KALANKE

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 6. april 1995 *

1. Er en national lovgivning, hvorefter kvinder har fortrinsstilling ved ansættelse og/eller forfremmelse, når de har samme kvalifikationer som deres mandlige medansøgere, og er underrepræsenteret — idet de ikke udgør halvdelen af de ansatte — i de enkelte lønklasser i den pågældende personalegruppe, forenelig med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, som det er knæsat i de relevante fællesskabsbestemmelser? Med andre ord indebærer en kvoteordning til fordel for kvinder, også selv om den er undergivet de ovennævnte betingelser, forskelsbehandling på grundlag af køn, der er forbudt ifølge fællesskabsretten, eller er ordningen en positiv foranstaltning, der er tilladt, da formålet er effektivt at fremme lige muligheder på arbejdsmarkedet?

Dette er i det væsentlige indholdet af de præjudicielle spørgsmål, som Bundesarbeitsgericht har forelagt Domstolen, og som navnlig drejer sig om fortolkningen af artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [1] (herefter »direktivet«).

2. Formålet med direktivet er ifølge artikel 1, stk. 1, »gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring«. I artikel 2, stk. 1, bestemmes dernæst, at »princippet om ligebehandling ... indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«. Ifølge artikel 2, stk. 4, der i denne sag ønskes fortolket, kan medlemsstaterne imidlertid træffe og/eller opretholde »foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder«.

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 39, s. 40.

Der henvises udtrykkeligt til artikel 2, stk. 4, i betragtningerne til Rådets henstilling 84/635/EØF af 13. december 1984 om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder [2], hvori Rådet fremhæver behovet for sideløbende foranstaltninger »med henblik på at modvirke de negative virkninger, som kvinder på arbejdsmarkedet udsættes for som følge af samfundsbestemte holdninger, adfærd og struktur«, et behov, der skyldes, at de gældende bestemmelser om ligebehandling »ikke (er) tilstrækkelige til at afskaffe alle de faktiske uligheder« [3]. Det henstilles således til medlemsstaterne, at de »indfører en politik for positive foranstaltninger med henblik på at fjerne de faktiske uligheder, som kvinder udsættes for i arbejdslivet, og at nedbryde kønsopdelingen på arbejdsmarkedet« (punkt 1) og navnlig sørger for, at de positive foranstaltninger så vidt muligt omfatter foranstaltninger vedrørende »tilskyndelse af kvinder til at søge stillinger, til ansættelse og forfremmelse af kvinder inden for sektorer og erhverv samt på niveauer, hvor de er underrepræsenteret, især i ansvarsstillinger« (punkt 4, sjette led). Kort sagt henstilles det til medlemsstaterne, at de for så vidt angår faktiske uligheder *tilskynder* kvinder til at søge stillinger og tilskynder til ansættelse og forfremmelse af kvinder.

Endelig skal jeg bemærke, at artikel 6, stk. 3, i aftalen om socialpolitikken indgået mellem Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater med undtagelse af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland og tilføjet Maastricht-traktaten ved protokol nr. 14, har et i alt væsentligt tilsvarende formål som artikel 2, stk. 4, i direktivet. Ifølge nævnte artikel 6, stk. 3, er nemlig princippet om lige løn »ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for kvinder at udøve en erhvervsaktivitet, eller at forebygge eller opveje ulemper i deres erhvervsmæssige karriere«.

3. Den relevante nationale lovgivning i denne sag er Gesetz zur Gleichstellung von Mann und Frau im öffentlichen Dienst des Landes Bremen [4] (Land Bremens lov om ligebehandling af mænd og kvinder i den offentlige tjeneste, herefter »LGG«) af 20. november 1990, hvis § 4 har følgende ordlyd:

»Indstilling til og udnævnelse i en stilling samt forfremmelse

1. Ved indstilling til stillingsbesættelse, herunder ansættelse som tjenestemand eller dommer, der ikke sker i uddannelsesøjemed, skal der på de områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, gives fortrinsstilling til kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere.

2 — EFT L 331, s. 34.

3 — Jf. tredje betragtning.

4 — *Bremisches Gesetzblatt*, s. 433.

2. Ved udnævnelse i en stilling på et højere løntrin, lønklasse og løngruppe skal der gives fortrinsstilling til kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, når kvinder er underrepræsenteret. Dette gælder også ved udnævnelse i en anden stilling og ved forfremmelse.

3. ...

4. Kvalifikationerne skal udelukkende vurderes i forhold til de krav, der stilles i forbindelse med erhvervet, stillingen, der skal besættes, eller karrieren. Særlige erfaringer og evner, som for eksempel er erhvervet ved arbejde i familien, socialt engagement eller ulønnet tillidshverv, skal, når de er nyttige ved udøvelse af den pågældende virksomhed, betragtes som kvalifikationer i stk. 1 og 2's forstand.

5. Kvinder er underrepræsenteret, når de på det enkelte løntrin, og i den enkelte lønklasse og aflønningsgruppe i den pågældende personalegruppe på arbejdsstedet ikke udgør mindst halvdelen af de ansatte. Dette gælder også for de forskellige kompetenceniveauer i organisationsplanen.«

4. Jeg er nu kommet til det hændelsesforløb, som har ført til denne sag. I juli 1990 opslog Stadt Bremen stillingen som leder af afdeling 21 under stadsgartnerembedet, der er indplaceret i lønklasse II a/Ib i BAT [5]. På grundlag af ansøgningerne stod valget til sidst mellem hr. Kalanke og fru Glißmann, som begge havde arbejdet i afdeling 21 fra henholdsvis 1973 og 1975 som anlægsgartnere i lønklasse III i BAT. Førstnævnte, der er have- og landskabsingeniør, var på det relevante tidspunkt stedfortræder for afdelingslederen. Glißmann, der afsluttede en uddannelse som haveingeniør i 1967, blev i 1983 efter yderligere studier landskabsingeniør.

