FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 29. juni 2004 [1]

1. Med sit spørgsmål ønsker tribunal administratif de Paris (Frankrig) oplyst, om 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 [2] er til hinder for en bestemmelse som artikel 8 i den franske lov nr. 75-3 af 3. januar 1975 [3], som ændret ved lov nr. 79-569 af 7. juli 1979 [4] og ved lov nr. 2001-397 af 9. maj 2001 [5] (herefter »den relevante bestemmelse«), idet enker, der ikke har giftet sig igen, efter den bestemmelse er fritaget for de aldersgrænser, der gælder ved ansættelse i offentlige stillinger.

I — De faktiske omstændigheder, retsforskrifter og det præjudicielle spørgsmål

2. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var Serge Briheche 48 år, en enkemand, der ikke havde giftet sig igen, og forsørger for et barn på 12 år. Han ansøgte om at deltage i udvælgelsesprøver med henblik på ansættelse i forskellige offentlige forvaltninger, hvor aldersgrænsen var fastsat til 45 år. I alle tilfælde blev hans ansøgning afvist med den begrundelse, at han ikke opfyldte aldersbetingelserne.

3. Den 30. januar 2002 afviste le directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (direktøren for tjenesten for prøver og udvælgelsesprøver til akademierne i Créteil, Paris og Versailles) hans ansøgning til den eksterne udvælgelsesprøve med henblik på ansættelse af fuldmægtige i centraladministrationen. Den 5. februar 2002 afviste han Serge Briheches ansøgning til den fælles udvælgelsesprøve med henblik på ansættelse af sekretærer i centraladministrationen og

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — EFT L 39, s. 40, herefter »direktiv 76/207«. Det skal bemærkes, at direktiv 76/207 er blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 om ændring af direktiv 76/207 (EFT L 269, s. 15). De nye bestemmelser finder ikke anvendelse i den foreliggende sag, da de først skal være gennemført af medlemsstaterne senest den 5.10.2005.

3 — Journal Officiel de la république Française (JORF) af 4.1.1975, s. 198.

4 — JORF af 8.7.1979. s. 1666.

5 — JORF af 10.5.2001, s. 7320.

sekretærer i skole- og universitetsforvaltningen. Den 27. februar 2002 afviste le ministre de l'éducation nationale (undervisningsministeren) Serge Briheches klage til en højere forvaltningsmyndighed over de ovennævnte afgørelser.

4. Den 28. januar og den 8. marts 2002 afviste le ministre de l'intérieur (indenrigsministeren) Serge Briheches ansøgning til den eksterne udvælgelsesprøve med henblik på ansættelse af fuldmægtige i centraladministrationen.

5. Den 28. februar 2002 afviste le ministre de la justice (justitsministeren) Serge Briheches ansøgning til den eksterne udvælgelsesprøve med henblik på ansættelse af fuldmægtige i fængselsforvaltningens decentrale tjenester.

6. I tre forskellige stævninger indleveret til tribunal administratif de Paris har Serge Briheche nedlagt påstand om annullation af ovennævnte afgørelser og om erstatning for den skade, han har lidt som følge af disse [6].

7. Afhængigt af, hvilken type udvælgelsesprøve der er tale om, fastsættes der for ansøgere en aldersgrænse på 45 år enten i artikel 5 i dekret nr. 90-713 af 1. august 1990 om fælles lovgivningsbestemmelser vedrørende fuldmægtige i den offentlige forvaltning [7], eller i artikel 1 i dekret nr. 75-765 af 14. august 1975 om aldersgrænser i forbindelse med ansættelse af tjenestemænd i kategorierne B, C og D ved hjælp af udvælgelsesprøver [8].

8. Den relevante bestemmelse indfører en undtagelse til disse bestemmelser: »Aldersgrænsen i forbindelse med adgang til offentlige stillinger gælder ikke for mødre, der har tre eller flere børn, enker, der ikke har giftet sig igen, fraskilte kvinder, der ikke har giftet sig igen, kvinder, der er separeret ved retsafgørelse, og ugifte kvinder og mænd, der har forsørgerpligt over for mindst ét barn, og som er nødsaget til at arbejde.«

9. Artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 forbyder forskelsbehandling »på grundlag af køn, [...] direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«. Dette princip har et stort materielt anvendelsesområde, som defineret i direktivets artikel 3, stk. 1: »Anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling

6 — Stævningerne blev registreret henholdsvis den 28. og 29.3.2002 og den 19.4.2002 under nr. 0204512/5, nr. 0204571/5 og nr. 0205683/5.

