størrelse og ikke indeholder noget forbud mod differentiering på grund af køn. Der findes således ikke i tysk ret en klar almindelig forpligtelse til ikke at øve forskelsbehandling ved aflønning af mandlige og kvindelige arbejdstagere.

6. Det tredje klagepunkt vedrører den omstændighed, at direktiv 76/207 ikke er omsat til national ret, for så vidt angår selvstændige erhvervsdrivende. Forbundsregeringen har afvist klagepunktet under påberåbelse af grundlovens artikel 12, som sikrer, at »alle tyske statsborgere har ret til frit at vælge erhverv«, og som sammenholdt med artikel 3 således udelukker enhver mulighed for forskelsbehandling på grund af køn. Forbundsregeringen har tilføjet, at, såfremt adgang til at udøve et liberalt erhverv er undergivet en administrativ tilladelse, kan retten pålægge administrationen at give den borger, som er udsat for forskelsbehandling, tilladelse til at udøve den pågældende virksomhed (Verwaltungsgerichtsordnungs § 42).

Det bemærkes, at artikel 12 ikke indeholder noget forbud mod forskelsbehandling på grund af køn. Bestemmelsen kan således endnu mindre end artikel 3 i sig selv tilstrækkelig klart og tilstrækkelig sikkert garantere gennemførelse af den ligebehandling, som Rådet tilsigter med direktivet; dette kan naturligvis heller ikke opnås ved at »sammenholde« artiklen med straffebestemmelserne vedrørende lighedsprincippet. Med hensyn til den nævnte retsbeskyttelse mener jeg ikke, at den — om ikke for andet så fordi retten ikke er forpligtet til at gennemføre den — har en sådan rækkevidde, at den kan rokke ved administrationens privilegerede stilling. Også på dette område mangler tysk ret således en regel, som i tilstrækkelig grad tilgodeser fællesskabslovgivningens formål.

7. Det fjerde klagepunkt vedrører artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207. Ifølge denne bestemmelse skal medlemsstaterne nøjagtigt angive hvilke former for erhvervsudøvelse, som ikke skal være undergivet ligebehandlingsprincippet, og ifølge Kommissionen har staterne i det store og hele efterkommet opfordringen ved at opstille lister over disse former for erhvervsudøvelse, om end de ikke altid er fyldestgørende. Det gælder imidlertid ikke Tyskland, og Kommissionen er derfor ikke i stand til ifølge artikel 9, stk. 2, at kontrollere, om fællesskabsreglerne er overholdt.

Forbundsregeringen har bestridt, at der ifølge direktivet består en forpligtelse til at underrette Kommissionen om de former for erhvervsudøvelse, som ikke er omfattet af ligebehandlingsprincippet. Det kræves derimod, at kønnet rent faktisk er en betingelse *sine qua non* for at kunne udøve disse erhverv. Og hvis det er tilfældet, opfylder BGB's § 611 a, hvorefter »Forskelsbehandling på grund af køn er dog mulig, for så vidt en aftale eller en ensidig handling vedrører arten af den virksomhed, der skal udøves, og kønnet er en afgørende forudsætning herfor«, fuldt ud de fællesskabsretlige krav. Den omstændighed, at visse stater har opstillet lister, beviser intet, da de nationale organer frit kan vælge midler til gennemførelse af direktivet. At der periodisk føres kontrol med de fritagne former for erhvervsudøvelse, betyder endelig ikke nødvendigvis, at der skal foreligge en konkret liste. Kontrollen kan nemt udøves ved at gennemgå de love, hvorefter der i de enkelte tilfælde hjemles fritagelse for ligebehandlingsprincippet.

Denne opfattelse kan ikke lægges til grund. Artikel 2, stk. 2, bestemmer: »Dette direktiv *er ikke til hinder for* (på tysk: 'steht nicht entgegen'), at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelade sådanne former for erhvervsudøvelse ... for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.« Det fremgår klart heraf, at formålet ikke er at bemyndige medlemsstaterne til at tillade forskelsbehandling hver gang, det er nødvendigt, fordi en sådan kompetence allerede følger af *forholdets natur*, og kompetencen meddeles ikke, men »forudsættes« i direktivet; kompetencen har til formål at undgå, at forbudet mod forskelsbehandling *hindrer eller umuliggør* udøvelsen af visse former for erhverv, dog kun sådanne, hvor kønnet er en afgørende betingelse. Ud fra dette synspunkt er en nøjagtig angivelse af de former for virksomhed, som ikke er omfattet, ikke blot nyttig, men nødvendig for at forhindre, at forbudet mod forskelsbehandling omgås ved en mulighed for fravigelse, som ikke kan kontrolleres. Kun herved giver det i øvrigt mening, at de nævnte former for erhvervsudøvelse ifølge artikel 9, stk. 2, skal undersøges regelmæssigt.