Ledelsen af stadsgartnerembedet foreslog at forfremme Kalanke, men personaleudvalget afviste at godkende dette. Et mæglingsforsøg, som medførte en anbefaling af Kalanke, førte til, at personaleudvalget erklærede mæglingen for mislykket og indbragte sagen for forligsinstitutionen. Denne fastslog den 20. februar 1991, at »de to ansøgere er lige kvalificerede til at bestride den pågældende stilling, og derfor skal der — også under henvisning til Landesgleichstellungsgesetz — gives fortrinsstilling til den kvindelige ansøger«.

5 — Bundesangestelltentarifvertrag.

5. Kalanke anlagde sag ved Arbeitsgericht Bremen til prøvelse af denne afgørelse og har gjort gældende, at forligsinstitutionen ikke har taget hensyn til, at han er fagligt bedre kvalificeret, og at § 4 i LGG under alle omstændigheder er i strid med artikel 3, stk. 2 og 3, og artikel 33, stk. 2, i den tyske grundlov, artikel 2, stk. 2, i Land Bremens forfatning og § 611a i Bürgerliches Gesetzbuch. Kalanke fik dog ikke medhold ved Arbeitsgericht; hans appel til Landesarbeitsgericht gav ligeledes samme negative resultat.

Kalanke indbragte derefter sagen for Bundesarbeitsgericht ved revisionsanke. Denne har indledningsvis fremhævet, at sagens afgørelse i det væsentlige afhænger af, om § 4 i LGG finder anvendelse, idet forligsinstitutionens afgørelse kun er ulovlig, såfremt det viser sig, at denne med urette har anvendt den pågældende lov; såfremt dette er tilfældet, er den fordel, som Glißmann har fået, ulovlig, fordi den udelukkende er givet på grundlag af køn. Da Bundesarbeitsgericht i overensstemmelse med Landesarbeitsgericht har lagt til grund, at forligsinstitutionen, fordi de to ansøgere har samme kvalifikationer, ikke har tilsidesat nogen retsforskrift, og da kvinder faktisk er underrepræsenteret på det pågældende område [6], har den fastslået, at forligsinstitutionen med rette i henhold til § 4 i LGG har afvist at godkende udnævnelsen af sagsøgeren. Endelig har Bundesarbeitsgericht fastslået, at den i § 4 i LGG fastlagte kvoteordning er forenelig med de nationale retsforskrifter, som ifølge sagsøgeren er overtrådt.

6. Bundesarbeitsgericht har dog fundet det rimeligt at undersøge gyldigheden af § 4 i LGG i forhold til princippet om ligebehandling, således som det fremgår af fællesskabsretten, navnlig artikel 2, stk. 1 og 4, i direktivet. Den har derfor forelagt Domstolen en anmodning om en præjudiciel afgørelse af spørgsmålene: a) om artikel 2, stk. 4, i direktivet skal fortolkes således, at den også omfatter en national lovgivning som den, der er beskrevet ovenfor, og b) i benægtende fald, om artikel 2, stk. 1, i direktivet under hensyn til proportionalitetsprincippet medfører, at det er udelukket at anvende en sådan national lovgivning.

De to spørgsmål er snævert forbundne og, som det vil fremgå nedenfor, kræver de ikke to særskilte svar. Artikel 2, stk. 1, indeholder i en generel og bindende form princippet om ligebehandling af mænd og kvinder og artikel 2, stk. 4, en undtagelse hertil, hvorfor det er umuligt at fortolke artikel 2, stk. 4, uden hensyntagen til princippet i artikel 2, stk. 1.

6 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at der i Stadt Bremens administration i alt er ansat 49% mænd og 51% kvinder. Såfremt man opdeler de to køns andele på karriere, ser tallene således ud: i underordnede stillinger er kvindernes andel 75%, i mellemstillingerne 52%, i højere stillinger 50% og i overordnede stillinger 30%.

Det er i hvert fald nødvendigt at foretage en proportionalitetsprøvelse.

7. Dette forudskikket, er spørgsmålet først og fremmest, om kvoteordningen i § 4 i LGG falder ind under anvendelsesområdet for direktivets artikel 2, stk. 4.

Det er første gang, at Domstolen er blevet anmodet om at fortolke direktivets artikel 2, stk. 4, i forbindelse med en kvoteordning til fordel for kvinder og mere generelt i forbindelse med positive foranstaltninger. Spørgsmålets betydning er helt sikkert ikke ringe, tværtimod. Denne sag drejer sig nemlig om rækkevidden af undtagelsen i artikel 2, stk. 4, og især om betydningen af lighedsprincippet, modsætningen mellem formel lighed, forstået som ligebehandling af individer, der tilhører forskellige grupper, og materiel lighed, forstået som lighed mellem grupper. Må til syvende og sidst ethvert menneskes ret til ikke at blive diskrimineret på grundlag af dets køn — en ret, der er anerkendt af Domstolen som en grundlæggende rettighed, som den værner om [7] — stå tilbage for en ringere stillet gruppes rettigheder — her kvinderne — for at udligne den forskelsbehandling,

7 — Dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne II, Sml. s. 1365, præmis 27. Jf. ligeledes senest dom af 28.1.1992, sag T-45/90, Speybrouck, Sml. II, s. 33, hvori Retten netop har bekræftet, at »princippet om ligebehandling af kvindelige og mandlige arbejdstagere og dermed udelukkelse af enhver kønsbetinget forskelsbehandling, den være sig direkte eller indirekte, indgår som en integrerende del af de grundlæggende rettigheder, som Domstolen og Retten skal værne om i medfør af EØF-traktatens artikel 164« (præmis 47).

som denne gruppe har været udsat for før i tiden?

