FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO föredraget den 29 juni 2004 [1]

1. Tribunal administratif de Paris (förvaltningsdomstolen i Paris) (Frankrike) har frågat huruvida rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor [2] utgör hinder för en bestämmelse som artikel 8 i fransk lag nr 75-3 av den 3 januari 1975 [3], i dess lydelse enligt lag nr 79-569 av den 7 juli 1979 [4] och lag nr 2001-397 av den 9 maj 2001 [5] (nedan kallad den aktuella lagen), i den mån bestämmelsen innebär att änkor som inte har gift om sig inte omfattas av åldersgränsen vid rekrytering till förvaltningen.

I — Bakgrund, tillämpliga bestämmelser och tolkningsfrågan

2. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet var Serge Briheche en änkeman som inte hade gift om sig, han var 48 år gammal och var vårdnadshavare för ett tolvårigt barn. Serge Briheche anmälde sig till fyra olika uttagningsprov för tjänstgöring inom olika ministerier. Åldersgränsen för att få delta i uttagningsproven var 45 år. Serge Briheche nekades tillträde till samtliga uttagningsprov med anledning av att han var äldre än 45 år.

3. Den 30 januari 2002 avslog directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (chefen för den under flera utbildningssektioner lydande tjänsten för prov och uttagningsprov (utbildningssektionerna Créteil, Paris och Versailles)) Serge Briheches ansökan om att få delta i det externa uttagningsprovet för rekrytering av assistenter till den centrala förvaltningen. Den 5 februari 2002 avslog samma chef Serge Briheches ansökan om att få delta i det gemensamma externa uttagningsprovet för tjänstgöring som administrativ sekreterare

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191). Det bör noteras att direktiv 76/207 har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207 (EGT L 269, s. 15). De nya bestämmelserna är inte tillämpliga i förevarande mål eftersom medlemsstaterna inte behöver genomföra dem förrän senast den 5 oktober 2005.

3 — *Journal Officiel de la République Française* (JORF) av den 4 januari 1975, s. 198.

4 — JORF av den 8 juli 1979.

5 — JORF av den 10 maj 2001, s. 7320.

inom den centrala förvaltningen och som sekreterare inom skol- och universitetsförvaltningen. Den 27 februari 2002 avslog ministre de l'éducation nationale (utbildningsministern) Serge Briheches ansökan om omprövning av de ovannämnda besluten.

4. Den 28 januari och den 8 mars 2002 avslog ministre de l'intérieur (inrikesministern) Serge Briheches ansökan om att få delta i det externa uttagningsprovet för rekrytering av förvaltningsassistenter inom den centrala förvaltningen.

5. Den 28 februari 2002 avslog ministre de la justice (justitieministern) Serge Briheches ansökan om att få delta i det externa uttagningsprovet för rekrytering av assistenter till den decentraliserade kriminalvårdsförvaltningen.

6. Genom tre olika ansökningar väckte Serge Briheche talan om att Tribunal administratif de Paris skulle upphäva de ovannämnda besluten och förplikta franska staten att ersätta den skada som besluten hade förorsakat honom. [6]

6 — Ansökningarna registrerades den 28 mars 2002, den 29 mars 2002 respektive den 19 april 2002 under följande registreringsnummer: 0204512/5, 0204571/5 och 0205683/5.

7. Beroende på vilken typ av uttagningsprov det rör sig om föreskrivs en åldersgräns för sökandena på 45 år antingen i artikel 5 i lag nr 90-713 av den 1 augusti 1990 om gemensamma bestämmelser för assistenter inom den statliga förvaltningen [7] eller i artikel 1 i lag nr 75-765 av den 14 augusti 1975 om åldersgränsen vid rekrytering av statstjänstemän tillhörande kategorierna B, C och D genom uttagningsprov [8].

8. Artikel 8 i den aktuella lagen innehåller följande undantag: "Åldersgränser för tillträde till offentlig tjänst gäller inte för mödrar till tre eller flera barn, änkor som inte har gift om sig, frånskilda kvinnor som inte har gift om sig, kvinnor som rättsligen har separerat och ogifta kvinnor och män som har minst ett barn att försörja och är tvungna att arbeta".

