CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO van 29 juni 2004 [1]

1. Met zijn prejudiciële vraag wil het Tribunal administratif de Paris vernemen of 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 [2], in de weg staat aan een bepaling als artikel 8 van de Franse wet nr. 75-3 van 3 januari 1975 [3], zoals gewijzigd bij wet nr. 79-569 van 7 juli 1979 [4] en wet nr. 2001-397 van 9 mei 2001 [5] (hierna: „litigieuze bepaling"), in zoverre deze bepaalt dat leeftijdsgrenzen voor de aanwerving voor de overheidsdienst niet kunnen worden tegengeworpen aan niet-hertrouwde weduwen.

I — Feiten, rechtskader en prejudiciële vraag

2. Ten tijde van de relevante feiten was Briheche een niet-hertrouwde weduwnaar van 48 jaar met een ten laste komend kind van 12 jaar. Hij meldde zich aan voor deelname aan vier vergelijkende onderzoeken voor de aanwerving van ambtenaren van verschillende diensten, waarvoor de leeftijdsgrens op 45 jaar was gesteld. Zijn aanmeldingen werden ieder keer geweigerd op grond dat hij de voorgeschreven leeftijdsgrens had overschreden.

3. Op 30 januari 2002 weigerde de Directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (directeur van de gezamenlijke dienst voor examens en vergelijkende onderzoeken van de regionale opleidingsautoriteiten van Créteil, Paris and Versailles) zijn aanmelding voor deelname aan een extern vergelijkend onderzoek voor de aanwerving van bestuursmedewerkers bij de centrale overheid. Op 5 februari weigerde hij de aanmelding van Briheche voor deelname aan een gezamenlijk extern vergelijkend onderzoek voor de functies van bestuurs-

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — PB 1976 L 39, blz. 40 (hierna: „richtlijn 76/207"). Opgemerkt moet worden dat richtlijn 76/207 is vervangen door richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad 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 (PB L 269, blz. 15). De nieuwe bepalingen zijn in het onderhavige geval niet van toepassing aangezien zij door de lidstaten pas uiterlijk op 5 oktober 2005 hoeven te zijn omgezet.

3 — Journal Officiel de la République Française (JORF) van 4 januari 1975, blz. 198.

4 — JORF van 8 juli 1979, blz. 1666.

5 — JORF van 10 mei 2001, blz. 7320.

secretaris bij de centrale overheid en school- en universiteitssecretaris. Op 27 februari 2002 wees de Ministre de l'Education nationale (minister van onderwijs) het door Briheche bij een hoger bestuursorgaan tegen de hiervoor genoemde beschikkingen ingestelde beroep af.

4. Op 28 januari en 8 maart 2002 wees de Ministre de l'Intérieur (minister van binnenlandse zaken) de aanmelding van Briheche voor deelname aan een extern vergelijkend onderzoek voor de aanwerving van bestuursmedewerkers bij de centrale overheid af.

5. Op 28 februari 2002 weigerde de Ministre de la Justice (minister van justitie) de aanmelding van Briheche voor deelname aan een extern vergelijkend onderzoek voor de aanwerving van bestuursmedewerkers voor de gedecentraliseerde afdelingen van de gevangenisdienst.

6. Met drie verschillende, bij het Tribunal administratif de Paris ingediende verzoekschriften probeerde Briheche nietigverklaring van bovenvermelde beschikkingen te verkrijgen alsmede vergoeding van de daardoor geleden schade. [6]

7. Afhankelijk van het soort vergelijkend onderzoek stelt artikel 5 van decreet nr. 90-713 van 1 augustus 1990, houdende algemene statutaire bepalingen met betrekking tot bestuursmedewerkers bij de overheid [7], respectievelijk artikel 1 van decreet nr. 75-765 van 14 augustus 1975, betreffende de leeftijdsgrens voor de aanwerving door middel van vergelijkende onderzoeken van ambtenaren van de categorieën B, C en D [8], voor de kandidaten een leeftijdsgrens vast van 45 jaar.

8. De litigieuze bepaling introduceert een uitzondering: „De leeftijdsgrens voor overheidsfuncties kan niet worden tegengeworpen aan moeders met drie of meer kinderen, niet-hertrouwde weduwen, van echt gescheiden, niet-hertrouwde vrouwen, van tafel en bed gescheiden vrouwen en ongehuwde mannen of vrouwen met minstens één kind ten laste, die verplicht zijn om te werken".

9. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 verbiedt discriminatie „op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie". Dit beginsel heeft een brede werkingssfeer, die als volgt is gedefinieerd in artikel 3, lid 1, van de richtlijn: „De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van

6 — Deze beroepen werden op respectievelijk 28 en 29 maart en op 19 april 2002 ingeschreven onder de nrs. 0204512/5, 0204571/5 en 0205683/5.