8. Før jeg kommer til spørgsmålets indhold, finder jeg det passende at fremsætte nogle bemærkninger til begrebet positive foranstaltninger.

Positive foranstaltninger har deres udspring i kravet om at overvinde de faktiske hindringer, som visse kategorier eller grupper af personer er udsat for, således at de er ringere stillet på arbejdsmarkedet. Der er tale om et af de midler, der anvendes til gennemførelsen af *lige muligheder* for minoritets- eller andre forfordelte grupper: Metoden består som regel i at give disse grupper en fortrinsbehandling [8]. Da positive foranstaltninger har

8 — Begrebet positiv foranstaltning (»affirmative action«) blev indført i USA af de demokratiske regeringer i tresserne, som overtog en typisk domstolsforanstaltning (indtil da var positive foranstaltninger blevet anvendt af domstolene mod arbejdsgivere, som havde gjort sig skyldig i diskriminerende adfærd) og gjorde den til et forvaltningsinstrument. De indeholdt navnlig en forpligtelse for de virksomheder, som havde indgået kontrakter med regeringen efter licitationer, om at gennemføre foranstaltninger til fordel for den farvede befolkning, hvis virksomhederne ikke ville miste de allerede indgåede kontrakter. Efter dette koncept gik man senere over til positive foranstaltninger til fordel for andre etniske mindretal eller andre udsatte befolkningsgrupper, som f.eks. kvinderne. I lighedens navn blev der således udarbejdet og gennemført programmer om fortrinsbehandling, navnlig vedrørende adgang til højere uddannelse og til beskæftigelse.

gruppen som sådan for øje, markerer de også overgangen fra den individuelle til den kollektive opfattelse af lighed [9].

9. De positive foranstaltninger kan antage forskellige former. En første model består i at søge, ikke at afhjælpe forskelsbehandling i retlig forstand, men at rette op på en situation, hvor kvinder er stillet ringere på arbejdsmarkedet. Målet herfor er at afskaffe årsagerne til de færre chancer for beskæftigelse og karriere, som kvinder (endnu) har på arbejdsmarkedet, ved navnlig at søge indflydelse på erhvervsvalg og -uddannelse. En anden form for model for positive foranstaltninger er de foranstaltninger, som har til formål at fremme ligevægt mellem familie- og erhvervsmæssige opgaver og en bedre fordeling af disse opgaver på de to køn. I dette tilfælde er der først og fremmest tale om foranstaltninger vedrørende arbejdstid, udbygning af børneinstitutioner, kvinders genindslusning på arbejdsmarkedet efter at de har beskæftiget sig med børnenes opdragelse, samt foranstaltninger vedrørende social sikkerhed og skattefordele, som tager hensyn til familiemæssige byrder. I begge tilfælde har positive foranstaltninger, selv om der træffes særlige beskæftigelsesfremmende foranstaltninger til fordel for kvinder, til formål at opnå lige muligheder og til syvende og sidst frembringe *materiel lighed*. Resultaterne viser sig naturligvis ikke omgående i form af en kvantitativ forøgelse af kvinder i beskæftigelse.

En tredje model er positive foranstaltninger, der er tænkt som middel til at fjerne de fortsatte virkninger af historisk og retlig relevant forskelsbehandling; i dette tilfælde er der tale om en foranstaltning, der har karakter af kompensation, hvilket medfører, at fortrinsbehandling af ugunstig stillede grupper legitimeres, ved hjælp af navnlig kvotering og *goals* [10]. Denne model har sådan set sat sig

9 — Og det er i øvrigt anvendelsen af begrebet gruppe, der ikke er fuldstændig enighed om. I denne sammenhæng fremføres det nemlig, at en fortrinsbehandling af bestemte grupper kan føre til, at gruppens mindreværdsfølelse over for flertallet forstærkes med den konsekvens, at de begunstigede endegyldigt fastholdes og marginaliseres i fast afgrænsede sociale grupper. Man beskylder også fortrinsbehandling af visse ringerestillede grupper for at forringe systemets effektivitet, når der sættes spørgsmålstegn ved de bedstes sociale succes.