9. I artikel 2.1 i direktiv 76/207 förbjuds diskriminering "på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus". Denna princip har ett omfattande materiellt tillämpningsområde, vilket definieras i artikel 3.1 i direktivet: "Tillämpningen av likabehandlingsprincipen innebär att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering

7 — Artikel 5 i lag nr 90-713 av den 1 augusti 1990 om gemensamma bestämmelser för assistenter inom den statliga förvaltningen: "För att ha rätt att delta i ett uttagningsprov skall sökanden vara yngre än 45 år den 1 januari det år som uttagningsprovet genomförs." JORF av den 11 augusti 1990, s. 9795.

8 — Artikel 1 i lag nr 75-765 av den 14 augusti 1975 om åldersgränsen vid rekrytering av statstjänstemän tillhörande kategorierna B, C och D genom uttagningsprov: "Åldersgränsen är 45 år såvida inte en högre åldersgräns föreskrivs i särskilda bestämmelser". JORF av den 19 augusti 1975.

på grund av kön i villkoren, som t.ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar i någon som helst sektor eller verksamhetsgren och på alla nivåer".

10. Parterna anser att flera andra bestämmelser i direktiv 76/207 kan vara av intresse i förevarande mål. Serge Briheche åberopade artikel 2.2 i sitt skriftliga yttrande till den nationella domstolen och har åberopat denna artikel också inför förevarande domstol. I nämnda artikel föreskrivs att "[d]etta direktiv [inte] skall ... hindra medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde den yrkesverksamhet och i förekommande fall den utbildning som leder till denna, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs".

11. Den franska regeringen har nämnt artikel 2.3 i direktivet, i vilken det föreskrivs att "[d]etta direktiv [inte] skall ... påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap".

12. Enligt kommissionen är artikel 2.4 i direktiv 76/207 central för svaret på den nationella domstolens fråga. I nämnda artikel föreskrivs att "[d]etta direktiv [inte] skall ... hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1".

13. Under dessa omständigheter beslutade den nationella domstolen att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Utgör direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 hinder för att Frankrike bibehåller bestämmelserna i artikel 8 i lag nr 75-3 av den 3 januari 1975, i ändrad lydelse enligt lag nr 79-569 av den 7 juli 1979 och lag nr 2001-397 av den 9 maj 2001, vad gäller änkor som inte har gift om sig?"

II — Bedömning

14. Jag skall först pröva huruvida direktiv 76/207 är tillämpligt på en lag som den aktuella. Därefter tar jag ställning till om en sådan lag kan motiveras med stöd av undantag från principen om likabehandling.

A — *Tillämpligheten av direktiv 76/207 och förekomsten av könsdiskriminering*

15. Artikel 8 i den aktuella lagen reglerar tillgången till anställning i den offentliga sektorn genom att undanta vissa kategorier av personer från åldersgränsen för att få delta i uttagningsprov. Enligt fast rättspraxis är direktiv 76/207 tillämpligt på anställningar inom den offentliga sektorn. [9] Artikel 3.1 i direktiv 76/207 omfattar uttryckligen tillgång till anställning. Artikel 8 i den aktuella lagen omfattas därmed av nämnda direktivs materiella tillämpningsområde, såsom detta definieras i artikel 3.1.

16. Det råder ingen tvekan om att artikel 8 i den aktuella lagen ger upphov till direkt diskriminering mellan änkor och änkemän som inte har gift om sig. Änkor har nämligen rätt att delta i uttagningsprov för rekrytering till förvaltningen efter det att de har fyllt 45 år, medan änkemän inte har denna rättighet. Detta utgör utan tvekan könsdiskriminering vad avser villkoren för tillgång till tjänster inom förvaltningen. [10]

17. Serge Briheche har åberopat ytterligare diskriminering inför domstolen. Enligt Serge Briheche diskrimineras änkemän som inte har gift om sig och som har barn att försörja i förhållande till ogifta män och kvinnor med barn att försörja i artikel 8 i den aktuella lagen eftersom endast de senare undantas från åldergränsen på 45 år. Också i detta fall skiljer sig rätten att delta i uttagningsprov för rekrytering till förvaltningen åt för föräldrar med barn att försörja beroende på deras civilstånd. Endast ensamstående föräldrar, änkor som inte har gift om sig, skilda kvinnor samt kvinnor som rättsligen har separerat och har barn att försörja har rätt att delta i uttagningsprov efter det att de har fyllt 45 år.

18. Den hänskjutande domstolen har begränsat sin fråga till situationen för änkemän som inte har gift om sig, jämförd med situationen för änkor i samma situation. Jag erinrar om att det enligt fast rättspraxis uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts, och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen i de frågor som ställs till domstolen. [11] Prövningen kan där-

9 — Dom av den 26 oktober 1999 i mål C-273/97, Sirdar (REG 1999, s. I-7403), punkt 18, av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil (REG 2000, s. I-69), punkt 18, och av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkt 25.