7 — JORF van 11 augustus 1990, blz. 9795. De eerste alinea van dit artikel bepaalt: „Het vergelijkend onderzoek staat open voor kandidaten die op 1 januari van het jaar waarin het vergelijkend onderzoek plaatsvindt, jonger zijn dan 45 jaar."

8 — JORF van 19 augustus 1975. Dit artikel bepaalt dat „[d]e leeftijdsgrens [...] wordt vastgesteld op 45 jaar tenzij specifieke bepalingen een hogere leeftijdsgrens vaststellen."

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."

10. In het onderhavige geval kunnen volgens partijen ook andere bepalingen van richtlijn 76/207 een rol spelen. In zijn schriftelijke opmerkingen voor de nationale rechter en het Hof voert Briheche artikel 2, lid 2 aan, dat bepaalt dat „[d]eze richtlijn [...] geen belemmering [vormt] 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".

11. De Franse regering verwijst naar artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207, dat bepaalt dat „[d]eze richtlijn [...] geen afbreuk [doet] aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft".

12. Volgens de Commissie is de cruciale bepaling van richtlijn 76/207 voor het antwoord op de prejudiciële vraag artikel 2, lid 4, dat bepaalt dat „[d]eze richtlijn [...] geen belemmering [vormt] 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 de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden".

13. In deze omstandigheden heeft de nationale rechter besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende vraag voor te leggen:

„Staan de bepalingen van richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 eraan in de weg dat Frankrijk de bepalingen inzake niet-hertrouwde weduwen, neergelegd in artikel 8 van wet nr. 75-3 van 3 januari 1975, gewijzigd bij wet nr. 79-569 van 7 juli 1979 en bij wet nr. 2001-397 van 9 mei 2001, handhaaft?"

II — Beoordeling

14. Allereerst zal worden vastgesteld of richtlijn 76/207 van toepassing is op een wet als die welke in de onderhavige procedure aan de orde is en vervolgens moet worden onderzocht of een dergelijke wet kan worden gerechtvaardigd op grond van de uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling.

A — *Toepasselijkheid van richtlijn 76/207 en het bestaan van discriminatie op grond van geslacht*

15. De litigieuze bepaling regelt de toegang tot overheidsfuncties voorzover zij een leeftijdsgrens voor deelname aan vergelijkende onderzoeken niet van toepassing verklaart op een aantal categorieën personen. Volgens vaste rechtspraak is richtlijn 76/207 van toepassing op publiekrechtelijke dienstverhoudingen. [9] Artikel 3, lid 1, van richtlijn 76/207 heeft uitdrukkelijk betrekking op de toegang tot het arbeidsproces. De litigieuze bepaling valt derhalve binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 76/207, zoals die in artikel 3, lid 1, is gedefinieerd.

16. Er kan niet aan worden getwijfeld dat de litigieuze bepaling rechtstreeks discrimineert tussen niet-hertrouwde weduwen en niet-hertrouwde weduwnaren. Terwijl weduwen zich zelfs na het bereiken van de leeftijdsgrens van 45 jaar kunnen aanmelden voor deelname aan vergelijkende onderzoeken voor overheidsfuncties, hebben weduwnaren dat recht in feite niet. Dit vormt onmiskenbaar een discriminatie op grond van geslacht wat betreft de voorwaarden voor toegang tot overheidsfuncties. [10]

17. In zijn schriftelijke opmerkingen tegenover het Hof beroept Briheche zich bovendien op verdere discriminatie, waarbij hij erop wijst dat de litigieuze bepaling ten onrechte discrimineert tussen een niet-hertrouwde weduwnaar met een ten laste komend kind en een ongetrouwde man of vrouw met een ten laste komend kind, aangezien alleen voor de laatsten de leeftijdsgrens van 45 jaar niet geldt. Ook hier verschillen de voorwaarden voor deelname aan vergelijkende onderzoeken van de overheid voor ouders met een ten laste komend kind, al naar gelang hun huwelijkse staat. Enkel alleenstaande ouders, niet-hertrouwde weduwen, van echt gescheiden vrouwen en van tafel en bed gescheiden vrouwen met een ten laste komend kind kunnen deelnemen aan vergelijkende onderzoeken nadat zij de leeftijdsgrens van 45.jaar hebben overschreden.

18. De verwijzende rechter heeft zijn vraag beperkt tot de situatie van niet-hertrouwde weduwnaren ten opzichte van die van niet-hertrouwde weduwen. In dit opzicht zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. [11] De analyse kan derhalve worden beperkt tot het punt

9 — Arresten van 26 oktober 1999, Sirdar (C-273/97, Jurispr. blz. I-7403, punt 18), 11 januari 2000, Kreil (C-258/98, Jurispr. blz. I-69, punt 18), en 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, Jurispr. blz. I-2891, punt 25).