10 — Kvotering og *goals* er de to måder, hvorpå De Forenede Stater siden tresserne har forfulgt det mål at afskaffe faktisk ulighed. Kvotering består i at forbeholde et vist antal stillinger for de mest ugunstigt stillede grupper for at afbalancere deres repræsentation. Ordningen med *goals* derimod går ud på, at medlemmer af den pågældende gruppe får et højere antal point, hvilket dog ikke har indflydelse på enhver ansøgers ret til at søge alle ledige stillinger. Supreme Court's retspraksis er overordentlig afvisende over for en fast kvotering (jf. Regents of the University of California mod Bakke — 438 U. S. 265, 1978) og den har, også selv om den har godkendt ordningen med *goals*, nærmere fastlagt former og betingelser. Et program med positive foranstaltninger må, kort gengivet, frem for alt være et overgangsfænomen: Det tjener nemlig til at korrigere en situation med uligevægt ved at skabe lighed i udgangspunktet, og ikke til kunstigt at genskabe, også når virkningerne af en tidligere forskelsbehandling i mellemtiden er afskaffet (United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC mod Weber — 443 U. S. 193, 1979). For det andet skal programmet kunne begrundes ved hjælp af forudgående, objektivt konstaterbare faktiske forhold: f.eks. et åbent misforhold mellem samfundets racemæssige sammensætning og genspejlingen heraf i det akademiske mikrokosmos; eller mellem antallet af kvinder i lederstillinger i forhold til den kvindelige del af befolkningen. I Europa er man først nu begyndt at anvende positive foranstaltninger, eller de har i hvert fald påkaldt sig opmærksomhed, hvorimod de i deres oprindelsesland befinder sig i krise. I De Forenede Stater griber man nemlig nu tilbage til kriteriet *strict scrutiny*, hvorefter bestemmelser, som indskrænker en grundrettighed, kun kan forsvares, såfremt de svarer til en bydende almen interesse (*compelling government interest* — jf. f.eks. City of Richmond mod Croson, 488, U. S. 469, 1989).

igennem, eller bliver i hvert fald betragtet som universalmiddel til at fjerne de faktiske uligheder, der findes i samfundet. Derved ligestilles en faktisk situation med lige muligheder med lighed for så vidt angår resultaterne. Fastlæggelse af kvoter er en meget kontroversiel foranstaltning, navnlig for så vidt angår deres overensstemmelse med forfatningen. Selv om en sådan foranstaltning naturligvis er egnet til at øge kvindernes andel af den erhvervsaktive befolkning, er det også den foranstaltning, der stærkest griber ind i princippet om lighed mellem mennesker, et princip, som nyder forfatningsmæssig beskyttelse i de fleste medlemsstaters retsordener.

10. Kvoterne kan være mere eller mindre stive. I den sag, vi beskæftiger os med her, er der som allerede nævnt ikke tale om faste kvoter (som fastlægger den procentvise del af alle stillinger, der skal besættes uafhængigt af kvalifikationerne hos de personer, der berøres af foranstaltningen) og heller ikke om kvoter, der forudsætter minimumskrav, som ansøgere skal opfylde, men om kvoter, der kun giver kvinder en fortrinsstilling, såfremt de har samme kvalifikationer som de mandlige ansøgere.

Det er naturligvis klart, at der også i sidstnævnte tilfælde er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn.

11. Sagen er, at enhver positiv foranstaltning til fordel for en minoritetsgruppe eller en *udsat* gruppe er i strid med lighedsgrundsætningen i formel forstand. Det skal således fastslås, om det alligevel er tænkeligt, at man under visse klart beskrevne konkrete omstændigheder og for at nå et til et socialt politisk valg svarende mål om at fjerne uligheder, der skyldes historiske fordomme, alligevel kan udstede forskrifter, der er i strid med dette princip, men alligevel er lovlige.

Nærmere bestemt er spørgsmålet i denne sag, om artikel 2, stk. 4, i direktivet er en hensigtsmæssig hjemmel hertil, eller med andre ord, om foranstaltninger af den her omhandlede art falder ind under den i bestemmelsen indeholdte undtagelsesadgang.

12. Som allerede anført giver artikel 2, stk. 4, medlemsstaterne mulighed for at træffe og/eller opretholde »foranstaltninger til *fremme af lige muligheder* for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de *faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder* på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder« [11].

Det fremgår først og fremmest af bestemmelsen, at direktivet ved siden af negative

11 — Min fremhævelse.

foranstaltninger — som f.eks. forbud mod direkte forskelsbehandling og mod skjult, altså indirekte forskelsbehandling — også, men altid med det formål at sikre en faktisk ligebehandling, forudser udstedelse af foranstaltninger, som kræver en positiv handling for kunne bringes i anvendelse. Dette betyder, at direktivets artikel 2, stk. 4, meget vel giver medlemsstaterne mulighed for at træffe positive foranstaltninger; dog, som anført i bestemmelsen, kun såfremt foranstaltningen tjener til at fremme lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på arbejdsmarkedet.

13. For at kunne fastslå, hvilke positive foranstaltninger der er tilladt efter artikel 2, stk. 4, er det altså nødvendigt at definere begrebet *lige muligheder* eller mere præcist: at fastslå, om der med denne formulering skal forstås lighed for så vidt angår udgangssituationen eller resultatet. At frembringe lige muligheder kan efter min opfattelse kun betyde at skabe en situation, hvor lige resultater kan nås, altså at skabe lige forudsætninger for begge køn for så vidt angår udgangssituationen. For at opnå dette resultat er det naturligvis nødvendigt, at fjerne de faktiske hindringer, som står i vejen for virkeliggørelsen af lige muligheder for mænd og kvinder på beskæftigelsesområdet. Det er således nødvendigt at identificere disse hindringer og derefter fjerne dem, idet de bedst egnede midler hertil skal anvendes.

