FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 15. maj 1997 *

1. Er artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (herefter »ligebehandlingsdirektivet« eller »direktivet«) [1] til hinder for en national lovgivning, hvorefter der på offentlige ansættelsesområder, hvor der i den enkelte stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, gives kvinder en fortrinsstilling, når mandlige og kvindelige ansøgere er lige kvalificerede (med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats), medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere? Dette spørgsmål har Verwaltungsgericht Gelsenkirchen forelagt Domstolen.

Ligebehandlingsdirektivet

2. Ligebehandlingsdirektivets artikel 1, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Dette direktiv tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår ... Dette princip betegnes i det følgende 'princippet om ligebehandling'.«

3. Artikel 2 indeholder, for så vidt det er relevant, følgende bestemmelser:

»1. Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

...

4. 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.«

* Originalsprog: engelsk.

1 — EFT L 39, s. 40.

4. Artikel 3, stk. 1, bestemmer følgende:

»Anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling 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.«

5. Artikel 6 har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne indfører i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser for, at enhver person, der mener sig krænket ved at princippet om ligebehandling som anført i artikel 3, 4 og 5 tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser efter eventuelt at have indbragt sagen for andre kompetente instanser.«

Faktiske omstændigheder og den nationale lovgivning

6. Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (delstaten Nordrhein-Westfalens tjenestemandslov) indeholder følgende bestemmelse:

»Såfremt der inden for den kompetente forfremmelsesmyndigheds område i en stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal der ved lige egnethed, kundskaber og faglig indsats gives en fortrinsstilling til kvinder, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere« [2].

7. Ifølge delstaten Nordrhein-Westfalen (herefter »delstaten«) har den nationale bestemmelse til formål at modvirke den strukturelle forskelsbehandling, som kvinder ellers ville være udsat for på grund af traditionelle sekundære kriterier: Der ville f.eks. være en tendens til at udnævne en mand frem for en kvinde med tilsvarende kvalifikationer, a) fordi han formentlig er ældre og vil have været ansat længere, hvilket skyldes færre afbrydelser af karrieren, og b) af »sociale grunde«, dvs. en tendens til at give jobbet til en mand med forsørgerbyrder frem for at give det til en mandlig forsørgers kone. Med den nationale bestemmelse indføres i virkeligheden endnu et kriterium, nemlig det at være kvinde, hvilket som hovedregel skal have forrang frem for de traditionelle sekundære kriterier.

8. Bestemmelsen indeholder dog følgende fravigelsesmulighed: »medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere«. Den nøjagtige

2 — Den første halvdel af andet punktum i § 25, stk. 5, i Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen som affattet i bekendtgørelse af 1.5.1981 (Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GVNW), s. 234), senest ændret ved § 1 i Siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechtlichter Vorschriften (syvende ændringslov vedrørende tjenesteretlige forskrifter), af 7.2.1995 (GVNW, s. 102).

rækkevidde af dette forbehold er ikke umiddelbart indlysende. Dette er måske ikke tilfældigt, idet lovgiver — ifølge det af delstaten anførte — ved at anvende formuleringen »medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere« bevidst har valgt et upræcist retligt begreb for at sikre tilstrækkelig smidighed og navnlig for at give forvaltningen et skøn, således at den kan tage hensyn til alle de forhold, som måtte være knyttet til medansøgerens person. Det fremgår dog af delstatens skriftlige og mundtlige indlæg, at disse forhold i det mindste omfatter ovennævnte traditionelle sekundære kriterier som tjenestetid og »sociale grunde«. Dette giver i sig selv anledning til tvivl — som jeg vil vende tilbage til senere — om, hvorvidt fravigelsesmuligheden i sig selv er diskriminerende og derfor ulovlig.

9. Hellmut Marschall, der er lærer, ansøgte om en forfremmelsesstilling. Han fik meddelelse om, at en kvindelig medansøger ville blive udnævnt i stillingen. De to ansøgere var lige kvalificerede, og da der var færre kvinder end mænd ansat på det pågældende løntrin og karrieretrin, skulle den kvindelige medansøger i henhold til ovennævnte bestemmelse foretrækkes. Marschall anlagde sag med påstand om, at den sagsøgte myndighed tilpligtedes at forfremme ham. Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, som var i tvivl om, hvorvidt bestemmelsen er forenelig med ligebehandlingsdirektivets artikel 2, stk. 1 og 4, udsatte sagen og har forelagt Domstolen ovennævnte præjudicielle spørgsmål.