10 — Trots att direktiv 76/207 tillkom i syfte att undanröja diskriminering av kvinnor råder det ingen tvekan om att också män kan kräva att diskriminering till deras nackdel undanröjs när de behandlas mindre förmånligt än kvinnor.

11 — Se bland annat domen av den 15 juni 2000 i mål C-302/98, Sehrer (REG 2000, s. I-4585), punkt 20, av den 20 mars 2001 i mål C-33/99, Fahmi (REG 2001, s. I-2415), punkt 28, och av den 8 maj 2003 i mål C-111/01, Gantner Electronic (REG 2003, s. I-4207), punkterna 34 och 38.

med begränsas till frågan om diskriminering mellan änkor och änkemän som inte har gift om sig.

19. Det står emellertid redan nu klart att artikel 8 i den aktuella lagen innehåller andra liknande fall av könsdiskriminering. Mödrar med tre eller flera barn, skilda kvinnor som inte har gift om sig och kvinnor som rättsligen har separerat med barn att försörja undantas alla från åldersgränsen på 45 år för tillträde till tjänster inom förvaltningen, medan män i samma situation (fäder med tre eller flera barn, skilda män som inte har gift om sig och män som rättsligen har separerat med barn att försörja) inte omfattas av undantaget i fråga.

20. Artikel 8 i den aktuella lagen ger upphov till diskriminering på grund av kön i fråga om villkoren för tillträde till tjänster inom förvaltningen genom att ge änkor som inte har gift om sig, men inte änkemän i samma situation, rätt att delta i uttagningsprov för rekrytering till förvaltningen oavsett ålder. Detta strider mot artiklarna 2.1 och 3.1 i direktiv 76/207.

21. Frågan är om sådan diskriminering är motiverad.

22. I det skriftliga yttrandet informerade den franska regeringen domstolen om att arbete med att reformera villkoren för att delta i uttagningsproven för rekrytering till förvaltningen hade inletts för att komma till rätta med ovannämnda diskriminering.

B — *Undantag från principen om likabehandling*

23. Enligt direktiv 76/207 är det möjligt att göra undantag från principen om likabehandling i tre fall, nämligen när arbetstagarnas kön är avgörande (artikel 2.2), när kvinnor behöver skydd på grund av graviditet och moderskap (artikel 2.3) och när åtgärder vidtagits för att främja lika möjligheter för kvinnor och män (artikel 2.4). Jag skall visa att inget av dessa undantag är tillämpligt i förevarande fall. Domstolens rättspraxis kommer att beaktas.

24. Serge Briheche har åberopat artikel 2.2 i direktiv 76/207 till stöd för ståndpunkten att det saknades skäl för att reservera de tjänster som han hade sökt inom förvaltningen åt kvinnor. Detta undantag från principen om likabehandling saknar emellertid relevans. Republiken Frankrike gjorde nämligen inte gällande att det var tillämpligt. De uttagningsprov som anordnas av franska staten för rekrytering till tjänster inom förvaltningen är nämligen inte reserverade för

kvinnor, utan både män och kvinnor kan ansöka om att delta. Diskrimineringen består i undantaget från åldersgränsen på 45 år i artikel 8 i den aktuella lagen.

25. Ett annat undantag från principen om likabehandling definieras i artikel 2.3 i direktiv 76/207 och syftar till att skydda kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap. Den franska regeringen verkar åtminstone underförstått ha stött sig på denna bestämmelse när den uppgav att lagstiftningen i fråga hade införts för att begränsa ojämlikheterna mellan kvinnor och män. Den franska regeringen hänvisade till undersökningar som visar att kvinnor gör merparten av hushållsarbetet, i synnerhet i barnfamiljer. Nämnda regering presenterade också statistik från juli år 2003 enligt vilken 10,8 procent av kvinnorna, jämfört med 8,7 procent av männen, är arbetslösa. Det skall noteras att denna statistik saknar relevans för tillämpningen av artikel 2.3 i direktiv 76/207. Statistiken skulle emellertid kunna åberopas till stöd för åtgärder som vidtagits på grundval av artikel 2.4 i direktiv 76/207.