10 — Hoewel richtlijn 76/207 oorspronkelijk was bedoeld om discriminatie van vrouwen op te heffen, staat vast dat mannen zich ook kunnen beroepen op de opheffing van discriminatie jegens hen, wanneer zij ten opzichte van vrouwen worden benadeeld.

11 — Zie onder meer arresten van 15 juni 2000, Sehrer (C-302/98, Jurispr. blz. I-4585, punt 20), 20 maart 2001, Fahmi en Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado (C-33/99, Jurispr. blz. I-2415, punt 28), en 8 mei 2003, Gantner Electronic (C-111/01, Jurispr. blz. I-4207, punten 34 en 38).

van discriminatie tussen niet-hertrouwde weduwen en niet-hertrouwde weduwnaars.

19. Niettemin zij er in dit stadium op gewezen dat de litigieuze bepaling andere vergelijkbare gevallen bevat van discriminatie op grond van geslacht. Voor moeders met drie of meer kinderen, van echt gescheiden, niet-hertrouwde vrouwen en van tafel en bed gescheiden vrouwen met een ten laste komend kind, geldt een ontheffing van de leeftijdsgrens van 45 jaar voor de toegang tot overheidsfuncties, terwijl deze voor mannen in dezelfde situatie (vaders met drie of meer kinderen, van echt gescheiden, niet-hertrouwde mannen en van tafel en bed gescheiden mannen met een ten laste komend kind) deze ontheffing niet geldt.

20. Door niet-hertrouwde weduwen wel — en niet-hertrouwde weduwnaren niet — in staat te stellen om ongeacht hun leeftijd deel te nemen aan vergelijkende onderzoeken voor de aanwerving voor overheidsfuncties, leidt de litigieuze bepaling tot discriminatie op grond van geslacht met betrekking tot de voorwaarden voor de toegang tot overheidsfuncties, waarmee inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207.

21. De vraag is of een dergelijke discriminatie zou kunnen worden gerechtvaardigd.

22. In haar bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen heeft de Franse regering aangegeven dat de voorwaarden voor toegang tot vergelijkende onderzoeken voor de aanwerving voor overheidsfuncties zullen worden gewijzigd teneinde bovenvermelde discriminatie op te heffen.

B — *Mogelijke uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling*

23. Richtlijn 76/207 geeft drie uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling: ingeval het geslacht van de werknemer een bepalende factor is (artikel 2, lid 2), ingeval vrouwen moeten worden beschermd voor wat zwangerschap en moederschap betreft (artikel 2, lid 3) en ingeval maatregelen ter bevordering van gelijke kansen worden genomen (artikel 2, lid 4). Zoals zal worden aangetoond is, gelet op de huidige rechtspraak van het Hof, geen daarvan op de onderhavige situatie van toepassing.

24. Briheche beroept zich op artikel 2, lid 2, van richtlijn 76/207 ten betoge dat er geen rechtvaardiging was om de functies waarnaar hij bij de overheid dong, voor te behouden aan vrouwen. Deze uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling is echter niet relevant. De Franse Republiek heeft niet betoogd dat zij van toepassing was. Door de staat georganiseerde vergelijkende onderzoeken voor overheidsfuncties zijn immers niet voorbehouden aan vrouwen, aangezien

zowel mannen als vrouwen zich kunnen aanmelden. De discriminatie bestaat in de uitzonderingen op de leeftijdsgrens van 45 jaar overeenkomstig de litigieuze bepaling.

25. Een andere mogelijke uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling is gedefinieerd in artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 en beoogt de bescherming van vrouwen, met name met betrekking tot zwangerschap en moederschap. De Franse regering lijkt, in ieder geval impliciet, zich te baseren op deze uitzondering wanneer zij opmerkt dat de betrokken wetgeving is vastgesteld met het doel de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen te beperken. Daartoe verwijst zij naar studies volgens welke vrouwen, met name in gezinnen met kinderen, het voornaamste deel van het huishoudelijk werk verrichten. Zij verwijst ook naar statistieken van juli 2003 volgens welke 10,8 % van de vrouwen werkeloos is, tegenover 8,7 % van de mannen. Deze statistieken zijn voor de toepassing van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 niet relevant. Zij zouden echter relevant kunnen zijn ter rechtvaardiging van maatregelen die op basis van artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 worden genomen.

26. In dit opzicht is het, zoals de Franse Republiek zelf heeft erkend, vaste rechtspraak dat slechts een beroep op de uitzondering van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 kan worden gedaan ter „bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap [...] tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld". [12] Deze uitzondering is derhalve op de onderhavige situatie niet van toepassing.

27. Tot slot zou artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 van toepassing kunnen zijn wanneer men ervan zou uitgaan dat de litigieuze bepaling is bedoeld om te bevorderen „dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen [...] nadelig beïnvloeden".