7 — Stk. 1 i denne bestemmelse lyder: »Udvælgelsesprøven er åben for ansøgere, der den 1. januar i det år, udvælgelsesprøven afholdes, ikke er fyldt 45 år.« (JORF af 11.8.1990, s. 9795).

8 — Denne artikel bestemmer: »Aldersgrænsen [...] fastsættes til 45 år, medmindre særlige bestemmelser fastsætter en højere aldersgrænse.« (JORF af 19.8.1975).

sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet.«

10. Ifølge parterne kan flere andre bestemmelser i direktiv 76/207 komme i betragtning i den foreliggende sag. I sit skriftlige indlæg for såvel den nationale ret som for Domstolen påberåber Serge Briheche sig direktivets artikel 2, stk. 2, der lyder som følger: »Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse og i givet fald de dertil førende uddannelser, for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.«

11. Den franske regering har nævnt artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, hvori følgende fastsættes: »Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.«

12. For at kunne besvare den nationale rets spørgsmål er den centrale bestemmelse i direktiv 76/207 ifølge Kommissionen artikel 2, stk. 4, der lyder som følger: »Dette direktiv er ikke til hinder for 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.«

13. Henset til disse omstændigheder har den nationale ret besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»Er direktiv 76/207/EØF af 9. februar til hinder for, at Frankrig opretholder bestemmelserne i artikel 8 om enker, der ikke har giftet sig igen, i lov nr. 75-3 af 3. januar 1975, som ændret ved lov nr. 79-569 af 7. juli 1979 og ved lov nr. 2001-397 af 9. maj 2001?«

II — Stillingtagen

14. Jeg vil begynde med at vurdere spørgsmålet, om direktiv 76/207 kan anvendes på en lov som den, der er genstand for nærværende sag, og derefter undersøge, om en sådan lov er berettiget i henhold til undtagelserne fra ligebehandlingsprincippet.

A — *Finder direktiv 76/207 anvendelse og foreligger der forskelsbehandling på grundlag af køn*

15. Den relevante bestemmelse regulerer adgangen til ansættelse i det offentlige, for så vidt som den giver visse kategorier fritagelse for en aldersgrænse i forbindelse med udvælgelsesprøver. Ifølge fast retspraksis finder direktiv 76/207 anvendelse på ansættelsesforhold i den offentlige sektor [9]. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207 omfatter specifikt adgang til beskæftigelse. Den relevante bestemmelse falder derfor inden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207, som defineret i artikel 3, stk. 1.

16. Der kan ikke herske tvivl om, at den relevante bestemmelse skaber direkte forskelsbehandling af enker og enkemænd, der ikke har giftet sig igen. Enker kan således ansøge om at deltage i udvælgelsesprøver med henblik på ansættelse i statsforvaltningen, selv om de har nået aldersgrænsen på 45 år, mens enkemænd ikke har denne ret.

Dette udgør klart en forskelsbehandling på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsbetingelser for stillinger i den offentlige forvaltning [10].

17. I sit argument for Domstolen gør Serge Briheche desuden opmærksom på yderligere forskelsbehandling, idet han anfører, at den relevante bestemmelse ugrundet skelner mellem en enkemand, der ikke har giftet sig igen og har forsørgerpligt over for et barn, og en ugift mand eller kvinde, der har forsørgerpligt over for et barn, idet kun sidstnævnte gives fritagelse for aldersgrænsen på 45 år. Igen gælder der forskellige adgangsbetingelser til offentlige udvælgelsesprøver for forældre med forsørgerpligt over for et barn, afhængigt af deres ægteskabelige stilling. Kun enlige forældre, enker, der ikke har giftet sig igen, fraskilte kvinder og kvinder, der er separeret ved retsafgørelse, der har forsørgerpligt over for et barn, kan deltage i udvælgelsesprøverne, når de er over aldersgrænsen på 45 år.

18. Den forelæggende ret har begrænset sit spørgsmål til at omfatte situationen for enkemænd, der ikke har giftet sig igen, sammenlignet med situationen for enker, der ikke har giftet sig igen. I den forbindelse bemærkes, at det ifølge fast retspraksis udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [11]. Bedømmelsen kan derfor begrænses til at

9 — Dom af 26.10.1999, sag C-273/97, Sirdar, Sml. I, s. 7403, præmis 18, af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 18, og af 19.3.2002, sag C-476/99, Lommers, Sml. I, s. 2891, præmis 25.

10 — Selv om det oprindelige formål med direktiv 76/207 var at fjerne forskelsbehandling af kvinder, er der ingen tvivl om, at mænd også kan kræve fjernelse af forskelsbehandling, når de stilles ringere end kvinder.

