CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 26 oktober 1999 *

I — De prejudiciële vraag

1. De onderhavige zaak gaat over het in het nationale recht van een lidstaat neergelegde verbod om vrouwen in de krijgsmacht bij andere onderdelen aan te stellen dan de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen. De prejudiciële vraag van het Verwaltungsgericht Hannover (Duitsland) betreft de uitlegging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (hierna: „richtlijn"). [1] Om precies te zijn, vraagt de verwijzende rechter het Hof:

„Wordt richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 — in het bijzonder artikel 2, lid 2, daarvan — geschonden door § 1, lid 2, derde volzin, Soldatengesetz in de versie van 15 december 1995 (*BGBl.* I, blz. 1737), laatstelijk gewijzigd bij wet van 4 december 1997 (*BGBl.* I, blz. 2846), en § 3a Soldatenlaufbahnverordnung in de op 28 januari 1998 gepubliceerde versie (*BGBl.* I, blz. 326), volgens welke vrouwen die vrijwillig dienst hebben genomen, enkel bij de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen kunnen worden aangesteld en steeds van de gewapende dienst zijn uitgesloten?"

II — De relevante gemeenschapsrechtelijke bepalingen

2. De richtlijn beoogt volgens artikel 1, lid 1, „de tenuitvoerlegging in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces (...). Dit beginsel wordt hierna ‚beginsel van gelijke behandeling' genoemd."

Artikel 2 van de richtlijn bepaalt:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB L 39, blz. 40.

is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.

2. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

(...)"

Ingevolge artikel 3, lid 1, van de richtlijn houdt „de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling (...) in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak, en tot alle niveaus van de beroepshiërarchie".

Op grond van artikel 9, lid 2, van de richtlijn „onderzoeken de lidstaten op gezette tijden de in artikel 2, lid 2, bedoelde beroepsactiviteiten om na te gaan of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de desbetreffende uitzonderingen te handhaven. Zij stellen de Commissie in kennis van het resultaat van hun onderzoek."

III — De betrokken bepalingen van nationaal recht

3. Op grond van § 1, lid 2, van het Soldatengesetz (hierna: „SG") „kan als beroepsmilitair worden aangesteld, degene die zich vrijwillig verbindt om voor het leven bij de krijgsmacht te dienen. Als tijdelijk soldaat kan worden aangesteld, degene die zich vrijwillig verbindt voor bepaalde tijd bij de krijgsmacht te dienen. In een militair dienstverband als bedoeld in de eerste twee volzinnen kunnen ook vrouwen worden aangesteld voor taken bij *de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen.*" [2]

Volgens § 3a van de Soldatenlaufbahnverordnung (hierna: „SLV") kunnen vrouwen enkel op grond van vrijwillig aangegane verbintenissen worden aangesteld en enkel

2 — Cursivering van mij.

bij *de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen.* [3]

4. De Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die evenals Kreil, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Italiaanse regering in deze zaak opmerkingen hebben gemaakt, verklaren, dat de rechtsgrondslag voor deze in de prejudiciële vraag genoemde bepalingen wordt gevormd door artikel 12a van het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (hierna: „GG" of „Grondwet"). Dit artikel bepaalt:

„1) Mannen kunnen vanaf hun achttiende jaar worden verplicht dienst te nemen in de krijgsmacht, de ‚Bundesgrenzschutz' (federale marechaussee) of een korps bescherming burgerbevolking.

(...)

4) Wanneer in geval van oorlog of oorlogsgevaar [4] niet op basis van vrijwilligheid kan worden voorzien in de behoefte aan civiele diensten in de civiele gezondheidszorg en de vaste militaire hospitaals, kunnen vrouwen vanaf 18 tot en met 55 jaar bij of krachtens de wet worden aangetrokken voor het verrichten van dergelijke diensten. *Zij mogen in geen geval gewapende dienst verrichten.*" [5]

De Duitse regering heeft hierbij aangetekend, dat artikel 12a, lid 4, tweede volzin, van de Duitse Grondwet (hierna: „artikel 12a GG") in 1968 is overgenomen van de uit 1956 daterende versie van artikel 12, lid 3, GG „met enige nieuwe zuiver taalkundige formuleringen".

5. Met een beroep op een uitspraak van het Bundesverwaltungsgericht en de Duitse doctrine preciseren de Duitse regering en de Commissie voorts, dat artikel 12a GG en de genoemde bepalingen van het SG en de SLV een lex specialis zijn ten opzichte van het algemene beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, dat

3 — Cursivering van mij.

4 — Ingevolge artikel 115a, lid 1, GG stelt de Bundestag — met instemming van de Bundesrat — vast, dat zich een „Verteidigungsfall" voordoet, wanneer het grondgebied van de Bondsrepubliek gewapenderhand wordt aangevallen of een dergelijke aanval direct dreigt.

5 — Cursivering van mij.

zowel in de Grondwet [6] als in de wetgeving betreffende de strijdkrachten [7] is verankerd.

IV — De feiten en het hoofdgeding

6. De Duitse regering merkt voorts op, dat het in de litigieuze bepalingen neergelegde verbod om vrouwen bij andere onderdelen dan de geneeskundige dienst of de militaire muziekkorpsen aan te stellen, weliswaar zonder uitzondering geldt („in geen geval", artikel 12a GG), maar dat binnen de in artikel 87b GG voorziene administratie van de Bundeswehr de facto tal van burgerfuncties (hoofdzakelijk van administratieve of ondersteunende aard) gelijkelijk voor mannen en vrouwen openstaan.

7. In 1996 meldde T. Kreil, die een opleiding elektronica heeft gevolgd met specialisatie installatietechniek, zich als vrijwilligster bij de Bundeswehr aan met de wens om te worden tewerkgesteld bij de onderhoudsdienst (wapenelektronica). Dit verzoek werd door het recruteringscentrum Noord en vervolgens, na verzet, door de

6 — De Grondwet verzekert de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het algemeen (artikel 3, leden 2 en 3, GG), met betrekking tot de toegang tot het beroep of de beroepskeuze (artikel 12, lid 1, GG) en met betrekking tot de toegang tot overheidsambten (artikel 33, lid 2, GG). In een, door de verwijzende rechter en de Duitse regering geciteerde, recente beschikking heeft het Bundesverwaltungsgericht vastgesteld, dat artikel 12a GG als lex specialis verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling en de vrije beroepskeuze die in voornoemde grondwetsbepalingen worden gegarandeerd [beschikking van 30 januari 1996 — 1WB 89/95 — *BVerwGE* 103, 301 en *NJW* 1996, 2173 (hierna: „Sanitätsdienst beschikking"; de Sanitätsdienst (geneeskundige dienst) is een van de onderdelen waarin vrouwen op grond van artikel 12a GG, § 1, lid 2, SG en § 3a SLV zijn toegelaten].
Hoewel deze beslissing in de Duitse litteratuur overwegend met instemming is ontvangen, worden in de tegenwoordige juridische discussie in Duitsland ook bedenkingen geuit tegen genoemde grondwetsbepaling, en in het bijzonder tegen de wijze waarop zij tot op heden wordt toegepast en uitgelegd. Volgens gezaghebbende schrijvers moet onderscheid worden gemaakt tussen dienstplicht en vrijwillige dienst en moet artikel 12a GG, zelfs als lex specialis, met betrekking tot vrijwillige dienst eng worden uitgelegd. In het bijzonder moet rekening worden gehouden met fundamentele beginselen als het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van beroepskeuze, waarvan enkel met grote terughoudendheid en in overeenstemming van de grondwettelijke orde in haar geheel kan worden afgeweken (zie H. D. Jarass en B. Pieroth, *Grundgesetz, Kommentar*, vierde druk, 1997, commentaar op artikel 12a GG, punt 3; J. Kokott, *Grundgesetz, Kommentar*, onder redactie van M. Sachs, tweede druk, 1999, commentaar op artikel 12a GG, punten 3, e.v.; U. Repkewitz, *Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?*, in *NJW* 1997, blz. 506; M. Sachs, *Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes*, *ZBR* 1994, blz. 133, op blz. 139; M. Zuleeg, *Frauen in die Bundeswehr*, Die Öffentliche Verwaltung 1997, blz. 1017).
Op grond van een systematische uitlegging van de Grondwet (die eng is omdat de uitsluiting van vrouwen uit de Bundeswehr een afwijking vormt op de in de artikelen 3, 12 en 33 GG vermelde beginselen) komen genoemde auteurs tot de conclusie, dat het verbod van artikel 12a GG enkel voor de dienstplicht geldt. Daar het gehele artikel 12a GG enkel betrekking heeft op de dienstplicht, kan de uitsluiting van vrouwen niet worden uitgebreid tot de vrijwillige dienst (zie in het bijzonder M. Zuleeg, t.a.p., blz. 1018).
Vervolgens wordt door sommigen nog opgemerkt, dat een enge uitlegging gerechtvaardigd is vanwege het feit, dat artikel 12a GG, anders dan de rechten die hierdoor worden beperkt (artikel 3, leden 2 en 3, artikel 12, lid 1, en artikel 33, lid 2, GG), *zelf geen grondrechten verzekert* (M. Zuleeg, t.a.p., blz. 1024). Scholz wijst er tenslotte op, dat artikel 12a GG kan worden gewijzigd daar het niet tot de grondwetsbepalingen behoort die onder de onveranderlijkheidsclausule van artikel 79, lid 3, GG vallen (Commentaar op artikel 12a GG van R. Scholz in *Grundgesetz, Kommentar*, onder redactie van T. Maunz, G. Dürig en G. Herzog, 1984, punt 208).

7 — Ingevolge § 3 SG en § 1 SLV worden soldaten benoemd en ingezet op grond van geschiktheid, opleiding en prestaties en mag daarbij in het bijzonder het geslacht geen rol spelen.

centrale personeelsdienst van de Bundeswehr afgewezen met de overweging, dat vrouwen volgens de wet geen gewapende dienst mogen verrichten. Kreil achtte zich gediscrimineerd op grond van haar geslacht en stelde bij het verwijzende gerecht beroep in tegen de afwijzing van haar sollicitatie.

V — Juridische analyse

1 — *De gewraakte discriminatie en de grondslag daarvoor*

8. Het Verwaltungsgericht Hannover vraagt het Hof, of de richtlijn in de weg staat aan een bijna volledig verbod voor de dienst van vrouwelijke vrijwilligers in de krijgsmacht van een lidstaat.

9. Volgens verzoekster in het hoofdgeding vormt de beperking die voor de recrutering van vrouwen in de Bundeswehr geldt, een flagrante schending van het verbod van iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht wat betreft de toegangsvoorwaarden tot de arbeid als bedoeld in artikel 3 van de richtlijn.[8] Kreil beklemtoont, dat het in het hoofdgeding niet gaat over de dienstplicht, maar over de beroepskeuze van vrouwen die vrijwillig in de Bundeswehr willen dienen.