26. Enligt fast rättspraxis är undantaget i artikel 2.3 i direktiv 76/207 endast tillämplig för att skydda "kvinnans biologiska tillstånd under graviditeten och efter densamma, till dess att hennes fysiska och psykiska funktioner är normaliserade efter förlossningen" [12], vilket Republiken Frankrike själv har medgivit. Av denna anledning är undantaget inte tillämpligt i förevarande fall.

27. Avslutningsvis skulle artikel 2.4 i direktiv 76/207 kunna tillämpas om artikel 8 i den aktuella lagen ansågs syfta till att främja "lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter".

28. Syftet med denna bestämmelse är enligt domstolen att tillåta åtgärder "som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men som syftar till att avlägsna eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället. Enligt denna bestämmelse tillåts nationella åtgärder inom området för tillgång till anställning, inbegripet befordran, som speciellt gynnar kvinnor och har till syfte att förbättra deras möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på samma villkor som män". [13]

12 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), och av den 30 juni 1998 i mål C-394/96, Brown mot Rentokil (REG 1998, s. I-4185). Se analogt (prövningen gäller artikel 141 EG) domen av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar (REG 2001, s. I-9383), punkterna 43 och 44.

13 — Domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 32. Se också dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, Kalanke (REG 1995, s. I-3051), punkterna 18 och 19, av den 11 november 1997 i mål C-490/95, Marschall (REG 1997, s. I-6363), punkterna 26 och 27, och domen av den 28 mars 2000 i mål C-158/97, Badeck m.fl. (REG 2000, s. I-1875), punkt 19.

29. Trots att den vida formuleringen av syftet kan tyckas omfatta åtgärder som syftar till att åstadkomma verklig jämställdhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden har domstolen valt att tolka artikel 2.4 i direktiv 76/207 snävt med hänvisning till den "begränsad[e] tolkning[en] av begreppet lika möjligheter". [14]

30. Tre kategorier av positiv särbehandling kan urskiljas. [15] Den första kategorin omfattar åtgärder vilka inte är direkt diskriminerande och som syftar till bättre utbildning och kvalifikationer för kvinnor (till exempel praktikplatser för kvinnor). Den bakomliggande tanken är att lika möjligheter endast kan uppnås genom tillhandahållande av medel med hjälp av vilka kvinnor kan visa vad de förmår. Den andra kategorin omfattar åtgärder vilka syftar till att göra det möjligt för kvinnor att förena föräldraskap och yrkesliv (till exempel kan arbetsgivaren erbjuda de anställda barnomsorg). Också män kan dra fördel av denna typ av åtgärder vilka kan utformas neutralt till förmån för föräldrar. Den tredje kategorin omfattar åtgärder vilka också syftar till att åstadkomma jämställdhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden, men som är diskriminerande så till vida att de gynnar kvinnor i syfte att minska deras underrepresentation i förvärvslivet. Den tredje kategorin inbegriper bestämmelser som har en direkt inverkan på anställning, som ger företräde åt kvinnor i uttagningsförfaranden eller som fastställer mål eller kvoter som eftersträvas. Domstolens tidigare rättspraxis gäller företrädesvis sådan positiv särbehandling som omfattas av den tredje kategorin, vilken kan diskriminera män. I de ovannämnda målen Badeck och Lommers tog domstolen ställning till huruvida, och under vilka villkor, åtgärder som omfattas av den första respektive den andra kategorin var förenliga med artikel 2.4 i direktiv 76/207. En trefaldig bedömning görs av samtliga åtgärder för positiv särbehandling, oavsett kategori.

31. För att vara förenlig med artikel 2.4 i direktiv 76/207 skall en nationell åtgärd syfta till att avhjälpa en befintlig obalans mellan kvinnor och män. För att positiv särbehandling skall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.4 i direktiv 76/207 krävs således att det kan visas att kvinnor är underrepresenterade inom en viss sektor eller på en viss nivå. Åtgärden skall syfta till att avlägsna ojämlikheterna inom sektorn eller på nivån. Man kan också tänka sig åtgärder inom den offentliga sektorn för att till exempel uppväga de svårigheter som äldre kvinnor erfar inom den privata sektorn. Sådana åtgärder syftar emellertid inte till att avhjälpa diskriminering, utan till att uppväga diskriminering. I vilket fall som helst kan ingen åtgärd i syfte att, direkt eller indirekt,

14 — Domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 33.

15 — En liknande uppdelning har redan föreslagits av generaladvokat Tesauro i det ovannämnda målet Kalanke, punkt 9.

avhjälpa en viss situation rättfärdigas med stöd av artikel 2.4 i direktiv 76/2087 utan bevisning.