11 — Jf. bl.a. dom af 15.6.2000, sag C-302/98, Sehrer, Sml. I, s. 4585, præmis 20, dom af 20.3.2001, sag C-33/99, Fahmi, Sml. I, s. 2415, præmis 28, og dom af 8.5.2003, sag C-111/01, Gantner Electronic, Sml. I, s. 4207, præmis 34 og 38.

omfatte spørgsmålet om forskelsbehandling af enker og enkemænd, der ikke har giftet sig igen.

19. Ikke desto mindre kan det her bemærkes, at den relevante bestemmelse indeholder andre lignende tilfælde af forskelsbehandling på grundlag af køn. Mødre med tre eller flere børn, fraskilte kvinder, der ikke har giftet sig igen, og kvinder, der er separeret ved retsafgørelse, gives fritagelse for aldersgrænsen på 45 år for så vidt angår adgang til stillinger i det offentlige, mens mænd i samme situation (fædre med tre eller flere børn, fraskilte mænd, der ikke har giftet sig igen, og mænd, der er separeret ved retsafgørelse) ikke er omfattet af fritagelsen.

20. Da den relevante bestemmelse giver enker, der ikke har giftet sig igen — og ikke enkemænd, der ikke har giftet sig igen — ret til at deltage i udvælgelsesprøver med henblik på ansættelse i den offentlige forvaltning uanset deres alder, indfører den en forskelsbehandling på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsbetingelser til den offentlige forvaltning, hvorved artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207 tilsidesættes.

21. Spørgsmålet er, om en sådan forskelsbehandling er berettiget.

22. I sit skriftlige indlæg for Domstolen anførte den franske regering, at der med henblik på at afhjælpe ovennævnte forskelsbehandling er iværksat en reform af adgangsbetingelserne til udvælgelsesprøver med henblik på ansættelse i den offentlige forvaltning.

B — *Mulige undtagelser fra ligebehandlingsprincippet*

23. Direktiv 76/207 tillader tre undtagelser fra ligebehandlingsprincippet: Når udøverens køn er afgørende (artikel 2, stk. 2), når kvinder skal beskyttes i forbindelse med graviditet og moderskab (artikel 2, stk. 3), og når der træffes foranstaltninger til fremme af lige muligheder (artikel 2, stk. 4). Som der vil blive redegjort for, finder ingen af dem anvendelse i den foreliggende situation i betragtning af Domstolens hidtidige praksis.

24. Serge Briheche har påberåbt sig artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207 for at udlede, at det ikke er berettiget at forbeholde kvinder de stillinger i den offentlige forvaltning, som han søgte. Men denne undtagelse fra ligebehandlingsprincippet er ikke relevant. Den Franske Republik har ikke hævdet, at den finder anvendelse. De udvælgelsesprøver, der afholdes af staten med henblik på besættelse af stillinger i den offentlige forvaltning, er ikke forbeholdt kvinder, da både mænd og

kvinder kan ansøge. Forskelsbehandlingen består i de undtagelser fra aldersgrænsen på 45 år, som er fastsat i den relevante bestemmelse.

25. En anden mulig undtagelse fra ligebehandlingsprincippet er defineret i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 og tager sigte på at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab. Den franske regering synes, i det mindste implicit, at støtte sig på denne undtagelse, når den anfører, at lovgivningen blev vedtaget med det formål at begrænse ulighederne mellem mænd og kvinder. Med henblik herpå henviser den til undersøgelser, hvoraf det fremgår, at kvinder står for det meste af husholdningen, navnlig i børnefamilier. Den refererer også til statistikker fra juli 2003, hvoraf det fremgår, at 10,8% af kvinderne og 8,7% af mændene er arbejdsløse. Det kan bemærkes, at disse statistikker ikke er relevante med hensyn til anvendelsen af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207. De kunne imidlertid have relevans som begrundelse for foranstaltninger, der træffes i henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207.

26. I denne forbindelse er det, som Den Franske Republik selv erkender, fastslået i fast retspraksis, at undtagelsen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 kun kan påberåbes med henblik på at beskytte »kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende« [12]. Denne undtagelse finder derfor ikke anvendelse i den foreliggende situation.

27. Endelig kan artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207 anvendes, hvis det antages, at hensigten med den relevante bestemmelse er at fremme »lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder«.