28. Het doel van deze bepaling is door het Hof omschreven als het toestaan van maatregelen „die, hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen. Zij staat nationale maatregelen toe op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, die in het bijzonder vrouwen bevoordelen met het doel, hen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen." [13]

12 — Arresten van 12 juli 1984, Hofmann/Barner Ersatzkasse (184/83, Jurispr. blz. 3047), en 30 juni 1998, Brown/Rentokil (C-394/96, Jurispr. blz. I-4185). Zie ook, naar analogie, ofschoon de situatie daar is getoetst aan artikel 141 EG, arrest van 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, Jurispr. blz. I-9383, punten 43 and 44).

13 — Arrest Lommers, punt 32. Zie ook arresten van 17 oktober 1995, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen (C-450/93, Jurispr. blz. I-3051, punten 18 en 19), 11 november 1997, Marschall (C-409/95, Jurispr. blz. I-6363, punten 26 en 27), en 28 maart 2000, Badeck e.a. (C-158/97, Jurispr. blz. I-1875, punt 19).

29. Ofschoon de brede bewoordingen waarin deze doelstelling is vervat maatregelen lijken te omvatten die erop zijn gericht wezenlijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt te bereiken, heeft het Hof artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 beperkt uitgelegd, door te verwijzen naar het „beperkt plan ter verwezenlijking van gelijke kansen". [14]

30. Drie categorieën van positieve maatregelen kunnen worden onderscheiden. [15] Een eerste categorie omvat maatregelen die naar hun aard niet rechtstreeks discriminerend zijn, maar enkel de opleiding en kwalificaties van vrouwen willen verbeteren (bijvoorbeeld de toedeling van opleidingsplaatsen aan vrouwen). De achterliggende gedachte is dat het voor gelijke kansen nodig is dat de middelen worden verschaft die het mogelijk maken de individuele talenten van vrouwen aan het licht te brengen. Een tweede categorie wordt gevormd door maatregelen die beogen vrouwen in staat te stellen hun rol als ouder en hun beroepsactiviteiten beter met elkaar in overeenstemming te brengen (zoals de mogelijkheid gebruik te maken van door de werkgever aangeboden kinderopvangplaatsen). Mannen kunnen eveneens gebruik maken van de laatste soort maatregelen, die ten behoeve van ouders op neutrale wijze kunnen worden opgesteld. De derde categorie omvat maatregelen die eveneens het bereiken van gelijkheid tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt beogen, maar die naar hun aard discriminerend zijn in die zin dat zij vrouwen bevoordelen teneinde hun ondervertegenwoordiging in het beroepsleven te verminderen. De derde categorie omvat maatregelen die een direct gevolg hebben voor werkgelegenheid doordat aan vrouwen bij selectieprocedures voorrang wordt gegeven, of doordat doelstellingen of quota's worden vastgesteld. De eerdere rechtspraak van het Hof heeft zich hoofdzakelijk moeten bezighouden met positieve maatregelen van de derde categorie, die een mogelijke discriminatie van mannen inhielden. In de arresten Badeck en Lommers diende het Hof te beoordelen of en onder welke voorwaarden maatregelen van respectievelijk de eerste en de tweede categorie verenigbaar waren met artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207. Alle categorieën positieve maatregelen moeten aan drie cumulatieve voorwaarden voldoen.

31. Om verenigbaar met artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 te zijn, moet een nationale maatregel erop zijn gericht een bestaande onevenwichtigheid tussen mannen en vrouwen op te heffen. Wil een positieve maatregel onder deze bepaling vallen, dan moet dus eerst worden aangetoond dat vrouwen in een specifieke sector of carrièreschaal ondervertegenwoordigd zijn. De maatregel is dus erop gericht de bestaande ongelijkheid in die sector of carrièreschaal op te heffen. Denkbaar is ook het vaststellen van een positieve maatregel in de publieke sector, teneinde bijvoorbeeld de moeilijkheden te compenseren waarmee oudere vrouwen in de privésector te maken hebben. Een maatregel van dit tweede type zou echter niet zijn gericht op het opheffen van discriminatie, maar op het compenseren daarvan. In ieder geval kan, wanneer er geen enkel bewijs is, geen enkele actie met het oog op het direct dan wel

14 — Arrest Lommers, punt 33.

15 — Een soortgelijk onderscheid is reeds gemaakt door advocaat-generaal Tesauro in punt 9 van zijn conclusie in de zaak Kalanke/Freie Hansestadt Bremen.

indirect oplossen van de situatie worden gerechtvaardigd op grond van artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207.

32. In de tweede plaats zal het Hof nagaan of het waarschijnlijk is dat de genomen maatregel de concrete situatie zal oplossen. De vraag of de maatregel geschikt is kan echter onbeantwoord blijven voor maatregelen van de derde categorie, aangezien deze de resultaten die zij trachten te bereiken uitdrukkelijk voorschrijven.