10. Volgens Duitsland vinden de betrokken nationale bepalingen hun rechtvaardiging in artikel 2, leden 2 en 3, van de richtlijn, die voorzien in afwijkingen van het individuele recht op gelijke behandeling. Volgens de Commissie (die in haar standpunt in grote lijnen wordt gevolgd door de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Italiaanse regering) kan de betrokken nationale bepaling in beginsel reeds op artikel 2, lid 2, worden gerechtvaardigd, hetgeen uiteraard niet wegneemt, dat moet worden nagegaan of de uitzondering voor alle taken

8 — Het lijdt voor verzoekster in het hoofdgeding geen twijfel, dat de betrokken Duitse regeling aan de richtlijn kan worden getoetst, daar het Hof de richtlijn al eerder heeft uitgelegd en dus relevant heeft geacht in een geval waarin vergelijkbare bepalingen aan de orde waren als die van het SG en de SLV [arrest van 2 oktober 1997, Gerster, C-1/95, Jurispr. blz. I-5253, waarin het Hof overwoog, dat een bepaling uit de Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung over de berekening van de anciënniteit van de ambtenaren onder de richtlijn viel. Het Hof verwees daarbij uitdrukkelijk naar artikel 3, lid 1, van de richtlijn, dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht verbiedt „ongeacht de sector of de bedrijfstak" (punt 28)].

binnen de strijdkrachten gegrond is en of zij met het evenredigheidsbeginsel strookt. [9]

11. Geen van de partijen die in deze zaak opmerkingen hebben gemaakt, betwijfelt dat als gevolg van de gewraakte bepalingen vrouwen van de meeste functies binnen de Bundeswehr zijn uitgesloten en dat derhalve sprake is van een verschil in behandeling op grond van geslacht als bedoeld in de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van de richtlijn; dat wil zeggen een directe discriminatie, die andere discriminaties van indirecte aard met zich brengt als gevolg van het feit, dat de strijdkrachten overwegend uit mannen bestaan. [10] Zo hebben in bepaalde gevallen soldaten in reservedienst voorrang

9 — Ook voor de Commissie lijdt het geen twijfel, dat de richtlijn geldt voor de aanstelling bij de strijdkrachten. Zij verwijst in dit verband naar het arrest van 21 mei 1985, Commissie/Duitsland (248/83, Jurispr. blz. 1459, punt 16), waarin het Hof overwoog, dat de richtlijn ook voor publiekrechtelijke dienstverhoudingen gold. De *regering van het Verenigd Koninrkijk, de Duitse en de Italiaanse regering* laten daarentegen aan hun opmerkingen over de prejudiciële vraag de — in het bijzonder op artikel 224 EG-Verdrag (thans artikel 297 EG) steunende — opmerking voorafgaan, dat de richtlijn hier niet van toepassing is, omdat vragen betreffende defensie en de organisatie van de strijdkrachten niet onder het EG-Verdrag vallen. De verwijzende rechter heeft deze problematiek niet aangesneden en daarmee mijns inziens te kennen gegeven, dat de aanstelling bij de Bundeswehr zijns inziens onder de werking van de richtlijn valt. Wat hier ook van zij, op dit punt kan ik slechts verwijzen naar mijn conclusie van 18 mei 1999 in de zaak Sirdar (arrest van 26 oktober 1999, C-273/97, Jurispr. blz. I-7403) waar het ging om een beleid om vrouwen van een bepaald keurkorps van de Britse strijdkrachten uit te sluiten. In de zaak Sirdar heb ik mij, net als Kreil en de Commissie in deze zaak, op het standpunt gesteld, dat de toegang tot de werkzaamheden bij de strijdkrachten in het algemeen onder de werking van de richtlijn valt (punten 9-29).
Aan mijn opmerkingen in de zaak Sirdar moet ik echter, speciaal met het oog op de nationale regeling waar het in casu om gaat, enkele woorden toevoegen in verband met hetgeen de Duitse regering — subsidiair, voor het geval de richtlijn in casu van toepassing zou worden geacht — aanvoert ter verdediging van de litigieuze discriminatie.
De Duitse regering wijst namelijk enkel op het rechtspolitieke doel — teruggaand op een uit het smartelijke Duitse verleden voortvloeiende morele verplichting — te verzekeren dat *vrouwen* zo veel mogelijk *worden beschermd* tegen de gevaren waaraan soldaten in geval van oorlog blootstaan (zie punt 12 van de onderhavige conclusie). In andere zaken voor het Hof heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk haar standpunt, dat de discriminerende maatregelen waar het daar om ging, niet onder de richtlijn vielen, met heel andere argumenten verdedigd. Zo stelde zij, dat de maatregelen waren vastgesteld in het belang van de *openbare veiligheid* (voorkoming van een groter aantal aanslagen op de politie in een situatie van burgeroorlog; arrest van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 35) en om redenen van *defensie of externe veiligheid* (verzekering van de gevechtseffectiviteit van een keurkorps van de strijdkrachten; zie punt 4 van de conclusie in de zaak Sirdar); dit zijn dus redenen verband houdend met onderwerpen die onder de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten vallen. Noch in de zaak Johnston, noch in de zaak Sirdar achtte het Hof de richtlijn niet van toepassing.
A fortiori kan een maatregel waarvoor de bescherming van de vrouw de enige grondslag vormt, niet aan de werkingssfeer van de richtlijn ontsnappen op grond van hetzij artikel 224 EG-Verdrag, dat gaat over „werkelijk uitzonderlijke" maatregelen die noodzakelijk zijn voor de (*interne of externe*) *veiligheid*, of liever, het voortbestaan van een land zelf (zie punt 24 van mijn conclusie in de zaak Sirdar), hetzij overwegingen verband houdende met de autonomie van de lidstaten met betrekking tot de organisatie van hun strijdkrachten ter verbetering van de effectiviteit daarvan.

10 — De richtlijn verbiedt „iedere vorm van discriminatie (...) op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect (...)" (artikel 2, lid 1) tenzij er een rechtvaardigingsgrond is die onder een van de uitzonderingen kan worden gebracht waarin de richtlijn zelf voorziet; zie voor concrete toepassingen van de richtlijn op gevallen van indirecte discriminatie, bijvoorbeeld arrest Gerster (punten 19-34) en arrest van 2 oktober 1997, Kording (C-100/95, Jurispr. blz. I-5289, in het bijzonder punten 13 e.v.).

bij de toegang tot functies bij de overheid [11], en het is niet uitgesloten, dat zij in het burgerleven makkelijker werk vinden dankzij de technische beroepsopleiding die zij tijdens hun dienst bij de strijdkrachten konden volgen. [12] Voor de beantwoording van de prejudiciële vraag, die enkel betrekking heeft op de rechtstreekse discriminatie, moet worden onderzocht of de betrokken regeling onder een van de in artikel 2, leden 2 en 3, van de richtlijn bedoelde afwijkingen kan vallen. [13] Alvorens hiertoe over te gaan, moet ik ingaan op de beweegredenen die ten grondslag liggen aan de uitsluiting in artikel 12a GG, die de rechtsgrondslag vormt voor de bepalingen waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft.

12. Volgens Duitsland vinden de betrokken bepalingen, die zijn opgesteld om vrouwen van deelneming aan militaire acties uit te sluiten, hun verklaring in het streven te verzekeren, dat zij in *geen geval* als combattant aan vijandelijk vuur worden blootgesteld, hetgeen ook geldt voor vrouwen die als vrijwilliger dienst willen nemen. Duitsland verwijst in dit verband naar de voorbereidende werkzaamheden van de Bundestag voor de invoering van artikel 12, lid 3, GG in 1956 (zie hierboven, punt 4) waaruit blijkt, dat de uitsluiting van vrouwen het uitvloeisel is van een morele verplichting die in het treurige Duitse verleden wortelt. De Duitse regering beroept zich ook op de recente *Sanitätsdienst*-uitspraak (zie hierboven, voetnoot 6) waarin het Bundesverwaltungsgericht vaststelde, dat hieruit een verplichting tot een zo ruim mogelijke bescherming van vrouwen voortvloeit, waaraan slechts kan worden voldaan indien de regelingen betreffende de aanwerving en tewerkstelling van vrouwen in de Bundeswehr en de bepalingen van het humanitaire volkenrecht [14] nauw op elkaar worden afgestemd. Tot dit laatste recht behoren in het bijzon-

11 — Zie K. Bertelsmann en U. Rust, *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (uitgegeven door de Europese Commissie), Dordrecht-Luxemburg, 1995, blz. 53, punt 4.14.3, waar bij wijze van voorbeeld wordt vermeld, dat krachtens de §§ 9 en 10 van het Soldatenversorgungsgesetz personen die ten minste twaalf jaar bij de Bundeswehr hebben gediend, bij aanstelling in overheidsdienst, ook buiten de strijdkrachten, voorrang genieten. Dit heeft volgens de auteurs tot gevolg dat een zeker percentage van de beschikbare overheidsposten aan reservisten mag worden voorbehouden, zelfs als er andere kandidaten zijn die evengoed of beter gekwalificeerd zijn (t.a.p., blz. 54).
Bovendien belet artikel 12a GG, volgens sommigen, vrouwen de toegang tot enkele van de hoogste overheidsambten in het land, te weten die van Bondskanselier, Bondsminister van defensie en Staatssecretaris bij het Ministerie van Defensie. Dezen hebben het opperbevel over de strijdkrachten (zie voor het begrip „Vorgesetzter" en „Wachvorgesetzter" § 1, lid 4, SG), dat wil zeggen een taak die, als elke uitoefening van bevelsbevoegdheid, gewapende dienst (Dienst mit der Waffe) is (zie A. Poretschkin, *Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?*, *NZWehrR* 1993, blz. 232; U. Repkewitz, t.a.p., blz. 507; D. Walz, *Der „geschlechtsneutrale" Bundesminister der Verteidigung*, *NZWehrR* 1996, blz. 117). Op grond van artikel 65a GG heeft de Bondsminister van Defensie inderdaad het opperbevel over de strijdkrachten (dat hij aan zijn staatssecretaris kan delegeren of bij de uitoefening waarvan hij zich door de staatssecretaris kan laten vertegenwoordigen) en met de uitroeping van de „Verteidigungsfall" (zie hierboven, voetnoot 4) gaat die bevoegdheid op de Bondskanselier over. Ik behoef nauwelijks te vermelden, dat artikel 3, lid 1, van de richtlijn ook iedere discriminatie op grond van geslacht verbiedt betreffende de toegangsvoorwaarden „tot alle niveaus van de beroepshiërarchie".

12 — Daarom ging het bij Kreil kennelijk niet, want zij was al in het bezit van een diploma toen zij zich bij de Bundeswehr aanmeldde. Dit is echter een niet te verwaarlozen discriminatie; de moderne strijdkrachten gebruiken steeds meer gecompliceerd technisch materieel waarvoor bijzondere kennis is vereist die bij terugkeer uit het leger zeker veel waard is op de civiele arbeidsmarkt, waar de concurrentie tegenwoordig heel hevig is (men denke aan militaire piloten die na hun ontslag uit actieve dienst vanwege hun ervaring geen probleem hebben met het vinden van werk in de burgerluchtvaart).

13 — De afwijking van artikel 2, lid 4, van de richtlijn is hier niet relevant; deze luidt: „Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden."