Det er efter min opfattelse meget klart, at den anfægtede nationale ordning på ingen måde har til formål at sikre lighed i udgangssituationen. Den omstændighed, at to ansøgere af forskelligt køn har samme kvalifikationer, medfører nemlig pr. definition, at begge ansøgere havde og har lige muligheder: De befinder sig altså som udgangspunkt i samme situation. Med denne nationale ordning tilstræbes der altså, idet kvinder gives en fortrinsstilling, lighed for så vidt angår resultatet eller snarere en rent numerisk retfærdig fordeling af arbejdspladser mellem mænd og kvinder. Dette er hverken meningen eller formålet med direktivets artikel 2, stk. 4.

14. Når dette er sagt, skal det dog ikke forties, at det egentlige formål med lige muligheder uden tvivl består i at fremme kvinders beskæftigelse og nå frem til en materiel lighed, og at alene samme udgangssituation som sådan ikke i sig selv fører til de samme resultater, da disse ikke kun afhænger af de berørtes kvalifikationer og individuelle indsats [12], men også kan være påvirket af en bestemt samfundsstruktur, som straffer kvinder, navnlig på grund af deres dobbeltrolle og på grund af historisk betinget forskelsbehandling, som endnu gør kvinders tilstedeværelse i bestemte sektorer, navnlig i ledende stillinger, marginal.

12 — Det siger sig selv, at spørgsmålet, såfremt fremgangsmåden ved bestemmelsen af kvinders kvalifikationer er indirekte diskriminerende, må stilles på en anden måde: Der vil således foreligge forskelsbehandling, som, selv om den er indirekte, kan anfægtes ved hjælp af bestemte bestemmelser i direktivet.

På dette grundlag må det undersøges, om direktivets artikel 2, stk. 4, skal fortolkes således, at det også omfatter foranstaltninger, der indebærer en forudfastsættelse af »resultater« ved at indføre kvoter, uanset om de er faste eller som her er undergivet visse betingelser.

15. I den eneste sag, hvor Domstolen har taget stilling til fortolkningen af denne bestemmelse, har den fastslået, at undtagelsen, der er fastsat heri, »har det præcise og afgrænsede formål at skulle give hjemmel til foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som faktisk fjerner eller reducerer de uligheder, der reelt er i samfundet« [13]. På dette grundlag har Domstolen afvist, at undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 4, omfatter særlige ordninger til fordel for kvinder, såsom nedsættelse af arbejdstiden, nedsat pensionsalder, orlov ved barns sygdom, tillæg af feriedage pr. barn, særligt tilskud til mødre, der har udgifter til vuggestue eller børnepasning osv.

Domstolen har således fastslået, at artikel 2, stk. 4, tillader behandlinger, som *kun tilsyneladende* er diskriminerende, men som konkret har til formål at fjerne de faktiske hindringer, som forhindrer virkeliggørelsen af lige muligheder for kvinder [14]. Dette bekræfter, at målet er en materiel lighed, men bekræfter efter min opfattelse også, at et sådant mål skal forfølges ved hjælp af foranstaltninger, som sigter på at frembringe en situation med faktiske lige muligheder, således at alene forskelsbehandling, der er nødvendig for at afhjælpe hindringer eller forskelle, som forhindrer kvinderne i under samme forudsætninger at nå til samme resultat som mænd, er tilladt. Det er udelukkende ud fra dette synspunkt, at de særlige foranstaltninger for kvinder kun tilsyneladende er diskriminerende; og kun på denne måde opnår man en situation med faktisk materiel lighed, som er ægte.

16. Princippet om materiel lighed forudsætter, at der tages hensyn til de faktiske uligheder, som følger af et tilhørsforhold til en bestemt gruppe personer eller en bestemt socialgruppe; princippet muliggør og foreskriver, at de ulige og skadelige følger, som disse uligheder medfører for personerne i den pågældende gruppe, fjernes eller i hvert fald udlignes ved hjælp af særlige foranstaltninger.

13 — Dom af 25.10.1988, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 15.

14 — Den faktiske forskelsbehandling, som kvinder bliver konfronteret med, kan f.eks. bestå i betingelser for organisering og fordeling af arbejdet, som kan have forskellige virkninger for de beskæftigede afhængig af deres køn, i en forfordeling af kvinder ved erhvervsuddannelse, forfremmelse og avancement på andre områder. Ud fra dette synspunkt må en positiv foranstaltning for at være effektiv frem for alt øve indflydelse på valg af skole og erhverv, således at tilgangen af kvinder på områder, hvor de er underrepræsenteret, fremmes. Det skal dog fremhæves, at de netop nævnte franske foranstaltninger (navnlig fleksible arbejdstider og tilskud til børnepasning) ubestrideligt kun er tilsyneladende diskriminerende, fordi formålet med dem er at fjerne faktiske hindringer for virkeliggørelsen af lige muligheder.

Til forskel fra princippet om formel lighed, som forbyder at begrunde forskelsbehandling af personer med sådanne særlige kendetegn som køn, har princippet om materiel lighed tværtimod et positivt udgangspunkt, idet det netop støtter sig til betydningen af de samme forskelsfaktorer for at begrunde en ulige retstilstand, der bliver indført som et instrument til at skabe lighed mellem personer, som ikke forudsættes at være neutral, men hvor der netop tages hensyn til forskellene. Endelig indeholder princippet om materiel lighed den formelle lighed, og det tillader kun undtagelser herfra, som begrundes med det formål, der forfølges: at sikre en faktisk lighed. Formålet er i sidste ende det samme, nemlig at sikre, at alle behandles lige.