10. Der er indgivet skriftlige indlæg til Domstolen af delstaten, af den østrigske, den finske, den franske, den norske [3], den spanske og den svenske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen. Delstaten, den finske, den nederlandske og den svenske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen var repræsenteret under den mundtlige forhandling.

Domstolens praksis

11. Det er vigtigt indledningsvis at bemærke, at som det fremgår af spørgsmålets formulering, anmodes Domstolen ikke om — og det ville heller ikke være rigtigt at anmode Domstolen herom — at tage stilling til, hvorvidt positiv særbehandling eller »positive foranstaltninger« [4] generelt er ønskelige. Spørgsmålet fra den nationale ret drejer sig om, hvorvidt den omhandlede nationale bestemmelse er i overensstemmelse med to nærmere angivne bestemmelser i ligebehandlingsdirektivet. På samme måde havde Domstolen i sin nylige dom for nylig i Kalanke-sagen [5] vedrørende en tilsvarende national bestemmelse — selv om visse reaktioner i den juridiske

3 — I henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen, som ændret på baggrund af erklæringen fra Det Europæiske Fællesskab om EFTA-staternes rettigheder ved EF-Domstolen, optaget som bilag til slutakten i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EFT 1994 L 1, s. 523).

4 — For en nærmere redegørelse for denne terminologi henvises til generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i sag C-450/93, Kalanke, Sml. 1995 I, s. 3051, navnlig punkt 8. Se endvidere meddelelsen fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om fortolkningen af Domstolens dom af 17.10.1995 i sag C-450/93, Kalanke mod Freie Hansestadt Bremen, KOM(96) 88 endelig udg., s. 3.

5 — Anført i note 4. Dommen har været genstand for adskillige artikler og kommentarer. I delstatens indlæg er der udførlige henvisninger til de tyske artikler.

litteratur tyder på noget andet [6] — udelukkende sat fokus på, om den nationale bestemmelse var forenelig med direktivets bestemmelser. Jeg vil vende tilbage til det mere generelle spørgsmål om Domstolens rette rolle i sager, der er retspolitiske.

12. Inden jeg kommer ind på Kalanke-sagen, vil jeg kort omtale de to tidligere sager, der er vejledende med hensyn til rækkevidden af artikel 2, stk. 4, som er den afgørende bestemmelse i den foreliggende sag.

13. Hofmann-sagen [7] drejede sig om, hvorvidt en national bestemmelse, der begrænsede den betalte barselsorlov til kun at omfatte mødre, var forenelig med ligebehandlingsdirektivet. Domstolen afgjorde ikke sagen på grundlag af artikel 2, stk. 4, men henviste i stedet til artikel 2, stk. 3, som bestemmer, at direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Generaladvokat Darmon gennemgik dog artikel 2, stk. 4, og konkluderede:

»Det fremgår af den således indførte ordning, at undtagelserne efter artikel 2, stk. 2, 3 og 4, nøjagtigt bestemmer rækkevidden af det i artikel 2, stk. 1, fastlagte princip. Denne opbygning viser i sig selv, hvilken betydning fællesskabslovgiverne tillægger disse forbehold, hvilket bekræftes af en gennemgang af bestemmelserne.

Undtagelsen efter artikel 2, stk. 4, indtager en særstilling. Den giver mulighed for nationale foranstaltninger 'til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder'; den fraviger kun tilsyneladende princippet, idet den ved at afhjælpe de faktiske uligheder tilsigter at genoprette ligheden, men derimod ikke at påvirke den. Så snart den faktiske ulighed, som skal afhjælpes, er fastslået, skal der med andre ord anlægges en vid fortolkning af denne undtagelsesbestemmelse« [8].