14 — Ook bekend als de „wetgeving inzake de mensenrechten bij gewapende conflicten", zie N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco-Clarendon Press, Parijs/Oxford, 1987, blz. 3.

der het derde Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (hierna: „Verdrag van Genève") [15] en het eerste aanvullend protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 tot bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (hierna: „Protocol"). [16] Volgens het Bundesverwaltungsgericht — en de Duitse regering, die de redenering van die uitspraak geheel tot de hare maakt — zijn de betrokken discriminerende bepalingen geïnspireerd op artikel 51 van het Protocol, volgens hetwelk enkel de burgerbevolking algemene humanitaire bescherming geniet tegen de gevaren van militaire operaties. Dit betekent in het bijzonder, dat de burgerbevolking niet het doelwit van aanvallen mag zijn [17], dit in tegenstelling tot „combattanten" in de zin van artikel 43 van het Protocol, dat wil zeggen van personen die gewapenderhand aan de vijandelijkheden deelnemen. Bovendien kunnen enkel combattanten krijgsgevangen worden gemaakt, indien zij in handen van de vijand vallen. [18] De leden van de geneeskundige dienst en van de zielzorg van de strijdkrachten kunnen niet alleen niet krijgsgevangen worden gemaakt, maar moeten worden gerespecteerd en beschermd en mogen niet worden aangevallen. [19] Vandaar de toelating van vrouwen tot de geneeskundige troepen. Met betrekking tot de militaire muziekkorpsen heeft de Duitse regering uiteengezet, dat deze in geval van vijandelijkheden worden ontbonden en dat de leden ervan als verpleegkundigen of hulpverpleegkundigen voor geneeskundige taken worden ingezet (de musici van de militaire muziekkorpsen ontvangen hiervoor reeds in vredestijd een passende opleiding).

15 — *BGBl.* 1954 II, blz. 838. Naast het derde Verdrag van Genève zijn er het Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde (I) (*BGBl.* 1954 II, blz. 783) en het Verdrag van Genève van 12 augustus 1949 voor de verbetering van het lot van gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee (II) (*BGBl.* 1954 II, blz. 813). Tezamen staan de drie verdragen bekend als de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 tot bescherming van de slachtoffers van internationale gewapende conflicten.

16 — *BGBl.* 1990 II, blz. 1550.

17 — Artikelen 48 en 51, lid 2, van het Protocol.

18 — Artikel 4 van het Verdrag van Genève en artikel 44, lid 1, van het Protocol.

19 — Artikel 33 van het Verdrag van Genève en artikel 12, lid 1, van het Protocol.

2 — *Afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling: artikel 2, lid 3, van de richtlijn*

13. De Duitse regering stelt dat, gezien het doel dat de wetgever nastreefde, de bijna volledige uitsluiting van vrouwen uit de Bundeswehr onder de uitzondering valt van artikel 2, lid 3, van de richtlijn. Ik deel echter veeleer de opvatting van de Commissie, die berust op de uitspraak van het Hof in de zaak Johnston die de tewerkstelling van vrouwen betrof bij de gewapende onderdelen van de Britse politie in Noord-Ierland in de jaren tachtig, dus middenin de burger*oorlog*. In die zaak overwoog het Hof, dat „uit de uitdrukkelijke vermelding van zwangerschap en moederschap in de richtlijn blijkt, dat zij de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw alsook van de bijzondere relatie tussen moeder en kind wil verzekeren. [Artikel 2, lid 3,] van de richtlijn staat derhalve niet toe, dat vrouwen de toegang tot een bepaalde betrekking wordt ontzegd, op grond dat de publieke opinie verlangt dat vrouwen *meer* dan mannen *worden beschermd* tegen mannen en vrouwen *gelijkelijk* betreffende gevaren, die verschillen van de specifieke behoeften aan bescherming van de vrouw,

zoals de uitdrukkelijk genoemde." [20] Welnu, uit het procesdossier blijkt niet dat de gevaren waaraan vrouwen bloot zouden staan bij onderdelen van de Bundeswehr waar wapens worden gebruikt, anders of groter zouden zijn dan die welke mannen bij de uitoefening van dezelfde taken lopen; de Duitse regering heeft hiervoor geen enkel bewijs geleverd. Onder die omstandigheden kan de volledige uitsluiting van vrouwen van tewerkstelling bij andere onderdelen dan de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen in verband met risico's van algemene aard die niet speciaal voor vrouwen gelden, niet worden beschouwd als een door artikel 2, lid 3, van de richtlijn toegelaten ongelijke behandeling [21]: „(...) in artikel 2, lid 3, wordt aangenomen dat de aan de vrouw voorbehouden gedifferentieerde behandeling niet discriminerend is, en dit is het geval zo dikwijls als het op bescherming van de vrouw gebaseerde verschil in behandeling zijn rechtvaardiging kan vinden in een *objectief verschil* tussen de posities van werknemers en werkneemsters. Die *objectieve oorzaak* houdt verband met de ‚biologische specificiteit' van de vrouw, waarop door de uitdrukkelijke vermelding van zwangerschap enerzijds en moederschap anderzijds ondubbelzinnig wordt gewezen." [22] Met betrekking tot de woorden „met name", die in artikel 2, lid 3, van de richtlijn voorafgaan aan de bij wijze van voorbeeld genoemde zwangerschap en moederschap, heeft het Hof argumenten van de lidstaten om de uitdrukking „bescherming van de vrouw" een strekking te geven die meer omvat dan situaties als zwangerschap, moederschap en de tijd dat een kind borstvoeding krijgt, steeds resoluut van de hand gewezen. [23]

3 — *Afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling: artikel 2, lid 2, van de richtlijn*

14. De Duitse regering stelt bovendien, dat het rechtspolitieke doel dat de grondwetgever in 1956 en 1968 nastreefde, niet in strijd is met artikel 2, lid 2, van de richtlijn, de bepaling op de uitlegging waarvan de

20 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 44; cursivering van mij. Het arrest Johnston maakt deel uit van een vaste rechtspraak van het Hof waarin dit heeft uitgemaakt dat artikel 2, lid 3, enkel de *biologische gesteldheid van de vrouw* tijdens en na de zwangerschap beoogt te beschermen en de bijzondere relaties tussen moeder en kind: zie arresten van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punten 25 en 26); 25 oktober 1988, Commissie/Frankrijk (312/86, Jurispr. blz. 6315, punt 13); 25 juli 1991, Stoeckel (C-345/89, Jurispr. blz. I-4047, punt 13); 3 februari 1994, Minne (C-13/93, Jurispr. blz. I-371, punt 11); 5 mei 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Jurispr. blz. I-1657, punt 21); 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567, punt 20); 30 april 1998, Thibault (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 25) en 19 november 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Jurispr. blz. I-7327, punt 54). De volgende passage uit het arrest Hofmann is bijzonder verhelderend voor een goed begrip van de benadering van het Hof: „[Dat de richtlijn met artikel 2, lid 3] enerzijds (...) de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na de zwangerschap [heeft] willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld, anderzijds (...) de bijzondere relatie tussen moeder en kind in de periode die op de zwangerschap en de bevalling volgt [heeft] willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening [heeft] willen voorkomen" (punt 25). In de zaak Johnston heeft advocaat-generaal Darmon bevestigd: „gesteld dat met een beroep op artikel 2, lid 3, de rechten van de vrouw kunnen worden beperkt, dan nog mag daarbij geen rekening worden gehouden met een behoefte aan bescherming — hoe gerechtvaardigd ook — van socio-culturele of zelfs politieke aard" (punt 8).

21 — Zie arrest Johnston (punt 45); in dezelfde zin, arresten Commissie/Frankrijk (312/86; punt 14) en Stoeckel (punt 11).

22 — Conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak Hofmann (punt 10, derde alinea; cursivering van mij); in dezelfde zin, conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Habermann-Beltermann (punt 11).

23 — Zie de opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk in de zaak Johnston met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag (Jurispr. 1986, blz. 1672) en van de Franse regering in de zaak Commissie/Frankrijk (312/86; Jurispr. 1988, blz. 6322) met betrekking tot een reeks bijzondere rechten ter bescherming van de vrouw. Advocaat-generaal Sir Gordon Slynn verklaart in zijn conclusie in de zaak Commissie/Frankrijk (312/86, reeds aangehaald): „Alhoewel de woorden ‚met name' in artikel 2, lid 3, erop wijzen dat ook andere situaties dan zwangerschap en moederschap eronder kunnen vallen, geven die woorden toch de strekking van de uitzonderingen aan" (Jurispr. 1988, blz. 6327).

prejudiciële vraag in het bijzonder is gericht. Volgens haar zien de artikelen 12a GG en de geciteerde bepalingen van het SG en de SLV het geslacht als een bepalende factor voor de vervulling van gewapende militaire dienst. De bescherming van vrouwen kan dus enkel worden verzekerd door hen totaal uit te sluiten van alle werkzaamheden die eigen zijn aan de status van combattant in de zin van het humanitaire volkenrecht. De Commissie en de Italiaanse regering nemen op dit punt een genuanceerder standpunt in. Zij aanvaarden weliswaar dat een dergelijke fundamentele keuze binnen het defensiebeleid van een lidstaat in beginsel niet kan worden veroordeeld, maar maken onderscheid tussen taken die een concreet gevaar inhouden [24] en activiteiten van technische aard die zonder bijzondere risico's in het etappegebied kunnen worden uitgevoerd en waarvoor geen bijzondere fysieke kracht vereist is. Dergelijke activiteiten zijn geen activiteiten die vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan in de zin van artikel 2, lid 2, van de richtlijn noodzakelijkerwijs aan mannen moeten worden voorbehouden. De nationale rechter moet volgens hen beoordelen onder welk van beide categorieën werkzaamheden de taak valt die Kreil in haar aanvraag als vrijwilligster als voorkeur had aangegeven. Deze opvatting van de Commissie en de Italiaanse regering, die de redenen die aan de onderhavige discriminatie ten grondslag liggen, slechts gedeeltelijk aanvaarden, wordt niet door de Duitse regering gedeeld. Volgens haar moet het verbod van artikel 12a GG als een absoluut verbod worden opgevat omdat in geval van verdediging alle eenheden van het leger voor actieve deelneming aan militaire operaties kunnen worden opgeroepen. Ter verzekering van de gevechtseffectiviteit van de Bundeswehr zouden ook de soldaten die voor het onderhoud van de elektronische wapensystemen verantwoordelijk zijn, naar de frontlijn moeten kunnen worden gestuurd. Dit komt met de huidige werkelijke situatie overeen: Troepen met geavanceerde technische apparatuur moeten in geval van een crisis „interactief" inzetbaar zijn, zonder onderscheid tussen taken in de frontlijn of achter de linies, aldus de Duitse regering.

15. Artikel 2, lid 2, van de richtlijn erkent dat voor bepaalde beroepsactiviteiten het geslacht een bepalende factor kan zijn, mits dit zo is gelet op de „aard" of de „voorwaarden voor de uitoefening ervan". Deze voorwaarden bepalen de werkingssfeer van de afwijking van artikel 2, lid 2, en onderscheiden dat artikellid bovendien conceptueel van de afwijking van het derde lid van artikel 2.