17. På den anden side er det netop den logik, der ligger bag undtagelserne fra princippet om ligebehandling. Disse bestemmelser er ikke så meget faktiske undtagelser fra princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn, idet der er tale om bestemmelser, som snarere skal sikre, at lighedsgrundsætningen faktisk er effektiv, idet det er tilladt at indføre sådanne uligheder, som er nødvendige til dens gennemførelse. Der er alt i alt kun tale om en tilsyneladende forskelsbehandling, idet den tillader eller foreskriver en forskellig behandling til fordel for og til beskyttelse af kvinder for at tilvejebringe en materiel lighed og ikke blot en formel lighed, som tværtimod ville være det modsatte af lighed.

Det er netop på denne baggrund, at Domstolens praksis vedrørende undtagelsen i artikel 2, stk. 3 [15], skal forstås, idet den i særdeleshed har fastslået, at »direktivet (indrømmer) medlemsstaterne et skøn, for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de inden for direktivets rammer træffer for at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab og for at udligne de faktisk eksisterende vanskeligheder, som kvinder, modsat mænd, har med at bevare beskæftigelsen« [16].

Medlemsstaterne kan altså ved hjælp af denne undtagelse udstede bestemmelser, som har til formål at fjerne de ufordelagtige konsekvenser, som for kvinderne følger af deres biologiske situation. Forskelsbehandlingen af en kvinde, der befinder sig i en bestemt situation, f.eks. graviditet, er således kun tilsyneladende diskriminerende: i virkeligheden er formålet at udligne virkningerne af visse bestemte forskelle mellem mænd og kvinder og dermed at sikre en materiel lighed. Det er således *forskellen,* der legitimerer afvigelser i form af særlige foranstaltninger ved anvendelse af forskellige bestemmelser i forhold til formel lighed: Lovgivningen tager den eksisterende forskel i betragtning for at tilvejebringe materiel lighed mellem mænd og kvinder.

18. I undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 4, er forskelsbehandlingen ikke forbun-

15 — Denne bestemmelse giver som bekendt medlemsstaterne adgang til at udstede og/eller opretholde »bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«.

16 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, præmis 22. Jf. dog også dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 27.

det med en bestemt tilstand hos kvinden, men angår alle kvinder som sådan. Fortrinsbehandlingen af kvinder er begrundet i den almindelige forfordeling, som skyldes den forskelsbehandling, kvinder har været udsat for før i tiden, og praktiske vanskeligheder ved at varetage en dobbeltrolle.

Det er kun alt for åbenbart, at sådanne vanskeligheder bestemt ikke afhjælpes med en kvotering eller andre lignende ordninger, der er fuldstændig uden interesse med henblik herpå. Derimod er det nødvendigt med foranstaltninger vedrørende arbejdets tilrettelæggelse, navnlig arbejdstiden, samt faciliteter vedrørende børnepasning og andre foranstaltninger, som gør det muligt at forlige familie- og arbejdsmæssige forpligtelser. I øvrigt har Domstolen, som jeg allerede har anført, med en efter min opfattelse overdreven strenghed i den pågældende sag, fastslået, at ikke engang sådanne foranstaltninger falder ind under undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 4 [17].

19. For så vidt angår endelig den forskelsbehandling, som kvinderne har lidt under før i tiden, er det sikkert ubestrideligt, at virkningerne heraf endnu mærkes. Den (historisk betingede) socialt og kulturelt ulige situation (jeg skal blot henvise til forskellen i forbindelse med skole- og erhvervsuddannelse) medfører nemlig stadig, at kvinder fortrænges på arbejdsmarkedet. Det kan heller ikke bestrides, at en sådan situation udgør en faktisk ulighed, en forfordeling, som skal fjernes.

Med henblik på en sådan situation giver artikel 2, stk. 4, i direktivet mulighed for at gribe ind ved hjælp af positive foranstaltninger, dog som allerede nævnt kun for at forbedre den forfordelte gruppes udgangsposition for at sikre reelle lige muligheder. Formålet med positive foranstaltninger må altså være at fjerne hindringer, som stiller sig i vejen for kvinders lige muligheder, ved f.eks. at tage fat på valg af skole- og erhvervsuddannelse. Den positive foranstaltning må derimod ikke tilsigte at sikre ligebehandling af kvinder for så vidt angår resultatet, når der er tale om arbejdspladser, dvs. ved besættelse af stillinger, altså resultatet som en form for kompensation for historisk betinget forskelsbehandling. Positive foranstaltninger kan kort sagt ikke være — og endnu mindre anvendes som — et middel til ved hjælp af diskriminerende foranstaltninger at genoprette en ulige situation, som er historisk betinget.

20. Og heller ikke en gennemgang af den anfægtede bestemmelse i lyset af den ovenfor anførte henstilling om fremme af positive

17 — Ovennævnte dom, Kommissionen mod Frankrig, præmis 15 og 16.

foranstaltninger fører til et noget andet resultat. Selv om henstillingen ikke er en bindende retsakt, kan den dog, som fastslået af Domstolen, bidrage til fortolkningen af andre fællesskabsretlige bestemmelser, som den har til formål at udfylde [18].