14. Den anden sag, Kommissionen mod Frankrig [9], drejede sig om, hvorvidt en undtagelsesbestemmelse i den nationale ligebehandlingslov var forenelig med ligebehandlingsdirektivet. Den havde til formål at undtage kontraktbestemmelser eller bestemmelser i kollektive aftaler, som tillagde

6 — Jf. f.eks. Eva Brems' kommentar i hendes domskommentarer i 2 *Columbia Journal of European Law* 172 (1995/1996), s. 177: »Yet instead of concluding that all three models of positive action need to be combined, Tesauro then turns to the text of the directive« og Anne Peters' udtalelse i »The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law — A Conceptual Analysis«, 2 *European Law Journal* 177 (1996), s. 190, om, at afgørelsen »illustrates the Court's lacking readiness to acknowledge the tensions arising from the multiplicity of paradigms«.

7 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Sml. s. 3047.

8 — Forslaget til afgørelse, punkt 9.

9 — Dom af 25.10.1988, sag 312/86, Sml. s. 6315.

kvinder visse særlige rettigheder, fra forbuddet mod forskelsbehandling. Sådanne særlige rettigheder omfattede nedsat arbejdstid for kvinder over 59 år eller inden for visse arbejdsområder, som f.eks. maskinskrivning og skærmarbejde, nedsat pensionsalder, frihed i forbindelse med adoption af et barn, orlov ved børns sygdom, en fridag ved skolestart, nogle timer fri i forbindelse med Mors dag, tilskud til mødre, der har udgifter til vuggestue eller børnepasning, forlænget barselsorlov, ydelse af ekstra dages ferie for hvert barn og tillæg ved beregningen af pension fra og med det andet barn [10].

15. Domstolen anførte, at foranstaltningerne ikke kunne begrundes under henvisning til artikel 2, stk. 4, og udtalte:

»Den i artikel 2, stk. 4, fastsatte undtagelse har det præcise og afgrænsede formål at skulle give hjemmel til foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som faktisk fjerner eller reducerer de uligheder, der reelt er i samfundet« [11].

16. Den seneste sag — og den mest relevante for den foreliggende sag — hvori Domstolen udtalte sig om artikel 2, stk. 4, er Kalankesagen [12]. Ifølge den bestemmelse, der var omtvistet i Kalanke-sagen, skulle kvinder, der havde de samme kvalifikationer som mænd, og som var medansøgere til samme stilling, gives en fortrinsstilling på de områder, hvor de var underrepræsenterede, og der forelå underrepræsentation, såfremt kvinder ikke udgjorde mindst halvdelen af de ansatte i en bestemt lønklasse i den relevante personalegruppe på arbejdsstedet [13]. Der var ingen undtagelser fra bestemmelsen; ifølge den nationale ret måtte bestemmelsen imidlertid fortolkes i overensstemmelse med den tyske grundlov på den måde, at kvinder ganske vist principielt skal gives fortrinsstilling ved forfremmelse, men at billighedshensyn ikke desto mindre i givet fald bør føre til, at der gøres undtagelse herfra [14].

10 — Jf. dommens præmis 8 og generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til afgørelse, på s. 6327.

11 — Dommens præmis 15. Udtrykket »actual instances of inequality«, (»de uligheder, der reelt er«) i den engelske affattelse af dommen er måske at foretrække frem for den engelske affattelse af direktivets artikel 2, stk. 4, som henviser til »existing inequalities« (»faktiske uligheder«). Det ligger endvidere nærmere de øvrige sproglige versioner af artikel 2, stk. 4. Generaladvokat Sir Gordon Slynn anførte, at de omtvistede foranstaltninger ikke kunne begrundes i henhold til artikel 2, stk. 4, da mænd aldrig havde haft de omhandlede rettigheder, så der var ingen uligheder til fordel for mænd, der påvirkede kvindernes muligheder. Dette synspunkt forekommer dog at være baseret på en temmelig bogstavelig fortolkning af den engelske ordlyd af artikel 2, stk. 4.

12 — Jf. ovenfor i note 4.

13 — Jf. dommens præmis 3.

14 — Jf. dommens præmis 9.