16. Met betrekking tot de werkingssfeer van de afwijking moet er mijns inziens sprake zijn van werkelijke beroepskwalificaties die meebrengen dat het geslacht een bepalende factor is voor de uitoefening van een bepaalde beroepsactiviteit: te denken valt aan zangers en zangeressen, acteurs en actrices, balletdansers en -danseressen, mannelijke of vrouwelijke kunstenaarsmo-

24 — De Commissie noemt de zaak Johnston, waarin het ging om tewerkstelling bij de gewapende onderdelen van de Britse politie in Noord-Ierland in de jaren tachtig, en de zaak Sirdar, betreffende de aanwerving in de Royal Marines, een keurkorps dat als speerpunt fungeert binnen de aanvalstroepen van het Britse leger.

dellen of mannequins.[25] Meer in het algemeen bevat artikel 2, lid 2, van de richtlijn volgens een bepaalde stroming in de doctrine een „strikte" of „enge" afwijking: de lidstaat of de werkgever die zich erop wil beroepen, moet dus aantonen dat voor een bepaalde werkzaamheid het geslacht een dermate bepalende factor is, dat een niet-discriminerend aanstellingsbeleid de uitoefening van die werkzaamheid buitengewoon moeilijk of zonder meer onmogelijk zou maken. Anders gezegd: aangetoond moet dus worden, dat het noodzakelijk is om een persoon van het ene geslacht en niet van het andere aan te stellen.[26] Het Hof heeft anderzijds beslist, dat voor een afwijking op grond van artikel 2, lid 2, van een subjectief recht als dat van gelijke behandeling van mannen en vrouwen enkel „vereisten" in aanmerking komen „die *bepalend zijn voor de uitoefening* van de betrokken specifieke beroepsactiviteit".[27] De gemachtigde van de Duitse regering heeft tijdens de mondelinge behandeling uitdrukkelijk verklaard, dat hij niet twijfelde aan de geschiktheid van Kreil of van vrouwen in het algemeen voor de gewapende dienst in de Bundeswehr. Ik ben er dan ook niet van overtuigd, dat hetgeen de Duitse regering met betrekking tot de uitsluitingsregeling van artikel 12a GG heeft aangevoerd, volstaat voor het bewijs, dat de onderhavige casus onder artikel 2, lid 2, van de richtlijn valt. Met betrekking tot dat artikellid valt mijns inziens niet goed vol te houden, dat de aard van het werk dat door eenheden van de strijdkrachten wordt uitgeoefend of de voorwaarden waaronder dit gebeurt, het onmogelijk, althans buitengewoon moeilijk maakt om vrouwen in elke willekeurige „gevechts"-eenheid, dat wil zeggen elke eenheid met uitzondering van de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen, aan te stellen. Het is geen toeval, dat vrouwen — behoudens tot zeer specifieke gevallen beperkte uitzonderingen[28] — regelmatig en zonder onderscheid in alle strijdkrachten van de Gemeenschap (en van de NAVO) tewerk worden gesteld.[29]

17. Dan komen wij nu tot het onderscheid tussen lid 2 en lid 3 van artikel 2 van de

25 — Zie arrest van 21 mei 1985, Commissie/Duitsland (248/83, Jurispr. blz. 1459, punt 34), waarin het Hof een aantal typische beroepswerkzaamheden vermeldt die in de verschillende lidstaten wettelijk of de facto van het beginsel van gelijke behandeling zijn uitgezonderd.

26 — Zie T. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employement*, Butterworths, Londen, 1993, deel 4.2.1.3.

27 — Arrest van 30 juni 1988, Commissie/Frankrijk (318/86, Jurispr. blz. 3559, punt 28; cursivering van mij). In dezelfde zin, arrest van 8 november 1983, Commissie/Verenigd Koninkrijk (165/82, Jurispr. blz. 3431, punten 18 en 20), en arrest Johnston, punt 38.

28 — Bijvoorbeeld het personeel van onderzeeboten en de mariniers in Nederland, de Royal Marines in het Verenigd Koninkrijk en tot 1993 gevechtspiloten in Denemarken.

29 — Het enige andere land dan Duitsland dat vrouwen nog niet tot zijn strijdkrachten heeft toegelaten, is Italië. Dat er in dat land geen vrijwillige militaire dienst voor vrouwen is, is echter niet het gevolg van een (wettelijk of grondwettelijk) verbod maar van de traagheid van de wetgever. Anders dan bij de politie is gebeurd toen deze in 1981 werd gedemilitariseerd, is er nog geen regeling vastgesteld om concreet uitvoering te geven aan het grondwettelijke beginsel van gelijke behandeling. Een wetsontwerp voor de invoering van een vrijwillige militaire dienst voor vrouwen is op 29 september 1999 door de Kamer van afgevaardigden goedgekeurd (Kamerstuk nr. 2970-B). Deze regeling zal, behoudens uitzonderingen, leiden tot een algemene toelating van vrouwen tot alle onderdelen. De gemachtigde van de Italiaanse regering heeft ter terechtzitting meegedeeld, dat er uitzonderingen zijn voor bijzondere gevallen waarin de voorwaarden voor uitvoering of de kenmerken van de opgedragen missies zodanig zijn dat de tewerkstelling van vrouwen ten sterkste wordt afgeraden (mijns inziens valt hier enige gelijkenis vast te stellen met de situatie van de Royal Marines die onlangs in de zaak Sirdar aan de orde was).

richtlijn, dat duidelijker moet worden gemaakt om de werkelijke omvang van de afwijzing van artikel 2, lid 2, beter te kunnen afbakenen. Volgens de litteratuur [30] heeft artikel 2, lid 2, betrekking op de uitwerking die het geslacht *bij de uitoefening* van een bepaalde beroepsactiviteit heeft *op anderen dan de werknemer of werkneemster*, terwijl artikel 2, lid 3, zoals wij hebben gezien, betrekking heeft op de uitwerking die een bepaalde werkzaamheid *op de werkneemster zelf* heeft. De rechtspraak van het Hof biedt steun aan dit onderscheid.

18. In de zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk heeft het Hof bepaalde, alleen voor mannen geldende beperkingen betreffende de activiteiten van verloskundigen rechtmatig geacht op grond van *het respect voor de gevoelens van de patiënte*. [31] In de zaak Johnston werd de uitsluiting van vrouwen van de gewapende onderdelen van de Britse politie in Noord-Ierland geaccepteerd daar hun aanwezigheid het risico van aanslagen mogelijk had vergroot, wat indruiste tegen de eisen van de openbaarheid en nadelige gevolgen voor de lokale bevolking meebracht. [32] In de zaak Commissie/Frankrijk (318/86) achtte het Hof verschillende aanwervingsvoorwaar-

30 — Zie C. Kilpatrick, *How Long is a Piece of String? European Regulation of the Post-Birth Period*, in *Sex Equality Law in the European Union*, onder redactie van T. Hervey en D. O'Keefe, Wiley, 1996, hoofdstuk 6, voetnoot 26.

31 — Punten 18 en 20.

32 — Punt 36, waarin het Hof aan het einde van zijn analyse van de vraag of de betrokken lidstaat zich terecht op artikel 2, lid 2, beroept, overweegt, dat het „niet uitgesloten is te achten, dat in een situatie die wordt gekenmerkt door ernstige binnenlandse onlusten, het dragen van vuurwapens door vrouwelijke agenten voor hen een extra risico van moordaanslagen kan meebrengen, en *dus in strijd kan zijn met de eisen van de openbare veiligheid*" (cursivering van mij). Het Hof heeft de uitsluiting van vrouwen van gewapende onderdelen van de politie niet aanvaard als maatregel die au fond bedoeld is om hen niet aan aanslagen bloot te stellen. De teleurstelling van H. Fenwick die in „Special Protections for Women in European Union Law" in *Sex Equality Law* (t.a.p., blz. 63-70) de vrees uit, dat het Hof hiermee de kwetsbaarheid van vrouwen in de context van artikel 2, lid 2, van de richtlijn als argument legitimeert, kan ik dan ook niet delen. Mijns inziens is de werkelijke reden waarom het Hof deze uitsluiting in beginsel (en onverminderd de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, zie punt 38) rechtmatig heeft geacht, niet zozeer de vermeende zwakte van vrouwen op zich beschouwd en ook niet de wens om (voor hun eigen bestwil) te voorkomen dat zij het doelwit van aanslagen zouden worden, maar veeleer de verwachting van de Britse autoriteiten, dat wanneer vrouwen „in een situatie die wordt gekenmerkt door ernstige binnenlandse onlusten" met vuurwapens zouden worden uitgerust, het risico van dergelijke aanslagen zou toenemen en daarmee het gevaar dat hun vuurwapens in handen van hun aanvallers zouden vallen (zie in het rapport ter terechtzitting de weergave van de opmerkingen van de regering van het Verenigd Koninkrijk, blz. 1672).
Het is dit laatste gevaar, op zich beschouwd, dat in strijd kwam met de eisen van de openbare veiligheid, dat wil zeggen de enige eisen waardoor — gelet op de voorwaarden voor de uitoefening van de betrokken activiteit — het mannelijk geslacht bepalend kon worden: „het dragen van vuurwapens door vrouwelijke agenten [kan] voor hen een extra risico van moordaanslagen (...) meebrengen, *en dus* in strijd (...) zijn met de eisen van de openbare veiligheid" (punt 36, cursivering van mij).
Het voorgaande blijkt nog duidelijker als men kijkt naar de criteria die het Hof de nationale rechter aanrijkt om te kunnen toetsen of deze uitsluiting evenredig kan worden geacht. Dit zijn het beginsel van gelijke behandeling in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn enerzijds en de eisen van openbare veiligheid anderzijds: „[in casu moet op grond van het evenredigheidsbeginsel] zo veel mogelijk een evenwicht worden tot stand gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van openbare veiligheid *die beslissend zijn* voor de voorwaarden van uitoefening van de betrokken beroepsactiviteit" (punt 38, cursivering van mij; volgens de Engelse versie van het arrest: „... with the requirements of public safety *which constitutes the decisive factor* as regards the context of the activity in question"). In het arrest is dus geen spoor te vinden van bezorgdheid over de bescherming van de vrouw.
Ten slotte merk ik op, dat het Hof, blijkens de zojuist geciteerde punten 36 en 38 van het arrest Johnston, niet de opvatting van advocaat-generaal Darmon lijkt te delen, dat een lidstaat onder bepaalde omstandigheden op grond van artikel 2, lid 2, van de richtlijn wegens andere eisen betreffende de bescherming van de vrouw dan de in artikel 2, lid 3, bedoelde, zoals „eisen van sociale (culturele, politieke, enz.) aard", bepaalde werkzaamheden betreffende de ordehandhaving mag reserveren voor personen van één geslacht (zie punt 9 van de conclusie; zie hierover ook punt 20 van de onderhavige conclusie).

den voor mannelijk en vrouwelijk personeel gerechtvaardigd op grond van artikel 2, lid 2, zowel voor de werkzaamheid van bewakingspersoneel bij huizen van bewaring, die regelmatig contact met gedetineerden meebrengt, als voor die van „surveillant-chef", belast met de leiding van een huis van bewaring, waarbij het met betrekking tot de surveillants-chefs in aanmerking nam, dat de in de groep bewakingspersoneel opgedane beroepservaring gewenst is voor de vervulling van een taak die leidinggeving aan het overige bewakingspersoneel omvat. [33] In de zaak Sirdar tenslotte heb ik geconcludeerd, dat het beleid om enkel mannen voor het keurkorps van de Royal Marines aan te werven in beginsel gerechtvaardigd is, omdat niet valt uit te sluiten, dat de toelating van vrouwen een negatieve invloed zou kunnen hebben op de moraal en de cohesie van de *soldaten in commando-eenheden* en daarmee de gevechtskracht daarvan zou kunnen schaden, hetgeen uiteindelijk ten koste zou gaan van de *verdediging van het Verenigd Koninkrijk*. [34]

19. Gelet op de betekenis die aan artikel 2, lid 2, moet worden toegekend, volstaat de rechtvaardiging die de Duitse regering aanvoert voor de uitsluiting die in artikel 12a GG is voorzien, mijns inziens niet. Zo heeft de Duitse overheid op geen enkele wijze verklaard waarom in de specifieke werkomgeving waar het hier om gaat (gelet op de *voorwaarden voor de uitoefening* van de werkzaamheden bij de Bundeswehr of zelfs de relaties die tussen krijgsmakkers ontstaan), het mannelijk geslacht noodzakelijkerwijs een bepalende factor zou zijn. De Duitse regering wijdt praktisch geen aandacht aan overwegingen als die welke de regering van het Verenigd Koninkrijk in de zaak Sirdar heeft aangevoerd, de enige overwegingen op grond waarvan ik — zij het enkel in beginsel en onverminderd de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel — in die zaak niet heb uitgesloten, dat de concrete criteria voor recrutering in de Royal Marines onder de werkingssfeer van artikel 2, lid 2, van de richtlijn zouden kunnen vallen. [35]

4 — *Afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling: artikel 2, lid 2, juncto artikel 9, lid 2, van de richtlijn*

20. Ik heb reeds vermeld, dat volgens advocaat-generaal Darmon „eisen betreffende de bescherming van de vrouw (...) van sociale (culturele, politieke, enz.) aard"

33 — Punten 12-17.