32. Domstolen måste därefter pröva huruvida det är sannolikt att den vidtagna åtgärden kommer att avhjälpa en viss situation. Detta lämplighetstest är emellertid överflödigt vad avser åtgärder tillhörande den tredje kategorin eftersom det uttryckligen anges vad sådana åtgärder syftar till.

33. Avslutningsvis måste positiv särbehandling för att vara förenlig med artikel 2.4 i direktiv 76/207 så långt som möjligt anpassas till principen om likabehandling. Detta villkor tycks utesluta åtgärder vilka automatiskt eller ovillkorligt ger företräde åt kvinnor och innebär att det skall prövas huruvida åtgärden är proportionerlig. Utgången av en sådan proportionalitetsprövning kommer att variera beroende på vilken typ av åtgärd det är frågan om och åtgärdens förenlighet med principen om likabehandling.

34. I målen Kalanke, Marschall och Badeck prövade domstolen nationell lagstiftning enligt vilken kvinnliga arbetssökande gavs företräde framför manliga arbetssökande med samma meriter. I domen i målet Badeck anförde domstolen att "en åtgärd som syftar till att i första hand befordra kvinnliga sökande inom de delar av den offentliga sektorn där kvinnor är underrepresenterade [skall] anses vara förenlig med gemenskapsrätten om den inte automatiskt och ovillkorligt ger företräde åt kvinnor som har meriter som är likvärdiga med deras manliga konkurrenters och om det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden". [16]

35. Målet Abrahamsson [17] rörde en nationell bestämmelse enligt vilken kvinnliga arbetssökanden som hade tillräckliga kvalifikationer automatiskt gavs företräde, på det enda villkoret att skillnaden mellan de kvalifikationer som sökande av respektive kön hade inte var så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen. Enligt domstolen strider en sådan bestämmelsen mot artikel 2.4 i direktiv 76/207 eftersom urvalsförfarandet "i sista hand grundas ... på att sökanden tillhör [det] underrepresentera[de] kön[et]". [18] Icke desto mindre ansåg domstolen att kriterier som ger företräde åt kvinnor kan tillämpas i urvalsförfaranden när det sker "på ett öppet sätt och [kan] ... bli föremål för prövning för att

16 — Punkt 23. Se också Eftadomstolens dom i mål E-1/02, Eftas övervakningsmyndighet mot Konungariket Norge (REG 2003, Efta Court Report 1), punkt 15.

17 — Dom av den 6 juli 2000 i mål C-407/98 (REG 2000, s. I-5539).

18 — Domen i det ovannämnda målet Abrahamsson, punkt 53.

förhindra godtyckliga bedömningar av de sökandes kvalifikationer". [19]

36. I enlighet med denna rättspraxis anförde Eftadomstolen i mål E-1/02, Eftas övervakningsmyndighet mot Konungariket Norge [20], att det stred mot principen om likabehandling att vika permanenta och tillfälliga universitetstjänster åt kvinnor. Enligt Eftadomstolen omfattades dessa bestämmelser inte av tillämpningsområdet för undantaget i artikel 2.4 i direktiv 76/207 eftersom de inte var tillräcklig flexibla och eftersom de arbetssökandes meriter inte beaktades. Manliga sökanden uteslöts nämligen automatiskt från de aktuella tjänsterna.

37. Det skall emellertid noteras att de åtgärder som granskades i målen Kalanke, Marschall och Abrahamsson tillhörde den tredje kategorin, såsom denna har definierats i punkt 30 (åtgärder som ger kvinnor företräde till anställning eller sätter upp mål eller kvoter som skall eftersträvas). Åtgärder tillhörande de andra kategorierna skall prövas mot bakgrund av samma kriterier. Proportionalitetsprövningen kan dock ställa andra krav eftersom dessa åtgärder inte utgör direkt diskriminering vad avser tillgång till anställning.

19 — Domen i det ovannämnda målet Abrahamsson, punkt 49.

20 — Nämnt ovan.