28. Domstolen har udtalt, at denne bestemmelse har til formål »at tillade foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som reelt fjerner eller reducerer de uligheder, der faktisk er i samfundet. Bestemmelsen tillader nationale foranstaltninger på området for adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, der, idet de særligt begunstiger kvinder, har til formål at sætte dem i stand til bedre at kunne konkurrere på arbejdsmarkedet og gøre karriere på lige fod med mænd« [13].

12 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, og af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185. Jf. analogt hermed, selv om bedømmelsen foretages i henhold til artikel 141 EF, dom af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 43 og 44.

13 — Lommers-dommen, præmis 32. Jf. endvidere dom af 17.10.1996, sag C-450/93, Kalanke, Sml. I, s. 3051, præmis 18 og 19, af 11.11.1997, sag C-409/95, Marschall, Sml. I, s. 6363, præmis 26 og 27, og af 28.3.2000, sag C-158/97, Badeck m.fl., Sml. I, s. 1875, præmis 19.

29. Dette formål er formuleret så bredt, at det synes at omfatte foranstaltninger, der tager sigte på at frembringe materiel lighed mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet, men Domstolen har fortolket artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207 restriktivt med henvisning til »en indskrænkende fortolkning af begrebet lige muligheder« [14].

30. Der kan skelnes mellem tre kategorier af positive foranstaltninger [15]. En første kategori omfatter foranstaltninger, som ikke er direkte diskriminerende, men blot tager sigte på at forbedre kvinders uddannelse og kvalifikationer (f.eks. uddannelsespladser forbeholdt kvinder). Foranstaltningerne bygger på den tankegang, at lige muligheder forudsætter, at der tilvejebringes midler, som gør det muligt for kvinder at vise deres individuelle evner. En anden kategori omfatter foranstaltninger, der tager sigte på at sætte kvinder i stand til bedre at forene rollen som forælder med en erhvervsmæssig aktivitet (såsom muligheden for, at arbejdsgiveren tilbyder børnepasningspladser). Mænd kan også nyde godt af denne slags foranstaltninger, som kan udformes neutralt til fordel for forældre. Den tredje kategori omfatter foranstaltninger, som også tager sigte på at frembringe lighed mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet, men er diskriminerende, idet kvinder gives en fortrinsstilling med henblik på at reducere deres underrepræsentation i erhvervslivet. Den tredje kategori omfatter foranstaltninger, som har en direkte indvirkning på beskæftigelsen, idet kvinder gives en fortrinsstilling i udvælgelsesprocessen, eller der fastsættes mål eller kvoter, der skal opnås. I sin hidtidige retspraksis har Domstolen hovedsagelig skullet beskæftige sig med positive foranstaltninger i tredje kategori i sager om mulig forskelsbehandling af mænd. I Badeck m.fl.-sagen og Lommers-sagen skulle Domstolen afgøre, om og på hvilke betingelser foranstaltninger i henholdsvis første og anden kategori var forenelige med artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207. Alle kategorier af positive foranstaltninger underkastes tre prøver.

31. For at være forenelig med artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207 skal en national foranstaltning tage sigte på at afhjælpe en eksisterende uligevægt mellem mænd og kvinder. Hvis en positiv foranstaltning skal henhøre under artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, skal det derfor først påvises, at kvinder er underrepræsenteret inden for en bestemt sektor eller stillingsgruppe. Formålet med foranstaltningen er således at fjerne de eksisterende uligheder i den pågældende sektor eller stillingsgruppe. Man kunne også forestille sig, at der blev vedtaget en positiv foranstaltning i den offentlige sektor med henblik på for eksempel at opveje ældre kvinders vanskeligheder i den private sektor. Hensigten med en foranstaltning af sidstnævnte type ville imidlertid ikke være at fjerne forskelsbehandling, men at kompensere for den. Under alle omstændigheder er ingen foranstaltning med henblik på direkte

14 — Lommers-dommen, præmis 33.

15 — En lignende skelnen er allerede foretaget af generaladvokat Tesauro i Kalanke-sagen, punkt 9.

eller indirekte at afhjælpe situationen berettiget i henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, hvis der ikke foreligger bevis.

32. For det andet undersøger Domstolen, om det er sandsynligt, at foranstaltningen vil afhjælpe den konkrete situation. Denne prøve af formålstjenligheden er imidlertid overflødig i forbindelse med foranstaltninger i tredje kategori, da det i disse udtrykkeligt er angivet, hvilke resultater der søges opnået.