34 — In de zaak Sirdar heb ik enerzijds erop gewezen, dat „de kern van de stelling die de regering van het Verenigd Koninkrijk aanvoert ter rechtvaardiging van de uitsluiting van vrouwen van het korps Royal Marines in verband met de eisen van gevechtskracht, gelegen is in de vrees dat deelneming van vrouwen een *ongunstige invloed* zou hebben ‚op de moraal en de cohesie' van de commando-eenheden (‚fire teams')" en heb ik daarbij aangetekend, dat de opmerkingen van de vertegenwoordiger van de regering van het Verenigd Koninkrijk in een document dat in het kader van het hoofdgeding in die zaak aan de nationale rechter was overgelegd, „*socialer van toonzetting*" waren. Anderzijds vroeg ik mij af, „of het niet mogelijk is om (...) na te gaan of de gevechtskracht niet ook kan worden gewaarborgd in gevallen waarin vrouwen worden toegelaten, waarbij vooral moet worden gelet op de vraag *hoe hun aanwezigheid* door hun mannelijke krijgsmakkers *wordt ervaren*" (punt 45; cursivering van mij).

35 — Zie punt 34 van de conclusie in de zaak Sirdar.

voor de toepassing van artikel 2, lid 2, van de richtlijn relevant kunnen zijn op grond van artikel 9, lid 2 [36], dat de lidstaten verplicht te onderzoeken of de handhaving van de op grond van artikel 2, lid 2, toegestane discriminaties „gezien de sociale ontwikkeling" gerechtvaardigd is. Hoewel het verweer van de Duitse overheid niet met zoveel woorden op artikel 9, lid 2, is gebaseerd, lijkt de gedachtegang van advocaat-generaal Darmon hierin zijn weerklank te vinden. Daarmee wordt de werkingssfeer van artikel 2, lid 2, echter bepaald aan de hand van een ander element dan de enige twee factoren die volgens deze bepaling voor het toestaan van afwijkingen op het beginsel van gelijke behandeling relevant zijn, te weten: de „aard" van bepaalde beroepsactiviteiten en de „voorwaarden voor de uitoefening ervan". Aanvaarding van die opvatting leidt tot een ruime uitlegging van een voorbehoud dat het Hof juist heeft bestempeld als uitzondering die, evenals artikel 2, lid 3, van de richtlijn eng moest worden uitgelegd. [37] Worden bij de uitlegging van de onderhavige bepaling tevens algemene „eisen van sociale aard" (bijvoorbeeld bescherming van de vrouw in andere gevallen dan de in artikel 2, lid 3, van de richtlijn bedoelde) betrokken, dan rijst het concrete gevaar dat de hele richtlijn van zijn nuttige werking wordt beroofd. Met de richtlijn beoogt de Gemeenschap de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te verwezenlijken, of liever gezegd de onderlinge aanpassing *op de weg van de vooruitgang* van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers *(te bevorderen)* [38] — een van de fundamentele rechten van de mens. [39] Inmiddels is dit beginsel ook in specifieke bepalingen van primair gemeenschapsrecht geregeld. [40] Het juiste criterium voor de uitlegging van artikel 2, lid 2, juncto artikel 9, lid 2, is dus niet het criterium dat advocaat-generaal Darmon voor ogen lijkt te staan.

36 — Zie voetnoot 32, in fine: zoals ik opmerkte, lijkt het Hof deze opvatting echter niet te delen.

37 — Zie arrest Johnston, punten 36 en 44.

38 — Derde overweging van de richtlijn (cursivering van mij).

39 — Zie onder meer arresten van 15 juni 1978, Defrenne (149/77, Jurispr. blz. 1365, punt 27); 20 maart 1984, Razzouk en Beydoun (75/82 en 117/82, Jurispr. blz. 1509, punt 16); 26 februari 1986, Roberts (151/84, Jurispr. blz. 703, punt 35); 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 36); 26 februari 1986, Beets-Proper (262/84, Jurispr. blz. 773, punt 38); het arrest Johnston, punt 38; 2 augustus 1993, Levy (C-158/91, Jurispr. blz. I-4287, punt 16), en 30 april 1996, P/S (C-13/94, Jurispr. blz. I-2143, punt 19).

40 — Met betrekking tot het beginsel van gelijke behandeling hebben zich in het gemeenschapsrecht belangrijke vernieuwingen voorgedaan, zij het na de feiten die in de hoofdzaak aan de orde zijn. Bij het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997 is in de preambule van het Verdrag betreffende de Europese Unie een nieuw punt 4 ingevoegd, waarin de lidstaten hun „gehechtheid [bevestigen] aan de sociale grondrechten zoals omschreven in het op 18 oktober 1961 te Turijn ondertekende Europees Sociaal Handvest en in het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 1989". Beide handvesten verzekeren het recht op gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Maar bovenal is het beginsel van gelijke behandeling in het EG-Verdrag, op grond van de bij het Verdrag van Amsterdam ingevoerde wijzigingen, niet langer beperkt tot het bezoldigingsaspect van de arbeidsverhouding (zie artikel 119 EG-Verdrag, thans artikel 141 EG; de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) maar is het door een reeks „programmatische" bepalingen een leidend beginsel en een actiedoel van de Gemeenschap geworden. Andere wijzigingen die het Verdrag van Amsterdam op dit punt in het EG-Verdrag heeft aangebracht, zijn: de nieuwe tekst van artikel 2 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 2 EG) die de bevordering van „de gelijkheid van mannen en vrouwen" thans tot de taken van de Gemeenschap rekent; het nieuwe artikel 3, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3 EG, dat de bevoegdheden van de Gemeenschap opsomt) op grond waarvan de Gemeenschap „bij elk in dit artikel bedoeld optreden ernaar streeft de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen"; met het oog op de verwezenlijking van de in artikel 117 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) vermelde sociale doelstellingen — waaronder de bevordering van de werkgelegenheid en de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden — verplicht artikel 118 de Gemeenschap het optreden van de lidstaten op bepaalde gebieden te ondersteunen en aan te vullen, waaronder „de gelijkheid van mannen en vrouwen wat hun kansen op de arbeidsmarkt en de behandeling op het werk betreft" (zie P. Mori, „La paritá tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam", in *Il diritto dell' Unione europea*, 1998, blz. 571).

21. Het uitgangspunt voor de uitlegging van de betrokken bepalingen heb ik hierboven al uiteengezet in de punten 15 tot en met 19. Ik neem hier de draad weer op voor mijn betoog, dat de inachtneming van de „sociale ontwikkeling" van nut kan zijn voor degene die moet bepalen welke invloeden — op anderen dan de werknemer of werkneemster — in aanmerking moeten worden genomen voor de vraag of het geslacht een bepalende factor is voor de uitoefening van een bepaalde beroepsactiviteit. Het Hof lijkt zich reeds in die zin te hebben uitgelaten. In de zaak Commissie/ Verenigd Koninkrijk heeft het een discriminerende nationale regeling getoetst aan artikel 2, lid 2, juncto artikel 9, lid 2, van de richtlijn. Daarin ging het om *specifieke, beperkte* verschillen in behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de werkzaamheden van verloskundigen. [41] De regering van het Verenigd Koninkrijk had voor het Hof als rechtvaardigingsgrond aangevoerd, dat zij de regeling regelmatig aan een onderzoek had onderworpen, laatstelijk door middel van een uitgebreid overleg met de gezondheidsautoriteiten, de betrokken beroepsgroeperingen en andere organisaties over twee studies over mannelijke verloskundigen. [42] Op grond hiervan heeft het Hof beslist, dat de door de Commissie gewraakte bepalingen de grenzen van artikel 2, lid 2, niet overschreden, aangezien de onvoorwaardelijke toelating van mannen tot het beroep van verloskundige en tòt de uitoefening daarvan, gelet op de (aangetoonde) sociale ontwikkeling in de betrokken lidstaat, een negatieve uitwerking zou hebben op de patiënten, terwijl „het respect voor de gevoelens van de patiënte op de voorgrond moet staan" (punt 18). [43] Het Hof overwoog, dat „gevoelsoverwegingen *thans* nog een belangrijke rol kunnen spelen *in de betrekkingen tussen verloskundige en patiënte.* In deze omstandigheden mag worden vastgesteld dat het Verenigd Koninkrijk, door niet ten volle toepassing te geven aan het in de richtlijn neergelegde beginsel (van gelijke behandeling), de bevoegdheid die in de artikelen 9, lid 2, en 2, lid 2, van de richtlijn aan de lidstaten is toegekend, niet heeft overschreden" (punt 20; cursivering van mij). Mijns inziens kan een zekere verwantschap worden vastgesteld tussen de situatie van de verloskundige en zijn patiënten enerzijds en die van de soldaten in de commando-eenheden van de Royal Marines [44] anderzijds: in beide gevallen lijkt niet te kunnen worden uitgesloten, dat — de persoonlijke gevoelens van de betrokkenen in aanmerking genomen, die zich zeker in de loop der jaren zullen ontwikkelen — het geslacht een zekere invloed heeft op de relatie tussen personen die bij de uitoefening van een bepaald beroep in zeer nauw contact staan.

41 — Mannen konden de opleiding tot het beroep van verloskundige slechts volgen in de door de bevoegde minister aangewezen instellingen (één in Londen en één in Schotland) en konden hun beroep slechts uitoefenen in vier door de minister aangewezen ziekenhuizen in Londen en Edinburg (zie conclusie van advocaat-generaal Rozès, Jurispr. 1983, op blz. 3458).