38. I det ovannämnda målet Lommers bestod den nationella åtgärden i att barnomsorg i princip förbehölls kvinnliga medarbetare vid ministeriet för jordbruk, naturvård och fiske, "utom i det fall då det enligt direktörens bedömning föreligger en nödsituation" [21] Domstolen betonade den omständigheten att bestämmelsen i fråga inte förbehöll kvinnor arbetsplatser, utan endast "tillgång till vissa arbetsvillkor". [22]

39. Bestämmelsen om att reservera barnomsorg för de kvinnliga medarbetarna antogs dessutom förbättra kvinnors lika möjligheter eftersom det hade visats att kvinnor var mer benägna än män att ge upp sina yrkeskarriärer för att ta hand om barn. [23]

40. Domstolen tog extra hänsyn till den omständigheten att de aktuella åtgärderna i målen Badeck och Lommers inte fullständigt uteslöt manliga arbetssökande. [24] Domstolen fastslog att en åtgärd skall uppfylla detta negativa villkor för att överensstämma med artikel 2.4 i direktiv 76/207. I domen i målet Lommers konstaterade domstolen uttryckligen att den aktuella åtgärden inte full-

21 — Domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 11.

22 — Domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 38.

23 — Domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 37.

24 — Domarna i de ovannämnda målen Badeck, punkt 53, och Lommers, punkterna 44 och 45.

ständigt uteslöt manliga anställda från sitt tillämpningsområde. [25] Om så inte hade varit fallet hade den positiva särbehandlingen inte varit förenlig med principen om likabehandling. [26]

41. Åtgärder, oavsett typ, vilka automatiskt ger företräde åt kvinnor tycks därmed aldrig vara förenliga med principen om likabehandling. De positiva effekterna av positiv särbehandling på jämställdhetsarbetet skall dessutom vara proportionerliga i förhållande till de negativa effekter som drabbar andra individer. Dessa krav tycks vara nödvändiga för att förhindra att hänsynen till jämlikheten mellan grupper tillåts dominera över jämlikheten mellan individer. [27]

42. Domstolen försöker förena positiv diskriminering med den allmänna likabehandlingsprincipen genom att tillåta positiv diskriminering så länge som den inte leder till diskriminering som gynnar en viss grupp på enskilda individers bekostnad. Målet att uppnå en jämnare fördelning av kvinnor och män inom yrkeslivet motiverar inte undantag från den enskilda individens rätt att slippa diskriminering. Med andra ord har lika möjligheter företräde framför lika resultat. Enligt domstolen kan positiv diskriminering accepteras endast om de vidtagna åtgärderna syftar till att förhindra diskriminering i enskilda fall genom att tvinga arbetsgivare att behandla kvinnor på samma sätt som män. Positiv diskriminering är mot bakgrund av detta endast synbart diskriminerande. Detta förklarar varför domstolen till exempel accepterar åtgärder vilka syftar till att göra det möjligt att förena yrkesliv med föräldraskap, och därför gynnar kvinnor, under förutsättning att dessa åtgärder inte rör tillgången till anställning och kan utsträckas till att omfatta män. [28] Detta förklarar också varför domstolen accepterar åtgärder som gynnar kvinnor i viss mån vid anställning så länge som det inte rör sig om automatiskt företräde, utan endast om ytterligare ett kriterium som arbetsgivaren skall beakta vid tillsättningen av tjänster. Uppfattningen att positiv diskriminering endast är tillåten när den kan avhjälpa potentiell diskriminering kan emellertid lätt komma i konflikt med de mera ambitiösa målsättningar som ibland tillskrivs åtgärder för positiv särbehandling. Dessa målsättningar går ofta ut på att eliminera eller uppväga underrepresentation av vissa samhällsgrup-

25 — Domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 45.

26 — Domarna i de ovannämnda målen Lommers, punkt 39, och Eftas övervakningsmyndighet mot Konungariket Norge, punkt 43.

27 — För en kritisk analys av det företräde som ges åt jämlikhet mellan individer se S. Freeman, Social Law and Policy in an evolving European Union, J. Shaw (eds), 2000, s. 189; A. Haquet, L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes, RTDE, 2001, s. 305; S. Prechal, Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, CMLRev., 2004, s. 533.

28 — Domarna i de ovannämnda målen Badeck, punkt 53, och Lommers, punkterna 44 och 45.

per genom att ge dessa grupper företräde till vissa samhällssektorer.

43. Domstolens rättspraxis speglar däremot den enda hänvisningen i artikel 2.4 i direktiv 76/207 till åtgärder som syftar till att "avlägsna befintliga ojämlikheter". Kompensation nämns över huvud taget inte. Det är mot bakgrund av detta förhållande som domstolen tillåter positiv diskriminering i den mån som den kan bidra till att avlägsna diskriminerande mekanismer vid beslutsfattande (i synnerhet vid anställning), men inte för att uppväga sådana mekanismer.