Den pågældende henstilling, hvis betragtninger udtrykkeligt henviser til direktivets artikel 2, stk. 4, indeholder ikke en definition af positive foranstaltninger, men alene en opregning af de formål, som en sådan foranstaltning kan sigte mod. De anførte formål gør det dog tydeligt, at der er tale om positive foranstaltninger, som har til formål at fjerne hindringer og/eller faktiske uligheder, som berører kvinder, og ikke blot foranstaltninger, der har til formål at afhjælpe ulemper for kvinder på arbejdsmarkedet. Allerede begrebet *fremme* af kvinders tilstedeværelse og deltagelse på alle områder, i alle erhverv og på alle ansvarsniveauer skal forstås som en tilskyndelse, men helt sikkert ikke til en mekanisk fortrinsstilling. En positiv foranstaltning beror altså på to præmisser: at der består faktiske uligheder, som forhindrer virkeliggørelsen af en situation med *lige muligheder* for mænd og kvinder, og at den positive foranstaltning har en (underforstået) midlertidig karakter, hvis retmæssighed således er knyttet til, at de faktiske hindringer, der skal fjernes, fortsat består.

18 — Jf. dom af 13.12.1989, sag C-322/88, Grimaldi, Sml. s. 4407, præmis 18 og 19.

21. Endelig betragtes i henstillingen den positive foranstaltning ligeledes som et instrument for en politik vedrørende lige muligheder; henstillingen indeholder derimod på ingen måde en adgang til at begunstige kvinder til fremme af deres beskæftigelse. Dette betyder, at den ikke kan fortolkes således, at forskelsbehandling på grundlag af køn er tilladt, når der ikke er tale om at fjerne hindringer, som berører kvinders muligheder, og som til syvende og sidst forhindrer gennemførelsen af en materiel ligebehandling.

Også den omstændighed, at begreberne fordele og opvejning af ulemper forekommer i artikel 6, stk. 3, i den ovennævnte protokol om socialpolitikken, altså i den bestemmelse, der indeholder princippet om lige løn til mænd og kvinder, ændrer ikke dette resultat. Specifikke fordele vedrørende aflønning til opvejning af ulemper for så vidt angår erhvervsmæssig karriere og/eller at lette udøvelsen af et erhverv kan nemlig efter min opfattelse højst bestå i en økonomisk støtte til mødre, der er forpligtet til at betale vuggestueomkostninger eller lignende, men kan helt sikkert ikke bestå i diskriminerende foranstaltninger på grundlag af køn, som ikke er bestemt til at fjerne en eller anden hindring. Endnu en gang: Perspektivet er at fjerne de ufordelagtige konsekvenser, som kvinder lider under på grund af deres særlige situation; målet er dog til enhver tid at nå frem til en situation, hvor mænd og kvinder faktisk har lige muligheder.

22. Disse bemærkninger bekræfter, at direktivets artikel 2, stk. 4, kun giver adgang til at fjerne faktiske uligheder, som kvinder er konfronteret med, men ikke ved hjælp af omvendt forskelsbehandling, dvs. foranstaltninger, der absolut ikke er truffet til afhjælpning af hindringer, som gør det umuligt for kvinder at nå de samme resultater på baggrund af lige forudsætninger, men til umiddelbart at fremskaffe selve resultatet til dem eller i hvert fald give dem fortrinsstilling for at nå det, *alene fordi de er kvinder*.

Foranstaltninger med udgangspunkt i køn, som ikke er bestemt til at fjerne en hindring, dvs. ændre en ufordelagtig situation, er således lige så ulovlige i dag, som de var i går, fordi de er diskriminerende, selv om målet er at fremme ligebehandling.

23. Denne konklusion kan ikke anses for at være i modstrid med det skøn, som direktivet giver medlemsstaterne for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de træffer med det formål at sikre lige muligheder for kvinder, under forudsætning af — som Domstolen har fastslået vedrørende undtagelsen i artikel 2, stk. 3 — at dette skøn altid udøves inden for de rammer, der er fastlagt i direktivet [19].

Desuden har Domstolen for så vidt angår undtagelsen i artikel 2, stk. 2, netop fremhævet, at »bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende, eftersom der er tale om en undtagelse fra en ved direktivet hjemlet subjektiv rettighed« [20]. Domstolen har derefter tilføjet, at »i ethvert tilfælde, hvor der gøres undtagelse fra en subjektiv rettighed som direktivets princip om ligebehandling af mænd og kvinder, skal den nærmere rækkevidde af undtagelsen fastlægges i forhold til proportionalitetsprincippet som en af de almindelige retsgrundsætninger, der ligger til grund for fællesskabsretten« [21]. Den pågældende nationale foranstaltning må således ikke gå videre end rimeligt og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål.

24. Den her anfægtede nationale foranstaltning giver som anført ovenfor kvinder en fortrinsstilling ved ansættelse og/eller forfremmelse under forudsætning af, at de er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, og at de er underrepræsenteret i de enkelte lønklasser i den pågældende personalegruppe, hvorved denne betingelse er opfyldt, når de udgør mindre end halvdelen af de ansatte. Jeg skal ligeledes minde om, at denne foranstaltning kun finder anvendelse i den offentlige tjeneste, det vil sige på et område, hvor ligebehandling mellem de to køn pr. definition er garanteret, eller i det mindste burde være det. Direktivets artikel 2,

19 — Jf. senest ovennævnte dom i Habermann-Beltermann-sagen, præmis 22.

20 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 36. Præmis 44 i samme dom indeholder tilsvarende betragtninger for så vidt angår undtagelsen i artikel 2, stk. 3.

21 — Ovennævnte dom i Johnston-sagen, præmis 38.

stk. 4, kræver derimod, som jeg allerede har anført, at der foreligger hindringer, der skal fjernes, og at den trufne foranstaltning skal være af midlertidig karakter, da den jo kun er retmæssig, så længe der forekommer og fortsat foreligger forskelsbehandling.