42 — Conclusie van advocaat-generaal Rozès, Jurispr. 1983, op blz. 3458. Terloops merk ik op, dat de Duitse regering niets heeft aangevoerd waaruit zou blijken dat zij de betrokken discriminatoire bepalingen ooit, laat staan op gezette tijden, aan een onderzoek heeft onderworpen als bedoeld in artikel 9, lid 2, van de richtlijn. In de Sanitätsdienst-beslissing van 1996, waarnaar wordt verwezen (zie voetnoot 6), wordt enkel de historische reden herhaald die de grondwetgever, veertig jaar eerder, ertoe had gebracht om een „verplichting" in te voeren om vrouwen een zo groot mogelijke bescherming te bieden.

43 — De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft de nadruk gelegd op de specifieke kenmerken van de werkzaamheden van verloskundigen ter verklaring van de vrees dat sommige vrouwen (of hun echtgenoten) de hulp van mannelijke verloskundigen zouden weigeren, en erop gewezen dat verloskundigen gedurende de prenatale en zeker de postnatale periode bij de intieme verzorging van de vrouw een unieke rol vervulden en vaak „'s nachts in de kraamafdeling van een ziekenhuis, maar ook en vooral bij de patiënten thuis" met de patiënten alleen bleven (conclusie van advocaat-generaal Rozès, Jurispr. 1983, op blz. 3458 en 3459).

44 — Ik verwijs naar de in voetnoot 34 geciteerde passages van mijn conclusie in de zaak Sirdar.

22. De afwijking van artikel 2, lid 2, van de richtlijn laat geen ongelijke behandeling toe die op algemene overwegingen van sociale of politieke aard berust. Discriminaties op grond van geslacht zijn niet principieel uitgesloten, doch zijn enkel gerechtvaardigd indien de nationale wetgever ze heeft vastgesteld om *specifieke redenen* die *zeer nauw verband houden* met de aard van een werkzaamheid of met de voorwaarden waaronder deze wordt uitgeoefend en die eventueel voortkomen uit de culturele context van een land op een bepaald moment in de geschiedenis. En in elk geval moet er sprake zijn van eisen die voor de uitoefening van de betrokken specifieke werkzaamheid beslissend zijn.

23. Bij juiste lezing van artikel 2, lid 2, juncto artikel 9, lid 2, van de richtlijn zien wij, dat er andere redenen zijn waarom ongelijke behandeling op grond van geslacht niet kan worden gerechtvaardigd met een eenvoudige verwijzing naar algemene vereisten van een beleid gericht op bescherming van de vrouw, zelfs niet wanneer het, zoals in casu, een bescherming is tegen de gevaren die combattanten kunnen lopen. Met de aanvaarding van het standpunt van de Duitse overheid berooft men artikel 2, lid 3, van de richtlijn zo niet ronduit van zijn bestaansgrond, dan toch van zijn nuttige werking. [45] Want daarmee zou niet te verklaren zijn dat de werking van dat voorschrift strikt moet worden beperkt tot gevallen van bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw. Daar komt bij, dat artikel 2, lid 3, volgens het Hof invloed heeft op de draagwijdte van artikel 3, lid 2, sub c, van de richtlijn, en dat laatstgenoemde bepaling daardoor elke praktische betekenis zou verliezen indien het standpunt van de Duitse regering zou worden aanvaard. [46] Maar dat is nog niet alles. Zoals gezegd, beperkt het Hof de werkingssfeer van deze uitzondering volgens vaste rechtspraak *uitsluitend* tot verschillen in behandeling die zijn ingegeven door overwegingen betreffende de „bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw" (zie hierboven, punt 13). Deze uitzondering is zo en niet anders bedoeld en kan daarom, evenals de afwijking van artikel 2, lid 2 (die, zoals gezegd door het Hof als uitzondering wordt gekwalificeerd), niet anders dan restrictief worden uitgelegd. [47] De stelling, dat artikel 2, lid 3, een ongelijke behandeling van „beschermende" aard zou kunnen rechtvaardigen die is ingegeven door een overweging die grote gelijkenis vertoont met de onderhavige politieke overwegingen van de Duitse grondwetgever — te weten, de publieke opinie — is overigens duidelijk door het Hof verworpen. In het arrest Johnston overwoog het, dat artikel 2, lid 3, „van de richtlijn (...) niet toe(staat), dat vrouwen de toegang tot een bepaalde betrekking wordt ontzegd, op grond dat *de publieke opinie verlangt* dat vrouwen meer dan mannen worden beschermd tegen mannen en vrouwen gelijkelijk betreffende gevaren, die verschillen van de specifieke behoeften aan bescherming van de vrouw" (punt 44, cursivering van mij). Volgens deze gedachtegang staat de richtlijn daarom mijns inziens in de weg aan *elke* discriminatoire maatregel van „bescher-

45 — Over de noodzaak om de volledige praktische werking van artikel 2, lid 3, van de richtlijn te verzekeren, zie arrest Habermann-Beltermann, punt 24, en arrest van 29 mei 1997, Larson (C-400/95, Jurispr. blz I-2757, punt 22).

46 — Arrest Johnston, punt 44. Artikel 3, lid 2, van de richtlijn bepaalt: „[Om te verzekeren dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht is uitgesloten] nemen de lidstaten [binnen een termijn van vier jaar volgende op de kennisgeving van de richtlijn; zie artikel 9, lid 1] de nodige maatregelen om te bereiken dat (...) c) de (...) bepalingen worden herzien, welke strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die aanvankelijk werden gemotiveerd door beschermende bedoelingen welke niet meer gefundeerd zijn (...)".

47 — Arrest Johnston, punt 44.

mende" aard die niet onder de werkingssfeer van artikel 2, lid 3, valt. [48]

24. Met aanvaarding van het tegendeel zou anderzijds de marginalisering van vrouwen worden gehandhaafd door hun toelating tot slechts enkele sectoren van de Bundeswehr, met het gevaar van voortzetting van het traditionele stereotiep van de rolverdeling tussen de geslachten. [49] Volgens de Duitse doctrine wordt bovendien aan vrouwen, door de onmogelijkheid om als vrijwilliger gewapende dienst te nemen, morele verantwoordelijkheid ontzegd. [50]

5 — Een afwijking op grond van artikel 2, lid 2, heeft betrekking op specifieke beroepsactiviteiten

25. Volgens de Commissie en de Italiaanse regering is een uitsluiting van vrouwen uit de strijdkrachten met het oog op hun „bescherming" weliswaar in beginsel toelaatbaar, maar kan zij enkel als werkelijk rechtmatig worden aangemerkt, indien zij geldt voor specifieke activiteiten, en de voorwaarden waaronder deze worden uitgeoefend, in concreto risico's van bijzondere omvang meebrengen, zoals de activiteiten van de gewapende onderdelen van de politie in een situatie van burgeroorlog, of die van een keurkorps van de aanvalstroepen van een land (zie punt 14).

26. Volgens het Hof kunnen de op artikel 2, lid 2, gebaseerde beperkingen van het beginsel van gelijke behandeling enkel *specifieke* beroepsactiviteiten betreffen. [51] Met betrekking tot een algemene afwijking van het beginsel van gelijke behandeling voor dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens heeft het Hof in de zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk aan artikel 2, lid 2, elk belang ontzegd, hoewel „stellig juist is" dat deze uitzondering „voor bepaalde soorten dienstbetrekkingen" gerechtvaardigd kan zijn op grond van overwegingen betreffende de bescherming van het privé-leven (punt 14). In het arrest van 30 juni 1988 (Commissie/Frankrijk, 318/86) achtte het Hof een afwijking van het beginsel van gelijke behandeling die vrouwen niet van de Franse politie in haar

48 — In gelijke zin, onder meer H. Fenwick, t.a.p., blz. 79.

49 — In dezelfde zin de uitspraken van het Bundesverfassungsgericht van 28 januari 1992, betreffende het verbod van nachtarbeid door vrouwen (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 en 10/91, *BVerfGE* 85, 191, 207) en van 24 januari 1995, waarin het gerecht de vrijstelling van vrouwen van de verplichte brandweerdienst (Feuerwehrdienstpflicht) ongrondwettig verklaarde (1 BvL 18/93 en 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, *BVerfGE* 92, 91). De bescherming van de vrouw is een thema dat in het Duitse arbeidsrecht regelmatig opduikt (Zie R. Harvey, „Equal Treatment of Men and Women in the Work Place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany", in *The American Journal of Comparative Law*, 1990, blz. 31). Dat de vrouw door een dergelijke „bescherming" in werkelijkheid dreigt te worden teruggedrongen in de traditionele rol van echtgenote en moeder, blijkt uit de hardnekkigheid waarmee de Bondsminister van Sociale zaken nog in 1992 — dat wil zeggen een jaar nadat het Hof in het arrest Stoeckel (zie voetnoot 20) voor het eerst had verklaard, dat het verbod van nachtarbeid voor vrouwen een ongerechtvaardigde discriminatie opleverde — het beginsel van het verbod van nachtarbeid verdedigde, dat terugging tot een wet uit 1891. Uit genoemde uitspraak van het Bundesverfassungsgericht, waarin het beginsel van de voorrang van de richtlijn boven daarmee strijdige nationale bepalingen duidelijk is bevestigd, blijkt dat de Duitse overheid — onder zware kritiek van de Deutsche Juristinnenbund (Bond van Duitse vrouwelijke juristen) en de Deutsche Frauenring (Duitse vrouwenkring), die eveneens bij de procedure betrokken waren — het verbod heeft trachten te rechtvaardigen met het argument, dat „vrouwen veel vaker dan mannen naast hun werk de zorg dragen voor de opvoeding van de kinderen en de huishouding" (t.a.p., blz. 200). Soortgelijke overwegingen komen ook voor in de mededeling van de Commissie van 20 maart 1987 inzake de wetgeving ter bescherming van vrouwen in de lidstaten van de Europese Gemeenschap, COM(87) 105 def., deel I-4, blz. 5 (hierna: „mededeling").

50 — Zie Kokott (t.a.p., onder artikel 12a, punt 6).

51 — Arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk (punten 14-16); arrest van 30 juni 1988, Commissie/Frankrijk (reeds aangehaald, punt 25), en de conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn in die zaak (Jurispr. blz. 3570 en 3571) en mijn conclusie in de zaak Sirdar (punten 35-37).

geheel uitsloot maar slechts van vijf korpsen daarvan [52], niet specifiek genoeg. Pas nadat *binnen* die onderdelen *bepaalde activiteiten* zijn geïndividualiseerd waarvoor het geslacht een bepalende factor is, zijn volgens het Hof afwijkingen als bedoeld in artikel 2, lid 2, van de richtlijn toelaatbaar (punten 25-30).