33. Endelig skal den positive foranstaltning, for at være berettiget i henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, så vidt muligt være forenelig med ligebehandlingsprincippet. Dette synes at udelukke foranstaltninger, som giver kvinder automatiske eller absolutte fordele, og kræver en undersøgelse af foranstaltningens forholdsmæssighed. En sådan undersøgelse af forholdsmæssigheden har forskellige konsekvenser afhængigt af den pågældende type foranstaltning og dens mulige forenelighed med ligebehandlingsprincippet.

34. I Kalanke-sagen, Marschall-sagen og Badeck m.fl.-sagen undersøgte Domstolen nationale ordninger, som gav en fortrinsstilling til kvindelige ansøgere, der var lige så kvalificerede som mandlige ansøgere. I Badeck m.fl.-sagen anførte den, at »[e]n foranstaltning, der har til formål at fremme ansættelsen af kvinder ved at give dem en fortrinsstilling inden for de sektorer i den offentlige forvaltning, hvor de er underrepræsenteret, må [...] betragtes som forenelig med fællesskabsretten, forudsat — at den ikke giver kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, en automatisk og ubetinget fortrinsstilling, og — at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgeres særlige, personlige forhold« [16].

35. I Abrahamsson og Anderson-sagen [17] gav den omhandlede nationale bestemmelse automatisk en fortrinsstilling til kvindelige ansøgere, der var tilstrækkeligt kvalificerede, når blot forskellen i kvalifikationer hos ansøgerne af hver sit køn ikke var så stor, at det ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen. Domstolen fatslog, at artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207 var til hinder for en sådan foranstaltning, da udvælgelsen »i sidste instans alene [skete] på grundlag af, om den pågældende [tilhørte] det underrepræsenterede køn« [18]. Domstolen udtalte ikke desto mindre, at en udvælgelse kunne omfatte kriterier, der var til fordel for kvinder, forudsat at kriterierne blev anvendt »åbent og kunne kontrolleres, såle-

16 — Badeck m.fl.-dommen, præmis 23. Jf. endvidere dom af 24.1.2003, sag E-1/02, EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Kongeriget Norge, EFTA Court Report 1, præmis 15.

17 — Dom af 6.7.2000, sag C-407/98, , Sml. I, s. 3533.

18 — Abrahamsson og Anderson-dommen, præmis 53.

des at en vilkårlig vurdering af ansøgernes kvalifikationer [kunne] udelukkes« [19].

36. I overensstemmelse med disse domme fastslog EFTA-Domstolen i sagen EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Kongeriget Norge [20], at øremærkning af faste og midlertidige akademiske stillinger til kvinder var i strid med ligebehandlingsprincippet og ikke kunne anses for at henhøre under den undtagelse, der er defineret i artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, da ordningen ikke gav den nødvendige fleksibilitet og ikke omfattede en vurdering af ansøgernes kvalifikationer, men automatisk forhindrede mænd i at opnå de øremærkede stillinger.

37. Det skal imidlertid bemærkes, at de foranstaltninger, der blev undersøgt i Kalanke-sagen, Marschall-sagen og Abrahamsson og Anderson-sagen tilhørte den tredje kategori, som er defineret i punkt 30 (foranstaltninger, der giver kvinder en fortrinsstilling i forbindelse med adgang til beskæftigelse eller fastsætter mål eller kvoter, der skal opnås). Foranstaltninger i de andre kategorier er underlagt de samme undersøgelseskriterier, men den sidste betingelse vedrørende forholdsmæssighed kan føre til forskellige krav, da disse foranstaltninger ikke indebærer direkte forskelsbehandling med hensyn til adgang til beskæftigelse.

38. I Lommers-sagen indebar den omhandlede nationale foranstaltning, at børnepasningspladser udelukkende var stillet til rådighed for kvindelige medarbejdere i det nederlandske landbrugsministerium, »medmindre der [var] tale om et nødstilfælde, hvilket [afgjordes] af direktøren« [21]. Domstolen understregede, at den pågældende foranstaltning ikke forbeholdt kvinder ansættelse, men kun »indrømmelse af visse arbejdsvilkår« [22].

39. Endvidere var det sandsynligt, at tildeling af børnepasningspladser til kvindelige medarbejdere fremmede lige muligheder for kvinder, eftersom det var konstateret, at de var mere tilbøjelige end mænd til at give afkald på deres karriere for at opdrage børn [23].

40. I både Badeck m.fl.-sagen og Lommers-sagen lagde Domstolen særlig vægt på, at de pågældende foranstaltninger ikke fuldstændigt udelukkede mandlige ansøgere [24]. Domstolen fastslog, at en foranstaltning skal opfylde denne negative betingelse for at være forenelig med artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207. I Lommers-dommen bemærkede Domstolen således udtrykkeligt, at foranstaltningen ikke fuldstændigt udelukkede

19 — Abrahamsson og Anderson-dommen, præmis 49.