33. Tot slot moet de genomen positieve maatregel, om op grond van artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 gerechtvaardigd te zijn, zoveel mogelijk in overeenstemming zijn gebracht met het beginsel van gelijke behandeling. Dit lijkt maatregelen uit te sluiten waarbij automatisch of absoluut aan vrouwen de voorkeur wordt gegeven en vereist derhalve een toetsing van de evenredigheid van de maatregel. Dit onderzoek naar de evenredigheid zal verschillende gevolgen hebben al naar gelang het soort maatregel waarvan sprake is alsmede de vraag of deze te verenigen is met het beginsel van gelijke behandeling.

34. In de arresten Kalanke, Marschall en Badeck moest het Hof nationale wetgeving onderzoeken waarbij de voorkeur werd gegeven aan vrouwelijke kandidaten die over dezelfde kwalificaties beschikten als mannelijke kandidaten. In het arrest Badeck oordeelde het Hof dat „een maatregel volgens welke vrouwelijke kandidaten in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang moeten worden bevorderd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht moet worden geacht — wanneer hij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en — wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten". [16]

35. De nationale bepaling die in het arrest Abrahamsson en Anderson [17] aan de orde was, gaf automatisch voorrang aan vrouwelijke kandidaten wanneer zij voldoende gekwalificeerd waren, op de enkele voorwaarde dat het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten van beide geslachten niet zo groot was, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit bij benoemingen. Het Hof was van oordeel dat een dergelijke maatregel in strijd was met artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207, aangezien de selectieprocedure tenslotte was gebaseerd „op de enkele grond dat [de sollicitant] tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort". [18] Het Hof verklaarde niettemin dat in een selectieprocedure criteria kunnen worden toegepast waarbij voorrang wordt verleend aan vrouwen, maar dat deze toepassing „op doorzichtige wijze dient te geschieden en moet kunnen worden gecontroleerd teneinde elke willekeurige beoordeling van

16 — Arrest Badeck, punt 23. Zie ook arrest van het EVA-hof, EFTA Surveillance Authority/Koninkrijk Noorwegen, zaak E-1/02, EFTA Court Report 1, punt 15.

17 — Arrest van 6 juli 2000 (C-407/98, Jurispr. blz. I-5539).

18 — Arrest Abrahamsson en Anderson, punt 53.

de bekwaamheid van de sollicitanten uit te sluiten". [19]

36. Op één lijn met deze rechtspraak heeft het EVA-Hof in het arrest EFTA Surveillance Authority tegen het Koninkrijk Noorwegen [20] geoordeeld dat het voorbehouden van vaste en tijdelijke academische functies aan vrouwen in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling en niet kon worden geacht onder de uitzondering van artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 te vallen, aangezien de nodige flexibiliteit niet werd betracht en er geen enkele beoordeling plaatsvond van de kwalificaties van de kandidaten, maar mannelijke kandidaten automatisch werden uitgesloten van de voorbehouden arbeidsplaatsen.

37. Er zij echter aan herinnerd dat de maatregelen die in de arresten Kalanke, Marschall en Abrahamsson zijn onderzocht, tot de derde categorie behoorden zoals die hiervóór in punt 30 is gedefinieerd (maatregelen die voorrang geven aan vrouwen bij de toegang tot het arbeidsproces of doelstellingen of quota's vaststellen). Voor maatregelen van andere categorieën gelden dezelfde beoordelingscriteria, ook al kan de laatste voorwaarde, terzake van de evenredigheid, aan andere regels worden onderworpen aangezien deze maatregelen niet rechtstreeks discrimineren met betrekking tot de toegang tot het arbeidsproces.

38. De nationale maatregel die in het arrest Lommers aan de orde was, betrof de toekenning van kinderopvangplaatsen uitsluitend aan vrouwelijke medewerkers van het Nederlandse ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, „tenzij sprake is van een noodgeval, dit ter beoordeling van de directeur". [21] Het Hof benadrukte het feit dat de betrokken maatregel aan vrouwen geen arbeidsplaatsen voorbehield, maar slechts „bepaalde arbeidsvoorwaarden". [22]

39. Voorts kon het toekennen van kinderopvangplaatsen aan vrouwelijke medewerkers de gelijke kansen voor vrouwen verbeteren, aangezien was vastgesteld dat vrouwen eerder dan mannen hun carrière opgaven om een kind op te voeden. [23]

40. Zowel in het arrest Badeck als in het arrest Lommers schonk het Hof speciale aandacht aan het feit dat de betrokken maatregelen geen totale uitsluiting van mannelijke kandidaten inhielden. [24] Het Hof oordeelde dat een maatregel aan deze negatieve voorwaarde moest voldoen om verenigbaar met artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 te zijn. In het arrest Lommers merkte het Hof in feite uitdrukkelijk op dat de aan de orde zijnde maatregel mannelijke werkne-

19 — Arrest Abrahamsson en Anderson, punt 49.