Det er i virkeligheden overflødigt, at BGB's § 611 a bestemmer, at forskelsbehandling er lovlig, når kønnet er en »afgørende forudsætning« for den virksomhed, der skal udøves, idet bestemmelsen næsten *ordret* bekræfter statens kompetence til at begrænse direktivets anvendelsesområde. Derimod fastsætter bestemmelsen ikke, som den burde, de former for erhvervsudøvelse, for hvilke Forbundsrepublikken agter at udnytte denne kompetence. Det skal endelig tilføjes, at i modsætning til, hvad forbundsregeringen hævder, kan reglen i artikel 2, stk. 2, ikke anses for et såkaldt »variabelt« element i henhold til direktiv 76/207 (i forhold til hvilket staterne råder over et vist spillerum). Bestemmelsen udgør et væsentligt aspekt af det konstante element, der som bekendt binder den nationale lovgiver uden andre muligheder. De medlemsstater, som har opstillet de omtalte lister, har netop forstået bestemmelsen således.

8. Det femte tilfælde af traktatbrud består ifølge Kommissionen i, at Tyskland ikke fuldt ud har omsat direktiv 76/207 til national ret, for så vidt angår stillingsopslag. Kommissionen har anført, at i henhold til artikel 3 (»anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsvilkår ... til stillinger og funktioner«) omfattes nationale regler om stillingsopslag af begrebet »adgangsvilkår« og er derfor undergivet fællesskabsreglerne. Heraf følger, at medlemsstaterne er forpligtet til også på dette niveau at forbyde enhver form for forskelsbehandling. Ved at bestemme, at »arbejdsgiveren kan hverken offentligt eller inden for virksomheden ved stillingsopslag angive, at der udelukkende ansættes mænd eller kvinder« (BGB's § 611) har Forbundsrepublikken udstedt en bestemmelse, som ikke er bindende, og som derfor ikke kan opfylde de af fællesskabslovgiveren stillede krav.

Den sagsøgte regering har tilbagevist dette klagepunkt, idet den har anført, at stillingsopslaget går forud for ansættelsesproceduren, og at det således ikke er omfattet af begrebet »adgangsvilkår« og derfor heller ikke af direktivet. Selv om det modsatte antages at være tilfældet, kan det ikke hævdes, at § 611b er i strid med direktivets mål. Selv om reglen ikke er bindende, pålægges der herved arbejdsgiveren en »retlig forpligtelse«, hvis tilsidesættelse kan sanktioneres med straf inden for rammerne af den i § 611a fastlagte procedure.

Heller ikke dette synspunkt kan jeg tilslutte mig. Det forekommer mig ulogisk at hævde, at stillingsopslaget ikke indgår som et led i ansættelsesproceduren, idet det tværtimod må anses for udgangspunktet herfor, eller, om man vil, den handling, som starter proceduren. Under alle omstændigheder har Bundestag selv — der er her tale om et til sagen skræddersyet argument, som dog har betydelig vægt — ved at gøre stillingsopslaget til genstand for en særbestemmelse inden for rammerne af loven af 30. august 1980 vist, at den i det mindste anser det for stærkt knyttet til reglerne om lige adgang til stillinger.