27. In casu is de uitsluiting van vrouwen uit de Bundeswehr niet beperkt tot bepaalde onderdelen maar omvat zij, zonder onderscheid, *alle* sectoren met uitzondering van de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen. Volgens de Duitse regering is een totale uitsluiting noodzakelijk om een „interactieve" inzet van alle gevechtseenheden mogelijk te maken (zie hierboven punt 14), waarbij geen onderscheid kan worden gemaakt tussen de (gevaarlijkere) taken in de frontlinie en de (minder gevaarlijke) taken achter het front. Met andere woorden, door de algemene interoperabiliteit van de Bundeswehr wordt de afwijking bedoeld in artikel 12a GG en de op grond van dat artikel vastgestelde bepalingen, specifiek. Deze interactiviteit (of interoperabiliteit) doet denken aan de voor de politie kenmerkende „onderlinge verwisselbaarheid" die in de zaak Commissie/Frankrijk (318/86) aan de orde was en die volgens de Franse regering het in bepaalde korpsen gehanteerde rekruteringsstelsel zou moeten rechtvaardigen. [53] Dit stelsel was echter volgens het Hof onverenigbaar met de richtlijn omdat twijfelachtig was of het beginsel van de onderlinge verwisselbaarheid noodzakelijk was en of het in de praktijk werd toegepast. De „interactieve inzetbaarheid" die in casu kenmerkend zou zijn voor de Bundeswehr als geheel, vertoont conceptueel ook enige gelijkenis met de „interoperabiliteit" van de Royal Marines. Volgens de verwijzende rechter in de zaak Sirdar, had de regering van het Verenigd Koninkrijk onweerlegbaar aangetoond, dat het „interoperabiliteitsbeginsel" de facto consequent in alle afdelingen van de Royal Marines werd toegepast. [54] Om die reden achtte ik de discriminatoire maatregel die in die zaak aan de orde was, voldoende specifiek, ondanks het feit, dat hij betrekking had op *alle* taken bij de Royal Marines. [55] Op grond van de beginselen die uit de zaak Commissie/Frankrijk kunnen worden afgeleid (en waardoor ik mij ook reeds in de zaak Sirdar heb laten leiden) kom ik tot het standpunt, dat het beginsel van „interactieve inzetbaarheid" dat voor alle soldaten van de Bundeswehr geldt, de onderhavige discriminatie niet kan rechtvaardigen omdat de Duitse overheid niet heeft aangetoond, dat dit beginsel de facto wordt toegepast in alle „gevechts"-eenheden, dat wil zeggen alle eenheden met uitzondering van de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen.

28. Bovendien laat een voor de strijdkrachten in hun geheel geldende „interactieve inzetbaarheid" zich slecht verzoenen met de steeds toenemende specialisatie van de verschillende eenheden, die zijn uitgerust met steeds gecompliceerdere verdedigingsmiddelen en waarvan de soldaten vaak in militaire technieken worden getraind die aan hun afdeling of eenheid eigen zijn. De bewering is dan ook niet erg overtuigend

52 — De commissaires de police, de commandants en officiers de paix, de inspecteurs, de enqueteurs, de gradés en de gardiens de la paix (zie Jurispr. blz. 3561 en 3562).

53 — Zie in dit verband mijn beschouwingen in de conclusie in de zaak Sirdar (punt 36).

54 — Zie punt 7 van mijn conclusie.

55 — Zie punten 35 en 36 van mijn conclusie.

dat men de mogelijkheid wil handhaven, dat aan elke combattant andere taken kunnen worden opgedragen dan die waarvoor hij is opgeleid, en waarvoor wellicht wapens moeten worden gebruikt waarmee men niet zo snel vertrouwd raakt. Daarentegen worden de Royal Marines allen, zonder uitzondering, onderworpen aan dezelfde lange, bijzondere training (die een zo groot mogelijke interoperabiliteit moet verzekeren) en hebben zij potentieel dezelfde taken te vervullen. Bij de Royal Marines moeten koks, evenals al hun strijdmakkers, zich drie maal per jaar aan een test onderwerpen om te zien of zij nog steeds in goede fysieke conditie zijn. [56]

29. Het gebrek aan specificiteit dat de afwijking op het beginsel van gelijke behandeling in artikel 12a GG en de op grond daarvan vastgestelde bepalingen kenmerkt, lijkt daarmee nog vanwege een ander aspect in strijd te komen met de rechtspraak van het Hof. De discriminaties waarvoor een beroep wordt gedaan op de afwijking van artikel 2, lid 2, moeten voldoende doorzichtig zijn om een controle door de Commissie mogelijk te maken. [57] Gezien het algemene karakter van de litigieuze nationale bepalingen kan in casu niet worden vastgesteld of alle onderdelen waartoe vrouwen niet worden toegelaten, ook „werkelijk overeenstemmen met de specifieke activiteiten waarvoor het geslacht een bepalende factor is in de zin van artikel 2, lid 2, van de richtlijn". [58] De Commissie lijkt overigens, als ik het zo mag zeggen, zelf te hebben bijgedragen aan de handhaving van de onderhavige ongelijke behandeling. Het Hof heeft de Commissie in deze zaak een nauwkeurige schriftelijke vraag gesteld om na te gaan in hoeverre zij, op grond van artikel 9, lid 2, van de richtlijn, de beroepen en activiteiten heeft gecontroleerd met betrekking waartoe de verschillende lidstaten (waaronder Duitsland) de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling uitsluiten op grond van artikel 2, lid 2, van de richtlijn. [59] Zoals reeds in het verleden [60], heeft de Commissie op dit punt geen concrete gegevens verstrekt.

30. Op grond van het voorafgaande ben ik daarom van mening, dat de onderhavige uitsluiting noch onder de werkingssfeer van artikel 2, lid 2, noch onder die van artikel 2, lid 3, van de richtlijn valt en dat zij bijgevolg onverenigbaar is met de richtlijn. Voor het geval het Hof tot de tegenovergestelde conclusie mocht komen, lijkt het mij opportuun om enkele overwegingen toe te voegen over de gegrondheid van de rechtvaardiging die de Duitse regering aanvoert en over de evenredigheid van de door haar vastgestelde regeling. Zo het Hof mocht beslissen dat de richtlijn zich niet verzet

56 — Zie punten 6 en 7 van mijn conclusie.

57 — Arrest van 30 juni 1988, Commissie/Frankrijk (punten 25 en 26); in grote lijnen in dezelfde zin, arrest Commissie/Duitsland (punten 36 e.v.).

58 — Arrest van 30 juni 1988, Commissie/Frankrijk (punt 27).

59 — In punt 38 van het arrest Commissie/Duitsland verwijst het Hof expliciet naar deze nauwkeurig bepaalde controlebevoegdheid (en -plicht) van de Commissie als hoedster van het Verdrag.

60 — Arrest Commissie/Duitsland, punt 34.

tegen de litigieuze nationale regeling, dient de nationale rechter immers, in het kader van de door artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) in het leven geroepen bevoegdheidsverdeling, vast te stellen of de weigering om Kreil toe te laten, werkelijk gerechtvaardigd kan worden geacht en of zij met het evenredigheidsbeginsel strookt.[61] Maar er is een preliminair punt waarop ik de aandacht wil vestigen. De Duitse regering stelt, dat zij naar eigen goeddunken kan vaststellen in welke gevallen op socio-culturele gronden uitzonderingen kunnen worden gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling. Waarop berust deze stelling?

6 — De rol van de discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling

31. Volgens de Duitse regering vindt de discretionaire bevoegdheid om dergelijke uitzonderingen vast te stellen, in casu haar rechtvaardiging in historische redenen die de „morele verplichting tot bescherming van de vrouw" in de zin van artikel 12a GG verklaren. De Duitse regering plaats de onderhavige zaak daarmee naast die waarin het Hof zich heeft uitgesproken over de beperkingen op het vrije verkeer van werknemers om redenen van openbare orde in de zin van artikel 48, lid 3, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 39, lid 3, EG). In de arresten Van Duyn[62] en Bouchereau[63] overwoog het Hof, dat „specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde zouden kunnen rechtvaardigen (bij de vaststelling van regelingen voor de uitzetting van vreemdelingen), naar land en tijd kunnen verschillen" en erkende het vervolgens, dat „ten deze aan de bevoegde autoriteiten een beoordelingsmarge moet worden toegekend".[64] Daarmee is echter niet gezegd dat dit criterium ook hier kan en moet gelden.

32. In de zaak Sirdar, waarin de regering van het Verenigd Koninkrijk een soortgelijke stelling aanvoerde als de Duitse regering in deze zaak, heb ik opgemerkt dat de rechtspraak van het Hof de nationale rechter niet verplicht om bij de toetsing van de vraag of de redenen voor een afwijking op grond van artikel 2, lid 2, die afwijking kunnen rechtvaardigen en of de maatregel evenredig is, rekening te houden met „een zekere beoordelings-

61 — Arrest Johnston, punten 38 en 39.

62 — Arrest van 4 december 1974 (41/74, Jurispr. blz. 1337, punten 18 en 19).

63 — Arrest van 27 oktober 1977 (30/77, Jurispr. blz. 1999, punten 33-35).

64 — Arrest Bouchereau, punt 34; arrest Van Duyn, punt 18.

marge" waarover de betrokken lidstaat wil beschikken. [65]

waardoor wordt verzekerd dat vrouwen van Duitse nationaliteit, ondanks het feit dat zij (behoudens uitzonderingen) niet tot de Bundeswehr worden toegelaten, met zekerheid aan alle gevaren ontsnappen die verbonden zijn met vijandelijke aanvallen of aan het gevaar krijgsgevangen te worden verklaard wanneer zij worden opgepakt.

7 — Factoren voor de toetsing van de juistheid en de evenredigheid van de betrokken afwijking

33. De Duitse regering stelt, dat enkel door artikel 12a GG en de bepalingen tot uitvoering daarvan — die duidelijk zijn geïnspireerd op het humanitaire volkenrecht — kan worden verzekerd, dat vrouwen „in geen geval" als combattanten aan vijandelijk vuur worden blootgesteld (zie hierboven punt 12). Zoals wij hierna zullen zien, biedt echter in werkelijkheid noch de Duitse Grondwet, noch het Verdrag van Genève of het Protocol een bescherming

34. De Duitse regering heeft ter terechtzitting verklaard, dat de Duitse strijdkrachten ingevolge artikel 87b GG over een eigen civiele administratieve structuur beschikken met ongeveer 142 000 medewerkers (tegen 330 000 soldaten) waarvan de hoofdtaken bestaan in personeelsbeleid en de dekking van de materiële behoeften van de Bundeswehr. Onder het civiele personeel dat deze taken vervult, bevinden zich, volgens de gegevens van de Duitse regering, ongeveer 49 500 vrouwen. Mijns inziens valt niet goed vol te houden, dat het humanitaire volkenrecht aan *al* degenen die tot die administratie behoren, de bescherming verzekert die artikel 51 van het Protocol voor de burgerbevolking voorziet. Het humanitaire volkenrecht lijkt bovendien, althans in sommige gevallen, te aanvaarden dat zij op dezelfde voet als combattanten als krijgsgevangenen kunnen worden aangemerkt. Volgens artikel 50 van het Protocol en artikel 4, sub A, lid 4, van het Verdrag van Genève (waarnaar eerstgenoemde bepaling verwijst) behoren niet tot de burgerbevolking en gelden dus als combattanten degenen die de strijdkrachten volgen zonder daarvan direct deel uit te maken, zoals de civiele bemanning van militaire luchtvaartuigen, oorlogscorrespondenten, legerleveranciers, leden van de arbeidseenheden of van de welzijnsdienst van het leger. Wanneer dergelijke personen door de vijand worden opgepakt,