20 — Reeds aangehaald.

21 — Arrest Lommers, punt 11.

22 — Arrest Lommers, punt 38.

23 — Arrest Lommers, punt 37.

24 — Arresten Badeck, punt 53, en Lommers, punten 44 en 45.

mers niet volledig van zijn werkingssfeer uitsloot. [25] Anders kon de positieve maatregel niet in evenwicht worden gebracht met het beginsel van gelijke behandeling. [26]

41. Deze verenigbaarheid met het beginsel van gelijke behandeling lijkt elke vorm van automatische voorkeur voor vrouwen uit te sluiten en vereist dat de maatregelen de voordelen van de positieve actie ter bevordering van gelijkheid voor vrouwen en de kosten waarmee andere personen worden belast, evenredig verdelen. Deze vereisten lijken nodig om te voorkomen dat gelijkheid tussen personen teniet wordt gedaan door het streven naar wezenlijke gelijkheid tussen groepen. [27]

42. Het Hof probeert positieve discriminatie te conciliëren met het algemene beginsel van gelijke behandeling, door de eerste alleen toe te staan in zoverre zij niet leidt tot discriminatie die een bepaalde groep bevoordeelt ten koste van bepaalde personen: het bereiken van een evenwichtiger vertegenwoordiging van mannen en van vrouwen in de beroepsbevolking rechtvaardigt geen afwijking van het recht dat iedere persoon heeft om niet te worden gediscrimineerd. Met andere woorden, gelijke kansen gaan vóór gelijke resultaten. Het Hof gaat ervan uit dat maatregelen van positieve discriminatie alleen maar kunnen worden aanvaard wanneer zij in feite ertoe strekken, discriminatie in elk individueel geval te voorkomen door de werkgever te dwingen vrouwen in een gelijke situatie als mannen te brengen. Maatregelen van positieve discriminatie zijn zo bezien slechts schijnbaar discriminerend. Dat verklaart waarom het Hof bijvoorbeeld maatregelen aanvaardt die erop zijn gericht werk en zorg voor kinderen te combineren, waarbij vrouwen worden bevoordeeld, zolang deze maatregelen geen betrekking hebben op de toegang tot het arbeidsproces en ook voor mannen kunnen gelden. [28] Dit verklaart ook waarom het Hof maatregelen aanvaardt die een zekere mate van voorrang geven aan vrouwen in het arbeidsproces, zolang dit geen automatische prioriteit wordt, maar enkel een extra criterium waarmee de werkgever rekening moet houden bij het toekennen van arbeidsplaatsen. Deze redenering, waarbij positieve discriminatie slechts wordt toegestaan voorzover zij kan dienen om een mogelijke discriminatie op te heffen, kan echter gemakkelijk in conflict komen met de meer ambitieuze doelstellingen die soms aan die maatregelen worden verbonden. Zij krijgen vaak het doel, ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen in de samenleving op te heffen of te compen-

25 — Arrest Lommers, punt 45.

26 — Arresten Lommers, punt 39, en EFTA Surveillance Authority/Koninkrijk Noorwegen, punt 43.

27 — Zie voor een kritische analyse van de aan gelijkheid tussen individuen gegeven voorkeur: Freeman, S., Social Law and Policy in an evolving European Union, Shaw, J. (uitgever), 2000, blz. 189; Haquet, A., L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes, RTDE, 2001, blz. 305; Prechal, S., Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, CMLRev., 2004, blz. 533.

28 — Arresten Badeck, punt 53, en Lommers, punten 44 en 45.

seren door deze voorrang te geven bij de toegang tot bepaalde sectoren.

43. Daarentegen weerspiegelt de rechtspraak van het Hof het feit dat artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 uitsluitend verwijst naar maatregelen die erop zijn gericht „feitelijke ongelijkheden op te heffen", zonder melding te maken van compensatie. In het licht daarvan keurt het Hof vormen van positieve discriminatie alleen maar goed voorzover zij kunnen bijdragen tot het corrigeren van discriminerende mechanismen bij besluitvorming (met name met betrekking tot werkgelegenheid), maar niet om deze te compenseren.

44. In de onderhavige zaak heeft de Franse regering niet aangetoond dat vrouwen bij de overheid of meer in het bijzonder in bepaalde carrièreschalen ondervertegenwoordigd waren. De litigieuze bepaling maakt bovendien niet slechts een onderscheid tussen mannen en vrouwen, maar verwijst ook naar de huwelijkse staat van personen. Ook is niet duidelijk waarom niet-hertrouwde weduwen, niet-hertrouwde, van echt gescheiden vrouwen en van tafel en bed gescheiden vrouwen zouden moeten worden onderscheiden van andere categorieën alleenstaanden waarvoor maatregelen zouden kunnen worden getroffen. De Franse regering heeft in ieder geval geen bewijs tot staving van deze redenering geleverd.