I dette tilfælde er den pågældende nationale lovgivning midlertidig, selv om der er tale om længere varighed, da den bliver uden genstand, når kvinder udgør mindst halvdelen af de ansatte i de enkelte lønklasser i den pågældende personalegruppe på hvert arbejdssted. Det er dog ikke klart, om den bliver ophævet den dag, hvor den afgørende halvdel er opnået, eller om mekanismen fortsat skal anvendes, hver gang antallet af kvinder ligger under det foreskrevne niveau; under alle omstændigheder kan man gå ud fra, at der er tale om et langt tidsrum. For så vidt angår dernæst de hindringer, som skal fjernes ved hjælp af ordningen, består disse øjensynligt i underrepræsentation. Såfremt man går ud fra, at underrepræsentation af kvinder i en bestemt sektor er en følge af en faktisk ulighed, er formålet med en sådan foranstaltning at skabe en ren numerisk ligevægt mellem mænd og kvinder; den fjerner derimod ikke de hindringer, som har ført til en sådan situation. Med andre ord bliver disse hindringer ikke fjernet, uanset at de er begrundelsen for en lovlig retlig forskelsbehandling på grundlag af køn.

Ydermere kan kvinders underrepræsentation på et bestemt område af arbejdsmarkedet, også selv om der er tale om et tegn på ulighed, ikke nødvendigvis føres tilbage til en fuldbyrdet hensigt om at marginalisere kvinder. Derfor er der knyttet noget vilkårligt til enhver fortrinsbehandling, som automatisk ydes underrepræsenterede grupper alene af denne grund.

25. Det fremgår klart af de ovennævnte bemærkninger, at en foranstaltning som den, denne sag drejer sig om, uden tvivl er uforholdsmæssig i forhold til det tilsigtede mål eller i hvert fald det mål, der forfølges på grundlag af direktivets artikel 2, stk. 4, da dette mål altid består i at gennemføre lige muligheder for mænd og kvinder og ikke i at sikre de sidstnævnte et bestemt resultat, når der er tale om lige forudsætninger.

Alt i alt falder den pågældende nationale foranstaltning, som åbenbart og ubestrideligt er i strid med princippet om ligebehandling, således som det er defineret i artikel 2, stk. 1, ikke ind under undtagelsesadgangen i direktivets artikel 2, stk. 4, da det, i modsætning til at fremme faktiske lige muligheder for kvinder, har til formål direkte at hjælpe dem til resultatet heraf.

26. Jeg er klar over, at mine bemærkninger og den konklusion, jeg er kommet frem til,

ikke er i overensstemmelse med det standpunkt, som talrige myndigheder har indtaget, når de direkte eller indirekte har beskæftiget sig med spørgsmålet. Jeg skal navnlig henvise til visse holdninger, som Europa-Parlamentet for nylig har givet udtryk for, og til en del af — ikke blot — juridisk litteratur. Jeg ved også, at et andet standpunkt end det, jeg anser for at være rigtigt, vil finde bekræftelse, ikke alene i den lovgivning, som hovedsagen drejer sig om, men også i foranstaltninger, som visse medlemsstater og andre ikke-medlemmer af Fællesskabet har truffet, igen ikke for at sikre lige muligheder, men for at sikre ligelighed ved besættelsen af arbejdspladser.

27. Jeg tror dog, at jeg kan modstå fristelsen til at følge strømmen, og jeg er — fast — overbevist om, at jeg kun skal følge den og foreslå Domstolen at gøre det samme, når jeg er indforstået med dens retning.

Dette er ikke tilfældet i denne sag, da jeg mener, at det grundlæggende og uantastelige mål lighed — den ægte og ikke kun den postulerede — kun kan nås i respekt af retten, i dette tilfælde respekten for et grundlæggende princip.

28. Hermed mener jeg ikke kun de retlige rammer. Jeg er nemlig overbevist om, at kvinderne ikke fortjener at opnå en numerisk og dermed kun formel lighed, i øvrigt ved hjælp af en ubestridelig overtrædelse af en grundlæggende værdi i ethvert civiliseret samfund: lige ret for og lige behandling af den enkelte. Den formelle numeriske lighed er et mål, der kan berolige mangen en samvittighed, men er dog illusorisk og uden betydning, når den ikke ledsages af foranstaltninger, som faktisk tjener til virkeliggørelsen af lighed; i det foreliggende tilfælde ses der ikke sådanne foranstaltninger og de er i øvrigt ikke blevet fremhævet som betydningsfulde. Det, der til syvende og sidst er nødvendigt, er frem for alt en indholdsmæssig ændring af den erhvervsmæssige, sociale og kulturelle model, som er udgangspunktet for uligheden, en ændring, som bestemt ikke kan opnås ved hjælp af tal eller intellektuelle bagtropsfægtninger.

29. Herefter skal jeg foreslå Domstolen at besvare de af Bundesarbeitsgericht forelagte spørgsmål således:

»Artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 er til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, hvorefter kvinder har en fortrinsret til ansættelse og forfremmelse alene på betingelse af, at de har samme kvalifikatio-

ner som deres mandlige medansøgere, og alene fordi de er underrepræsenteret på dette løntrin i den pågældende personalegruppe, en betingelse, der er opfyldt, når de ikke udgør mindst halvdelen af de ansatte.«