20 — EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Kongeriget Norge, jf. ovenfor.

21 — Lommers-dommen, præmis 11.

22 — Lommers-dommen, præmis 38.

23 — Lommers-dommen, præmis 37.

24 — Badeck m.fl.-dommen, præmis 53, samt Lommers-dommen, præmis 44 og 45.

mandlige tjenestemænd fra sit anvendelsesområde [25]. I modsat fald ville den positive foranstaltning ikke være forenelig med ligebehandlingsprincippet [26].

41. Det lader til, at en sådan forenelighed med lighedsprincippet udelukker enhver form for automatisk fortrinsstilling for kvinder og fordrer forholdsmæssighed, når fordelene ved de positive foranstaltninger til fremme af lighed for kvinder afvejes i forhold til de omkostninger, foranstaltningerne har for andre enkeltpersoner. Disse krav synes nødvendige for at forhindre, at lighed mellem enkeltpersoner tilsidesættes af hensyn til at frembringe materiel lighed mellem grupper [27].

42. Domstolen forsøger at forene positiv særbehandling med det generelle lighedsprincip ved kun at tillade positiv særbehandling, i det omfang det ikke fører til en forskelsbehandling, der gavner en bestemt gruppe på bekostning af bestemte personer: Opnåelse af en mere ligelig repræsentation af mænd og kvinder i arbejdsstyrken berettiger ikke til en tilsidesættelse af den enkeltes ret til ikke at blive forskelsbehandlet. Med andre ord har lige muligheder forrang for lige resultater. Domstolens udgangspunkt er, at foranstaltninger til positiv særbehandling kun kan accepteres, hvis de faktisk er udformet med henblik på at forebygge forskelsbehandling i hver enkelt sag, så arbejdsgiveren tvinges til at stille kvinder på lige fod med mænd. Set i dette lys er foranstaltninger til positiv særbehandling kun tilsyneladende diskriminerende. Det forklarer, hvorfor Domstolen for eksempel accepterer foranstaltninger, der tager sigte på at forene arbejde med børnepasning og dermed give kvinder en fortrinsstilling, så længe disse foranstaltninger ikke er forbundet med adgang til beskæftigelse, og de kan udvides til at omfatte mænd [28]. Det forklarer også, hvorfor Domstolen accepterer foranstaltninger, der giver kvinder en fortrinsstilling i forbindelse med beskæftigelse, så længe der ikke er tale om en automatisk prioritering, men blot endnu et kriterium, arbejdsgiveren skal tage i betragtning ved besættelse af stillinger. Denne logik, som tilsiger, at positiv særbehandling kun godkendes, i det omfang den kan tjene til at fjerne mulig forskelsbehandling, kan imidlertid let komme i konflikt med de mere ambitiøse mål, der somme tider sættes for positive foranstaltninger. De har ofte til formål at fjerne eller opveje bestemte samfundsgruppers underrepræsentation ved at give dem en

25 — Lommers-dommen, præmis 45.

26 — Lommers-dommen, præmis 39, og dommen i sagen EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Kongeriget Norge, præmis 43.

27 — For en kritisk analyse af den forrang, der gives til lighed mellem enkeltpersoner, jf. Sandra Freeman, *Social Law and Policy in an evolving European Union*, J. Shaw (red.), 2000, s. 189; Arnaud Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, 2001, s. 305; Sacha Prechal, *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, s. 533.

28 — Badeck m.fl.-dommen, præmis 53, samt Lommers-dommen, præmis 44 og 45.

fortrinsstilling i forbindelse med adgang til bestemte sektorer.

43. Domstolens retspraksis afspejler i stedet, at der i artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207 kun omtales foranstaltninger, der tager sigte på at »afhjælpe de faktiske uligheder«, mens kompensation ikke nævnes. Det er i lyset af dette, Domstolen kun godkender forskellige former for positiv særbehandling, i det omfang de kan bidrage til at afhjælpe diskriminerende beslutningsmekanismer (navnlig vedrørende beskæftigelse), og ikke med henblik på kompensation for disse mekanismer.

44. I den foreliggende sag har den franske regering ikke påvist, at kvinder er underrepræsenteret i den offentlige forvaltning eller mere specifikt i bestemte stillingsgrupper. Hertil kommer, at den relevante bestemmelse ikke blot skelner mellem mænd og kvinder, men også henviser til de enkeltes ægteskabelige stilling. Det er heller ikke klart, hvorfor enker, der ikke har giftet sig igen, fraskilte kvinder, der ikke har giftet sig igen, og kvinder, der er separeret ved retsafgørelse, skal udskilles fra andre kategorier af enlige personer, for hvilke der træffes foranstaltninger. Under alle omstændigheder har den franske regering ikke fremlagt bevis, der kan støtte en sådan tankegang.