65 — Punten 40 en 41 van mijn conclusie in de zaak Sirdar, waarin ik naar de zaak Johnston verwijs. Meer rechtstreeks met betrekking tot de historische redenen die voor artikel 12a GG worden aangevoerd, wijs ik op het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 26 september 1995 (Vogt/Duitsland, serie A, nr. 323), waarin het EHRM niet bereid was om het standpunt van de Duitse regering in die zaak te volgen, dat de ervaring van Duitsland uit de periode die tot de opkomst van het nationaal-socialistische regime had geleid, een maatregel kon rechtvaardigen die duidelijk in strijd was met de vrijheid van meningsuiting. Met betrekking tot de achterliggende casus — het ontslag van een docente met de overweging, dat zij als actief lid van de Deutsche Kommunistische Partei niet trouw zou zijn aan de Grondwet, stelde het EHRM vast, dat zelfs de ervaring van Duitsland ten tijde van de Weimarrepubliek die was uitgemond in „de verschrikkingen van het nationaal-socialisme", dergelijke radicale maatregelen niet kon rechtvaardigen met een beroep op de verdediging van fundamentele waarden als de nationale veiligheid en de openbare orde (punten 49 e.v.). Met een soortgelijk betoog als in casu had de Duitse regering in zie zaak aangevoerd, dat de Bondsrepubliek Duitsland een bijzondere verantwoordelijkheid droeg in de strijd tegen iedere vorm van extremisme, van links of rechts, en dat daarom en vanwege de ervaring gedurende de Weimarrepubliek op iedere overheidsambtenaar een politieke-loyaliteitsverplichting rustte, daar de overheid de hoeksteen was van een „weerbare democratie" (punt 54 van het arrest). Bijzondere vermelding verdient de overweging van het EHRM, dat „het *absolute* karakter van de politieke-loyaliteitsverplichting [van overheidsambtenaren], zoals door de Duitse rechter uitgelegd, opmerkelijk is" (punt 56 van het arrest; cursivering van mij).

worden zij bovendien op grond van artikel 4 van het Verdrag van Genève als „krijgsgevangenen" aangemerkt. Het Verwaltungsgericht Hannover moet daarom mijns inziens nagaan welke taken in concreto op grond van artikel 87b GG aan vrouwen worden opgedragen, om vast te stellen of hun ondersteunende taken bij de Bundeswehr zich, in het licht van genoemde bepalingen van het humanitaire volkenrecht, laten verzoenen met de ratio van artikel 12a GG.

35. Verder zijn er praktische overwegingen. Het is niet duidelijk hoe kan worden verzekerd, dat vrouwen die op grond van artikel 87b GG bij het hoofdkwartier of bij andere commandoposten tewerk zijn gesteld — bijvoorbeeld als secretaresse — of in ondersteunende functies bij een of ander onderdeel van de Bundeswehr, geheel kunnen ontsnappen aan de gevaren die het humanitaire volkenrecht tot combattanten tracht te beperken. Het is bekend, dat, als gevolg van de moderne langeafstandswapens heden ten dage de zenuwcentra van de commando- en controlestructuur van een leger, in geval van conflict tot de eerste doelwitten behoren. Er is dus een aanzienlijk aantal vrouwen (ongeveer 49 500) dat tot de administratie van de Bundeswehr is toegelaten en dat een breed scala van „niet-militaire" taken moet vervullen, zij aan zij met soldaten (die volgens de Duitse regering eveneens administratief werk verrichten) waarvan moet worden aangenomen dat zij niet tegen eventuele vijandelijke aanvallen zijn beschermd. De verwijzende rechter moet dus evalueren of een „beschermende" maatregel redelijk is, die enerzijds de risico's die men wil vermijden, niet geheel wegneemt en anderzijds vrouwen min of meer uitsluit van meer dan 300 000 arbeidsplaatsen (die, zoals de Commissie opmerkt, niet gevoelig zijn voor de negatieve invloeden van de conjunctuur op de economie en de markt en die de betrokkenen een technische beroepsopleiding geven die buitengewoon nuttig is wanneer zij naar de burgermaatschappij terugkeren).[66] In deze context moet de verwijzende rechter zich in het bijzonder ervan vergewissen, dat vrouwen, ondanks het feit dat zij „civiele" taken verrichten, niet dezelfde risico's lopen als de soldaten zelf, zij het wellicht enkel in tweede linie.

36. De bijna volledige uitsluiting van vrouwen uit de Bundeswehr die enkel is ingegeven door „beschermende" bedoelingen, lijkt ook in tegenspraak met een werkgelegenheidsbeleid dat andere werkterreinen met potentieel aanzienlijke gevaren, steeds

66 — De vermenging en de verwantschap van de civiele en militaire taken binnen de administratie van de Bundeswehr wordt nog geaccentueerd door de, door de Duitse regering vermelde, omstandigheid, dat de strijdkrachten van andere landen een dergelijke verdeling in civiele en militaire taken niet kennen en dat de administratie daar bijna uitsluitend aan militairen is toevertrouwd. Dit brengt mij wederom tot de vraag, hoe kan worden verzekerd dat de vrouwen die in groten getale ondersteunende taken verrichten bij de Bundeswehr „in geen geval" worden blootgesteld aan vijandelijke aanvallen op doelen als militaire bases, wapendepots, en de hele logistieke infrastructuur.

meer voor vrouwen openstelt. Ik denk hier in het bijzonder aan de brandweer [67] en de politie. [68] Politiemensen worden weliswaar niet aan hetzelfde soort gevaren blootgesteld als waaraan soldaten in geval van oorlog blootstaan, maar hun werk stelt de leden van de politie toch bloot aan ernstige dagelijkse gevaren, waaronder vuurgevechten met gewone delinquenten en met terroristen. Met betrekking tot de brandweer acht het Bundesverfassungsgericht volgens genoemde recente uitspraak (zie voetnoot 49) zelfs de uitsluiting van vrouwen van de verplichte dienst discriminatoir. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering zich op dit punt beperkt tot de opmerking, dat het verschil in behandeling tussen aanwerving bij de politie en bij de Bundeswehr zijn verklaring vindt in het feit, dat enkel soldaten combattanten zijn in de zin van het humanitaire volkenrecht. Zoals gezegd, is de aanwezigheid van de status van combattant een aspect waarvan de relevantie voor het onderhavige onderzoek reeds als zodanig door de nationale rechter kan worden getoetst (zie hierboven, punten 33-35). Belangrijker is echter, dat de verwijzende rechter vaststelt of het radicale verschil in de behandeling van mannen en vrouwen bij de strijdkrachten daadwerkelijk kan worden gerechtvaardigd op grond van de gevaren die *juist* aan die werkzaamheden eigen zijn.

37. Wat ten slotte de gevaren betreft die verbonden zijn met gevangenschap, dat wil zeggen met de status van krijgsgevangene: gezien het huidige humanitaire volkenrecht — dat veel verder ontwikkeld is dan vlak na de Tweede Wereldoorlog [69] — lijken deze onmiskenbaar minder ernstig dan de gevaren waaraan soldaten blootstonden in

67 — In zijn uitspraak betreffende de verplichte brandweerdienst (Feuerwehrdienstpflicht) (zie hierboven, voetnoot 49) verklaarde het Bundesverfassungsgericht de in meer dan de helft van de deelstaten bestaande uitsluiting van vrouwen van de *verplichte* brandweerdienst, in strijd met de Grondwet, *daar zij objectief niet werd gerechtvaardigd door het vereiste om vrouwen te beschermen tegen gevaren waaraan mannen niet blootstonden en zij bovendien een traditionele rolverdeling kon versterken* (BVerfGE 92, blz. 109-113). Deze uitspraak is bijzonder belangrijk omdat het Bundesverfassungsgericht in de jaren zeventig en tachtig herhaaldelijk had beslist, dat de voor vrouwen geldende vrijstelling van deze dienstplicht (die geldt voor alle volwassen mannen die voor dat werk geschikt zijn maar die kan worden vervangen door een brandweerbelasting wanneer er voldoende vrijwilligers zijn om de brandweertaken te vervullen) vanwege de daarmee verbonden gevaren objectief gerechtvaardigd was, ondanks het feit dat vrouwen deze dienst sinds 1978 in een aantal deelstaten vrijwillig konden verrichten (zie voor een beter begrip van de door het Bundesverfassungsgericht behandelde problematiek ook het arrest van het EHRM van 18 juli 1994, Schmidt/Duitsland (serie A, vol. 291-B).

68 — Ook Zuleeg (t.a.p., blz. 1020) wijst op deze tegenspraak. Hier valt bijvoorbeeld ook te denken aan de werkzaamheden van sociaal werksters in strafinrichtingen voor mannelijke gevangenen. In de zaak Von Colson en Kamann (arrest van 10 april 1984, 14/83, Jurispr. blz. 1891) leed het voor de verwijzende rechter — die het Hof een aantal vragen had gesteld over de in het Duitse recht voorziene sancties op discriminatie op grond van geslacht door werkgevers — geen twijfel, dat een strafinstelling voor mannen zich schuldig had gemaakt aan discriminatie door te weigeren twee gediplomeerde sociaal werksters aan te stellen om redenen verband houdend met hun geslacht, onder aanvoering, dat „de aanstelling van vrouwen in dergelijke inrichtingen problematisch en vol risico's was" (punten 2 en 3 van het arrest).

69 — Volgens Rodley bestond er vóór de Tweede Wereldoorlog geen internationaal recht ter bescherming van de mensenrechten (t.a.p., blz. 1) en met betrekking tot gewapende conflicten is de ontwikkeling hiervan pas op gang gekomen met de drie verdragen van Genève, waaraan in de loop der jaren een hele reeks internationale instrumenten is toegevoegd die zich niet meer beperkten tot de vaststelling van regels („standard settings") maar ook mechanismen omvatten om te verzekeren dat de staten de door hen aangegane internationale verplichtingen ook nakomen (de bekendste hiervan is de procedure die de Economisch en Sociale Raad van de Verenigde Naties bij resolutie nr. 1503 van 27 mei 1970 heeft goedgekeurd en op grond waarvan de Commissie voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties de bevoegdheid heeft gekregen om beweerde ernstige schendingen van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden te onderzoeken of aan een gedetailleerde studie te onderwerpen; zie Rodney, t.a.p., blz. 6, voetnoot 18).

de periode waarnaar de Duitse regering verwijst, dat wil zeggen tijdens het Derde Rijk, waardoor de Duitse grondwetgever zich in 1956 heeft laten inspireren (zie hierboven, punt 12). Bij de beoordeling van de evenredigheid van de onderhavige nationale maatregelen moet mijns inziens een zekere relevantie worden toegekend aan de ontwikkeling van het humanitaire volkenrecht in de afgelopen 50 jaar in een buitengewoon beschermende richting.

38. Na te hebben geconcludeerd, dat de richtlijn in de weg staat aan de discriminatie waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, heb ik gewezen op een aantal elementen die de nationale rechter kan beoordelen bij de uitoefening van de hem opgedragen taak om vast te stellen of de bijna volledige uitsluiting van vrouwen uit de Bundeswehr kan worden gerechtvaardigd met de overwegingen die de Duitse regering heeft aangevoerd, en of zij evenredig is.

VI — Conclusie

39. Bijgevolg dient de prejudiciële vraag van het Verwaltungsgericht Hannover mijns inziens te worden beantwoord als volgt:

„Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, staat in de weg aan nationale bepalingen als § 1, lid 2, derde volzin, van het Soldatengesetz, in de versie van 15 december 1995, laatstelijk gewijzigd bij wet van 4 december 1997, en § 3a van de Soldatenlaufbahnverordnung, in de op 28 januari 1998 gepubliceerde versie, volgens welke vrouwen van aanstelling in alle gevechtseenheden van de strijdkrachten worden uitgesloten."