Sagsøgtes andet argument er ganske vist mere seriøst, men det må ligeledes tilbagevises. Forbundsregeringen har nemlig ikke tilstrækkelig klart godtgjort, at tvister vedrørende stillingsopslags neutralitet ligeledes er omfattet af begrebet tvist, jfr. § 611 a (dvs. vedrørende forskelsbehandling på grund af køn). Efter min opfattelse sikrer bestemmelsen ganske vist retsbeskyttelse i tilfælde af ikke-kønsneutrale stillingsopslag, men i betragtning af, at regeringen ligeledes stædigt har forsvaret sin første opfattelse — stillingsopslaget er ikke omfattet af reglerne om adgangsvilkår — kan man få den mistanke, at muligheden for at anlægge sag, jfr. § 611 a, i det mindste er stærkt omtvistet såvel i teorien som af Domstolene (jeg kan her henvise til K. Molitor, Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, i: Recht der Arbeit 1984, nr. 1, s. 16). Det skal under alle omstændigheder medgives, at det er muligt at anlægge sag, men det ændrer intet ved det forhold, at, som anerkendt af sagsøgte selv, har et søgsmål efter BGB's § 611 a ikke til formål at fastslå tilsidesættelsen af en bindende forpligtelse. I betragtning af, at visse former for erhvervsudøvelse, hvor kønnet ikke er en afgørende forudsætning, ikke er omfattet

af hovedreglen, er det, hvis disse tilfælde ikke klart defineres, imidlertid let for arbejdsgiveren for retten at begrunde eventuel forskelsbehandling i henhold til sit stillingsopslag.

Når dette er sagt, er jeg overbevist om, at problemet vedrørende stillingsopslag kan løses i lyset af det kriterium, hvorefter direktivets virkninger skal vurderes under ét, nemlig ved at henvise til fællesskabsreglernes hovedformål. Som allerede anført (punkt 3 ovenfor) er hovedformålet at forhindre, at ligelønsprincippet gennemføres ved udøvelse af et skøn; ifølge § 611 b har arbejdsgiveren store skønsbeføjelser, for så vidt angår stillingsopslag, og bestemmelsen er allerede af den grund i strid med direktiv 76/207.

9. Jeg skal til afslutning fremføre endnu et synspunkt. Som allerede nævnt er formålet med søgsmålet at sikre alle berettigede og navnlig alle borgere, som søger beskæftigelse, den retssikkerhed og den klarhed, som er nødvendigt for at sikre, at fællesskabsreglerne om lige løn og lige adgang til arbejde strengt overholdes. Kommissionen har søgt at påvise, at to betydelige sektorer i Forbundsrepublikken — den offentlige sektor og de liberale erhverv — ikke omfattes af den af Rådet foreskrevne retsbeskyttelse. Det har forbundsregeringen bestridt hovedsagelig under henvisning til de retsnormer, som står øverst i den retlige trinfølge, og som i kraft heraf udøver en væsentlig indflydelse på lovgiver, domstole og administration. Jeg har allerede fremsat min mening om denne opfattelse; jeg skal herefter tillade mig at gøre opmærksom på, hvilke følger denne opfattelse kan få, hvis den lægges til grund.

Hvis for det første Domstolen måtte fastslå, at en stats primære retskilder i sig selv kan opfylde fællesskabslovgivningens krav, må disse kilder — som i den nationale retsorden sikrer, at de trinlavere retsregler er i overensstemmelse med forfatningen — i sig selv anses for at have lovskraft i fællesskabsretlig forstand, hvilket så nødvendigvis må gælde samtlige de til gennemførelse af de primære retsnormer udstedte nationale bestemmelser, som derfor samtidig kan anses for udstedt til gennemførelse af et direktiv.

For det andet ville den tyske, italienske og, i morgen, den spanske og portugisiske domstol, over for hvilken der nedlægges påstand om, at en national regel ikke kan anvendes, fordi den er uforenelig med et direktiv, ikke længere følge sig foranlediget til at forelægge Domstolen en anmodning om en præjudiciel fortolkningsafgørelse. Det er tilstrækkeligt at anvende de nationale kriterier, som gælder for anvendelse af de primære retsnormer, eller, såfremt sådanne ikke findes, forelægge problemet for den nationale forfatningsdomstol. Er et sådant resultat i overensstemmelse med de principper, som Domstolen i en årrække har fastslået i en række domme vedrørende forholdet mellem fællesskabsret og national ret? Det er op til Domstolen selv at besvare dette spørgsmål.

10. Herefter skal jeg foreslå Domstolen, at det statueres, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til traktatens artikel 189, idet den ikke har truffet de nødvendige foranstaltninger til gennemfø-

relse af direktiv 76/207 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse samt af direktiv 75/117 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder.

Da forbundsregeringen således har tabt sagen, bør den tilpligtes at betale sagens omkostninger.