45. Som anført ovenfor er bestemmelser, der falder inden for anvendelsesområdet for artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, desuden kun forenelige med denne bestemmelse, hvis de er formålstjenlige og forholdsmæssige ud fra det mål, der sigtes mod. Da der ikke er bevis for, at foranstaltningen har til formål at afhjælpe en eksisterende underrepræsentation af kvinder, er det i den foreliggende sag slet ikke nødvendigt at vurdere, om den relevante bestemmelse er formålstjenlig og forholdsmæssig ud fra sit mål.

46. Det følger af det anførte, at ingen af undtagelserne fra artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 berettiger den forskelsbehandling på grundlag af køn, som er fastsat i den relevante bestemmelse.

47. Under disse omstændigheder er det imidlertid nødvendigt at afgøre, om den pågældende lovgivning er berettiget i henhold til artikel 141, stk. 4, EF.

48. Artikel 141, stk. 4, EF tillader foranstaltninger, »der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere« [29]. Det kan ikke udelukkes, at positive foranstaltninger, der ikke falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207, kan godkendes i henhold til denne bestemmelse [30]. Som jeg har påpeget, kan det således gøres gældende, at der er en forskel på foranstaltninger, der tager sigte på at reducere uligheder, og foranstaltninger, der tager sigte på at opveje de uligheder, en samfundsgruppe tidligere har lidt under, eller som fortsat eksisterer. Det kan ikke udelukkes, at hensigten med henvisningen til kompenserende formål i artikel 141, stk. 4, EF er at give medlemsstaterne et større spillerum med hensyn til indførelse af foranstaltninger til positiv særbehandling. En sådan fortolkning skal imidlertid altid holde sig inden for de grænser, der fastsættes af det overordnede lighedsprincip. Spørgsmålet for Domstolen er ikke, om bestemte former for positiv særbehandling vil føre til et mere lige og retfærdigt samfund eller ej, men om sådanne former for positiv særbehandling, hvis de vedtages af lovgiver, er forenelige med det overordnede princip om lighed og forbud mod forskelsbehandling [31].

49. I denne sammenhæng kan henvisningen til kompensation i artikel 141, stk. 4, EF læses således, at behovet for at opveje tidligere eller eksisterende sociale uligheder kan berettige, at personer i de pågældende grupper gives en fortrinsstilling, selv om det indebærer forskelsbehandling af medlemmer af de overrepræsenterede grupper, eller at vedtagelsen af kompenserende foranstaltninger er nødvendige på grund af det forhold, at den ikkediskriminerende anvendelse af de gældende samfundsregler strukturelt er til fordel for medlemmerne af de overrepræsenterede grupper [32]. Den enkeltes ret til ikke at blive forskelsbehandlet bliver ifølge den første læsning underordnet opnåelsen af lighed mellem grupper, som begrundes med henvisning til målet om at kompensere medlemmerne af de underrepræsenterede grupper for den forskelsbehandling, de tidligere

29 — Ordet »opveje« blev indføjet ved Amsterdam-traktaten.

30 — Som Domstolen anerkendte i Abrahamsson og Andersondommen, præmis 54.

31 — Ved vurdering af de valg, der træffes af de nationale lovgivere, bør Domstolen også tage i betragtning, at det, på et område, hvor der er stor usikkerhed og debat om den præcise effekt og nytte af foranstaltninger til positiv særbehandling, kan føre til en hensigtsmæssig grad af eksperimenteren og udveksling af erfaringer mellem medlemsstaterne at tillade en vis forskellighed i de nationale politiske valg. En anden faktor, der bør tages i betragtning, er, om medlemmerne af den overrepræsenterede gruppe, i de tilfælde, hvor foranstaltninger til positiv særbehandling vedtages, er repræsenteret og deltager i en sådan grad, at de kan give udtryk for deres synspunkter i den politiske proces.

32 — Dette er kernen i den kritik, der rettes mod den formelle lighed, der hævdes at forstærke den eksisterende forskelsbehandling i samfundet.

var udsat for. En sådan læsning er næppe forenelig med den betydning, Domstolen har tillagt lige muligheder og sin traditionelle forståelse af det overordnede ligebehandlingsprincip.