45. Zoals gezegd, zijn maatregelen waarop artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 van toepassing is, bovendien alleen maar verenigbaar met deze bepaling wanneer zij geschikt zijn voor en evenredig aan het doel dat zij nastreven. In het onderhavige geval is het, bij gebreke van enig bewijs dat de maatregel bedoeld is om een feitelijke ondervertegenwoordiging van vrouwen te corrigeren, niet eens nodig om de geschiktheid van de litigieuze bepaling en de evenredigheid aan het doel ervan te beoordelen.

46. Uit deze overwegingen volgt dat geen van de uitzonderingen op artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 de discriminatie op grond van geslacht die de litigieuze bepaling bevat, kan rechtvaardigen.

47. In deze omstandigheden moet echter worden vastgesteld of de wetgeving die in casu aan de orde is, op grond van artikel 141, lid 4, EG zou kunnen worden gerechtvaardigd.

48. Artikel 141, lid 4, EG staat maatregelen toe „waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren".[29] Het kan niet worden uitgesloten dat positieve maatregelen die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207 vallen, op grond van deze bepaling zouden kunnen worden toegestaan.[30] Zoals ik al zei, zou immers gesteld kunnen worden dat er een verschil is tussen maatregelen die zijn gericht op het verminderen van ongelijkheden en maatregelen die zijn gericht op het compenseren van ongelijkheden die een bepaalde groep treffen of in het verleden hebben getroffen. Het kan niet worden uitgesloten dat de verwijzing in artikel 141, lid 4, EG naar compenserende maatregelen bedoeld is om de lidstaten een ruimere bevoegdheid te geven bij het vaststellen van maatregelen van positieve discriminatie. Een dergelijke uitlegging moet echter altijd binnen de door het algemene gelijkheidsbeginsel toegestane grenzen blijven. Voor het Hof is het niet de vraag of bepaalde vormen van positieve discriminatie al dan niet zouden leiden tot een eerlijkere en rechtvaardigere samenleving, maar of zulke vormen van positieve discriminatie, wanneer zij door de wetgever worden vastgesteld, kunnen worden verenigd met het algemene gelijkheids- en -non-discriminatiebeginsel.[31]

49. In dit verband zou de verwijzing in artikel 141, lid 4, EG naar compensatie aldus kunnen worden opgevat, dat deze ofwel inhoudt dat de noodzaak sociale ongelijkheden uit het verleden dan wel bestaande sociale ongelijkheden te compenseren, kan rechtvaardigen dat personen uit deze groepen worden begunstigd, met als prijs dat leden van de oververtegenwoordigde groep worden gediscrimineerd, ofwel dat het vaststellen van maatregelen van compenserende aard noodzakelijk is, aangezien de niet-discriminerende toepassing van vigerende maatschappelijke regels structureel in het voordeel is van de leden van de oververtegenwoordigde groepen.[32] De eerste opvatting maakt het recht van de justitiabele op non-discriminatie ondergeschikt aan het bereiken van gelijkheid tussen groepen, die haar rechtvaardiging vindt in het doel, de leden van de ondervertegenwoordigde groepen te compenseren voor door hen in het

29 — Het woord „compenseren" is ingevoegd bij het Verdrag van Amsterdam.

30 — Zoals door het Hof erkend in het arrest Abrahamson, punt 54.

31 — Bij zijn beoordeling van door de nationale wetgevers gemaakte keuzes zou het Hof ook rekening moeten houden met het feit dat het toestaan van enige diversiteit in nationale politieke keuzes, op een terrein waar grote onzekerheid en discussie bestaat over de precieze gevolgen en voordelen van maatregelen tot positieve discriminatie, de verschillende lidstaten enige bruikbare ruimte kan verschaffen om te experimenteren en te leren. Een andere factor waarmee rekening moet worden gehouden, is de vraag of in gevallen waarin maatregelen tot positieve discriminatie worden vastgesteld, de leden van de oververtegenwoordigde groep voldoende vertegenwoordigd zijn en voldoende participeren om hun standpunt in het politieke proces naar voren te kunnen brengen.

32 — Dit is de kern van de kritiek op formele gelijkheid, waarvan wordt gezegd dat deze bestaande discriminaties in de samenleving versterkt.

verleden ondervonden discriminatie. Een dergelijke opvatting is nauwelijks te verenigen met de voorrang die het Hof steeds heeft gegeven aan gelijke kansen en met zijn vaste opvatting van het beginsel van gelijke behandeling.