44. I förevarande fall har den franska regeringen inte visat att kvinnor var underrepresenterade inom förvaltningen eller, mera specifikt, på vissa nivåer. I artikel 8 i den aktuella lagen görs det inte enbart skillnad mellan kvinnor och män, utan det hänvisas också till civilstånd. Det framgår inte heller varför änkor som inte har gift om sig, frånskilda kvinnor som inte har gift om sig och kvinnor som rättsligen har separerat skall behandlas annorlunda än andra ensamstående individer för vilka åtgärder skall vidtas. Den franska regeringen har under alla omständigheter inte presenterat någon bevisning till stöd för ett sådant resonemang.

45. Dessutom är åtgärder som vidtas med stöd av artikel 2.4 i direktiv 76/207 endast förenliga med bestämmelsen om de är lämpliga och proportionerliga i förhållande till det mål som eftersträvas. Detta har redan påtalats. I förevarande fall är det, med hänsyn till att det inte finns något bevis för att den aktuella bestämmelsen utformades för att avhjälpa en befintlig underrepresentation av kvinnor, inte ens nödvändigt att ta ställning till om den aktuella lagen är lämplig och proportionerlig i förhållande till syftet.

46. Av dessa överväganden följer att inget av undantagen i artikel 2.1 i direktiv 76/207 med framgång kan åberopas till stöd för den diskriminering på grund av kön som föreskrivs i artikel 8 i den aktuella lagen.

47. Under dessa omständigheter är det nödvändigt att ta ställning till om den aktuella lagstiftningen kan motiveras med stöd av artikel 141.4 EG.

48. Enligt artikel 141.4 är åtgärder "som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären" tillåtna. [29] Det är inte uteslutet att sådan positiv särbehandling som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 kan vara tillåten med stöd av denna bestämmelse. [30] Man skulle nämligen kunna hävda, vilket jag redan har betonat, att det föreligger en skillnad mellan åtgärder som syftar till att minska ojämlikheter och åtgärder som syftar till att uppväga ojämlikheter som drabbar eller har drabbat en samhällsgrupp. Det kan inte uteslutas att hänvisningen till kompensation i artikel 141.4 EG har tillkommit för att ge medlemsstaterna större utrymme för skönsmässig bedömning när de vidtar positiva diskrimineringsåtgärder. En sådan tolkning får emellertid aldrig gå utöver de tillåtna ramarna med hänsyn till den allmänna principen om likabehandling. Domstolen skall inte ta ställning till om vissa former av positiv diskriminering skulle leda till ett mera jämlikt och rättvisst samhälle eller ej, utan till om sådana former av positiv diskriminering är förenliga med den allmänna principen om jämlikhet och icke-diskriminering. [31]

49. Hänvisningen till kompensation i artikel 141.4 EG kan antingen tolkas så att behovet av att uppväga tidigare eller befintliga ojämlikheter i samhället kan motivera att individer tillhörande grupper som utsatts eller utsätts för diskriminering gynnas på bekostnad av medlemmar i överrepresenterade grupper eller så att det är nödvändigt att anta kompenserande bestämmelser eftersom en icke-diskriminerande tillämpning av befintliga samhällsbestämmelser strukturellt sett gynnar medlemmar i de överrepresenterade grupperna. [32] Enligt den första tolkningen är individens rätt att inte utsättas för diskriminering underordnad strävan att åstadkomma jämlikhet mellan olika grupper. Denna strävan motiveras av målet att kompensera medlemmar i de underrepresenterade grupperna för diskriminering som de tidigare har utsatts för. En sådan tolkning är

29 — Ordet "kompensera" infördes genom Amsterdamfördraget.

30 — Vilket domstolen bekräftade i domen i det ovannämnda målet Abrahamsson, punkt 54.

31 — Vid bedömningen av medlemsstaternas lagstiftning bör domstolen också ta hänsyn till att viss frihet i fråga om nationella politiska val på ett område som utmärks av stor osäkerhet och en livlig debatt vad avser de exakta effekterna och fördelarna med positiv diskriminering, kan leda till användbara experiment och ökade kunskaper i medlemsstaterna. En annan omständighet som skall tas i beaktande när bestämmelser om positiv diskriminering har antagits är huruvida medlemmarna i den överrepresenterade gruppen är tillräckligt representerade och involverade för att komma till tals i den politiska processen.

32 — Detta utgör kärnan i den kritik som har riktats mot formell jämställdhet vilken sägs stärka befintlig diskriminering i samhället.

knappast förenlig med det företräde som domstolen har gett åt lika möjligheter och med dess traditionella tolkning av den allmänna principen om likabehandling.