50. Den anden læsning kan imidlertid lettere forenes med ligebehandlingsprincippet, som det fortolkes og anvendes af Domstolen. Ifølge dette synspunkt er målet ikke lige resultater. Ligeledes berettiger hensigten med positiv særbehandling ikke nødvendigvis forskelsbehandling af enkeltpersoner. Tankegangen er, at de foranstaltninger, der ofte forbindes med materiel lighed, og som opvejer bestemte gruppers underrepræsentation (f.eks. kvoter og automatiske fortrin), er de eneste, der effektivt kan føre til lige muligheder på langt sigt. Foranstaltninger, der giver en fortrinsstilling til medlemmerne af bestemte grupper, anses derfor ikke som et middel til at opnå lighed mellem grupper eller lige resultater, men i stedet som et instrument til at frembringe reelt lige muligheder. Formålet med kompenserende foranstaltninger af denne type bliver at genetablere lige muligheder ved at fjerne virkningerne af en forskelsbehandling og fremme langsigtet maksimering af lige muligheder [33]. I dette tilfælde betyder kompensation en genopretning af balancen mellem de muligheder, samfundet tilbyder medlemmerne af de forskellige grupper.

51. Baseres godkendelsen af kompenserende former for positiv særbehandling på lige muligheder og ikke lige resultater, har lighed mellem enkeltpersoner stadig forrang for lighed mellem grupper, men der sættes visse grænser og betingelser for, hvilke former for kompenserende positiv særbehandling der kan accepteres i lyset af artikel 141, stk. 4, EF. Hvis sådanne former for positiv særbehandling skal være acceptable, er det for eksempel afgørende, at der er tale om overgangsforanstaltninger [34]. I modsat fald kan sådanne former for positiv særbehandling på lang sigt skabe etablerede rettigheder, selv

33 — Hertil kan der angives to væsentlige årsager. For det første anses det, at ofrene for forskelsbehandling ved hjælp af positiv særbehandling blot får forbedret deres muligheder så meget, at de har de muligheder, de ellers ville have haft uden forskelsbehandling. For det andet anses det, at positiv særbehandling er det eneste effektive middel til at skabe de rette incitamenter, som kan få de underrepræsenterede grupper til at investere i menneskelig kapital (bryde diskriminationens onde cirkel), og til at afhjælpe markedssvigt (sociale monopoler og informationsomkostninger), som, ved at styrke den eksisterende forskelsbehandling i samfundet, faktisk forhindrer, at de bedste personer bliver valgt. Det skal bemærkes, at årsagssammenhængen mellem disse årsager og virkningen af positiv særbehandling ofte drages i tvivl og er genstand for mange alternative strategier. Det tilkommer imidlertid ikke Domstolen at vurdere, om disse politikker er hensigtsmæssige, men kun at tage stilling til, om, og i givet fald i hvilket omfang, de kan anses for at være forenelige med ligebehandlingsprincippet.

34 — Dette kan sikres ved hjælp af begrænsningsklausuler eller krav om periodisk revurdering af lovgivningen.

om de oprindelige betingelser, der lå til grund for dem, ikke længere findes. Det ville betyde, at målet om på lang sigt at skabe reelt lige muligheder ikke kunne nås. Andre betingelser kan være knyttet til arten og omfanget af de omkostninger, sådanne foranstaltninger har for personerne i den overrepræsenterede gruppe, til sandsynligheden for, at de forbedrede muligheder for medlemmerne af den underrepræsenterede gruppe fører til reelt lige muligheder, og til krav om, at underrepræsentation ikke blot skal påvises generelt, men også inden for den specifikke sektor eller institution, som er omfattet af positiv særbehandling.

52. I den foreliggende sag, hvor der ikke findes bevis for lovgivningens mål, er en bestemmelse som den relevante bestemmelse ikke berettiget i henhold til artikel 141, stk. 4, EF, så det er ikke nødvendigt at afgøre, om sådanne betingelser er opfyldt.

III — Forslag til afgørelse

53. På grundlag af det anførte mener jeg derfor, at det af den nationale ret forelagte spørgsmål skal besvares på følgende måde:

»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 og artikel 141, stk. 4, EF er til hinder for national lovgivning såsom artikel 8 i den franske lov nr. 75-3 af 3. januar 1975, som ændret, for så vidt som den indebærer en forskelsbehandling af enkemænd i forhold til enker, der ikke har giftet sig igen, med hensyn til den aldersgrænse, der gælder for adgang til stillinger i den offentlige forvaltning, idet denne forskelsbehandling hverken har til formål at fjerne eksisterende uligheder eller at kompensere for dem.«