50. De tweede opvatting kan echter beter worden geconcilieerd met het beginsel van gelijke behandeling zoals dit door het Hof wordt uitgelegd en toegepast. Volgens deze opvatting is gelijkheid van resultaten niet het doel. Evenmin rechtvaardigen de doelstellingen van positieve discriminatie noodzakelijkerwijze discriminaties tussen personen. De voorstanders van deze opvatting zijn van oordeel dat alleen maatregelen die vaak worden geassocieerd met wezenlijke gelijkheid en die de ondervertegenwoordiging van bepaalde groepen compenseren (bijvoorbeeld quota's, automatische voorrang) daadwerkelijk gelijke kansen op lange termijn tot stand kunnen brengen. Maatregelen die de leden van bepaalde groepen bevoordelen worden derhalve niet gezien als een middel om gelijkheid tussen groepen of gelijkheid van resultaten te bereiken, maar als een instrument voor het tot stand brengen van daadwerkelijke gelijkheid van kansen. Dergelijke compenserende maatregelen hebben derhalve tot doel, de gelijkheid van kansen te herstellen doordat de gevolgen van discriminatie worden opgeheven en de gelijkheid van kansen op lange termijn zo groot mogelijk is.[33] In dit geval heeft compensatie betrekking op het herstel van het evenwicht tussen de kansen die de samenleving de leden van de verschillende groepen geeft.

51. Wanneer men de aanvaarding van compenserende vormen van positieve discriminatie baseert op gelijkheid van kansen en niet op gelijkheid van resultaten, zal gelijkheid tussen individuen nog steeds prevaleren boven gelijkheid tussen groepen, maar zullen wel aan de vormen van compenserende positieve discriminatie bepaalde grenzen en voorwaarden moeten worden gesteld die zich verdragen met artikel 141, lid 4, EG. De aanvaardbaarheid van zulke vormen van positieve discriminatie zou bijvoorbeeld nauw verbonden zijn met de voorlopige aard ervan.[34] Anders kunnen op lange termijn verworven rechten ontstaan, ook al is van de

33 — In dit verband kunnen twee hoofdredenen worden gegeven. Ten eerste wordt positieve discriminatie opgevat als de enkele verbetering van de vooruitzichten van slachtoffers van discriminatie tot het punt waar zij zouden zijn geweest zonder discriminatie. Ten tweede wordt positieve discriminatie geacht het enige effectieve middel te zijn om de ondervertegenwoordigde groepen op de juiste wijze aan te moedigen in menselijk kapitaal te investeren (doorbreken van de discriminatiecyclus) en om gebreken in de marktwerking recht te zetten (sociale monopolies en kosten van informatie) die, door het versterken van de bestaande maatschappelijke discriminatie, feitelijk verhinderen dat de beste personen worden gekozen. Opgemerkt moet worden dat het causale verband tussen deze redenen en de effecten van positieve discriminatie vaak wordt bestreden en het voorwerp is van veel alternatieve strategieën. Het is echter niet aan het Hof om de verdiensten van deze beleidsvarianten te beoordelen, maar slechts om te beoordelen of en in hoeverre zij verenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling kunnen worden geacht.

34 — Dit zou kunnen worden gewaarborgd door beperkende bepalingen of door verplichte periodieke beoordeling van de wetgeving.

oorspronkelijke omstandigheden die positieve discriminatie rechtvaardigden, niet langer sprake. Als gevolg daarvan zou het doel om werkelijke gelijkheid van kansen op lange termijn te scheppen, in gevaar worden gebracht. Andere voorwaarden zouden verband kunnen houden met de aard of omvang van de last die op de leden van de oververtegenwoordigde groep wordt gelegd, de waarschijnlijkheid dat toegenomen vooruitzichten voor de leden van de ondervertegenwoordigde groep kunnen leiden tot werkelijke gelijkheid van kansen, en de verplichting, de ondervertegenwoordiging niet alleen in het algemeen aan te tonen, maar in de specifieke sector of instelling waarin positieve discriminatie plaatsvindt.

52. In de onderhavige zaak kan bij gebreke van elementen waaruit het gestelde doel blijkt, de litigieuze bepaling niet worden gerechtvaardigd op grond van artikel 141, lid 4, EG, zodat het niet nodig is vast te stellen of aan genoemde voorwaarden is voldaan.

III — Conclusie

53. Gelet op het voorgaande moet de prejudiciële vraag mijns inziens als volgt worden beantwoord:

„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, en artikel 141, lid 4, EG staan in de weg aan nationale wetgeving zoals artikel 8 van de Franse wet nr. 75-3, zoals gewijzigd, voorzover deze tussen niet-hertrouwde weduwnaars en niet-hertrouwde weduwen discrimineert terzake van de leeftijdsgrens voor de toegang tot overheidsfuncties, zonder dat zij ertoe strekt bestaande ongelijkheden op te heffen of te compenseren."