50. Den andra tolkningen är möjligen mer förenlig med principen om likabehandling såsom denna har tolkats och tillämpats av domstolen. Enligt den andra tolkningen är det inte ett lika resultat som är målet. Målen med positiv diskriminering motiverar inte heller nödvändigtvis diskriminering mellan individer. Den bakomliggande tanken är att åtgärder som ofta förknippas med grundläggande jämlikhet vilka uppväger underrepresentationen av vissa grupper (till exempel kvoter och automatiskt företräde) är nödvändiga för att åstadkomma verklig jämlikhet på lång sikt. Åtgärder som gynnar medlemmar i vissa grupper ses därför inte som medel för att åstadkomma jämlikhet mellan grupper eller jämlika resultat, utan som ett medel för att åstadkomma lika möjligheter. Syftet med denna typ av kompenserande åtgärder är att på nytt skapa lika möjligheter genom att avhjälpa effekterna av diskriminering och så långt som möjligt främja lika möjligheter på lång sikt.[33] Kompensation innebär i detta fall att man återinrättar en balans mellan de möjligheter som samhället ger medlemmar i olika grupper.

51. Ett godtagande av kompenserande former av positiv diskriminering på grundval av lika möjligheter istället för på grundval av lika resultat skulle innebära att jämlikhet mellan individer fortfarande är överordnad jämlikhet mellan grupper. Ett sådant godtagande skulle emellertid innebära vissa begränsningar av och villkor för de former av positiv diskriminering som kan godtas med stöd av artikel 141.4 EG. Godtagandet av sådana former av positiv diskriminering skulle till exempel ha ett nära samband med åtgärdernas övergående natur.[34] Annars skulle sådana former av positiv diskriminering på lång sikt kunna skapa bestående

33 — Två huvudskäl för detta kan urskiljas. För det första uppfattas positiv diskriminering som ett medel för att förbättra chanserna för diskriminerade personer så att dessa kommer att befinna sig i den situation som de skulle ha befunnit sig i utan diskriminering. För det andra antas positiv diskriminering vara det enda medlet genom vilket underrepresenterade verkligen kan motiveras att investera i humankapital (bryta mönstret med diskriminering) och ta tag i marknadsmisslyckanden (sociala monopol och informationskostnader) vilka, genom att förstärka diskrimineringen i samhället, hindrar att den bästa personen utses. Det bör noteras att kopplingen mellan dessa skäl och effekterna av positiv diskriminering ofta ifrågasätts och är föremål för många olika strategier. Domstolens skall emellertid inte ta ställning till fördelarna med denna politik, utan enbart pröva huruvida en sådan politik kan anses vara förenlig med principen om likabehandling och i vilken utsträckning den i så fall är förenlig med den principen.

34 — Vilken skulle kunna säkerställas genom begränsande bestämmelser eller genom krav på att lagstiftningen skall utvärderas med jämna mellanrum.

rättigheter trots att de omständigheter som motiverade åtgärderna inte längre föreligger. Detta skulle resultera i att målet att skapa lika möjligheter på lång sikt äventyrades. Andra villkor kan ställas vad avser naturen och omfattningen av den börda som individer från den överrepresenterade gruppen tvingas bära, sannolikheten för att förbättrade möjligheter för individer tillhörande den underrepresenterade gruppen verkligen skulle leda till lika möjligheter samt krav på att bevisa att underrepresentation inte bara förekommer i allmänhet, utan inom den bestämda sektor eller institution inom vilken åtgärder av positiv diskriminering vidtas.

52. I förevarande fall kan en bestämmelse som artikel 8 i den aktuella lagen, med hänsyn till att det saknas bevis om vad som är syftet med lagstiftningen, inte motiveras med stöd av artikel 141.4 EG. Det är därmed inte nödvändigt att pröva huruvida sådana villkor är uppfyllda.

III — Förslag till avgörande

53. Jag förordar därför att domstolen besvarar den hänskjutande domstolens fråga på följande sätt:

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor och artikel 141.4 EG utgör hinder för nationell lagstiftning som artikel 8 i den franska lagen nr 75-3, i ändrad lydelse, i den mån som den innebär diskriminering mellan änkemän och änkor som inte har gift om sig vad gäller åldergränsen för tillgång till tjänster inom förvaltningen, utan att lagstiftningen syftar till att avlägsna eller uppväga befintliga ojämlikheter.