17. Ved forfremmelsen stod valget mellem Eckard Kalanke og Heike Glißmann. Det blev fastslået, at de var lige kvalificerede til stillingen, og at kvinder var underrepræsenteret på det pågældende område. Ifølge den nationale bestemmelse skulle stillingen derfor tilbydes Glißmann. Kalanke anlagde sag, hvorunder han bl.a. gjorde gældende, at den nationale bestemmelse var i strid med tysk ret. Selv om Bundesarbeitsgericht var af den opfattelse, at bestemmelsen var forenelig med de nationale bestemmelser, som Kalanke henviste til, var den i tvivl om, hvorvidt den var forenelig med ligebehandlingsdirektivet og forelagde derfor Domstolen spørgsmål om rækkevidden af artikel 2, stk. 1 og 4.

18. Domstolen tog udgangspunkt i, at en national bestemmelse, hvorefter kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, ved forfremmelse automatisk gives en fortrinsstilling på områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn [15]. Da formålet med ligebehandlingsdirektivet er at indføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i medlemsstaterne, bl.a. med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og da det i artikel 2, stk. 1, hedder, at princippet om ligebehandling indebærer, at »der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte«, forelå der umiddelbart en klar overtrædelse af dette princip.

19. Domstolen tog herefter stilling til, om en sådan bestemmelse var tilladt i henhold til direktivets artikel 2, stk. 4. Under henvisning til dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig [16] udtalte Domstolen, at denne bestemmelse har det præcise og afgrænsede formål at tillade foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som faktisk fjerner eller reducerer de uligheder, der reelt er i samfundet. Den tillod således 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 forfølge en karriere på lige fod med mænd [17].

20. Domstolen tiltrådte derefter den betragtning i Rådets henstilling om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder [18], hvori det hedder, at »de gældende bestemmelser om ligebehandling, der har til formål at sikre den enkeltes rettigheder, er ikke tilstrækkelige til at afskaffe alle de faktiske uligheder, medmindre regeringerne, arbejdsmarkedets parter og andre implicerede organer sideløbende træffer foranstaltninger med henblik på at modvirke de negative virkninger, som kvinder på arbejdsmarkedet udsættes for som følge af samfundsbestemte holdninger, adfærd og struktur« [19]. Domstolen fastslog imidlertid også, at artikel 2, stk. 4, skal fortolkes indskrænkende,

15 — Jf. dommens præmis 16.

16 — Anført ovenfor i note 9.

17 — Dommens præmis 18 og 19.

18 — Rådets henstilling 84/635/EØF af 13.12.1984 om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder (EFT L 331, s. 34).

19 — Tredje betragtning.

eftersom der er tale om en undtagelse fra en ved direktivet hjemlet subjektiv rettighed [20].

21. Domstolen konkluderede, at en national ordning, som giver kvinder en absolut og ubetinget fortrinsstilling ved udnævnelse eller forfremmelse, går videre end til at fremme lige muligheder og dermed overskrider grænserne for den i direktivets artikel 2, stk. 4, fastsatte undtagelse [21]. Den tilføjede, at for så vidt som ordningen tilsigter at skabe lige repræsentation af kvinder i forhold til mænd i alle lønklasser og på alle kompetenceniveauer på et arbejdssted, erstatter den den i artikel 2, stk. 4, omhandlede målsætning om at fremme lige muligheder med det resultat, som kun virkeliggørelsen af sådanne lige muligheder kan føre til [22]. Den nationale rets spørgsmål blev derefter besvaret med, at direktivet er til hinder for en national lovgivning, der, som i denne sag — når ansøgere af forskelligt køn, der er udvalgt med henblik på forfremmelse, er lige kvalificerede — automatisk giver kvindelige ansøgere en fortrinsstilling på områder, hvor kvinder er underrepræsenteret som nærmere defineret i den nationale bestemmelse [23].

22. Da Domstolen havde fastslået, at den nationale ordning var forbudt i henhold til direktivet, var det ufornødent at tage stilling til spørgsmålet om proportionalitet. Den kritik af dommen, der på det punkt var fremkommet fra forskelligt hold [24], kan derfor ikke anses for begrundet. Andre er fejlagtigt gået ud fra, at Domstolen fandt, at ordningen ikke stod i et rimeligt forhold til målet, og at den derfor var ulovlig [25].

Anvendelse af Kalanke-dommen på den foreliggende sag

23. Domstolens udgangspunkt i Kalankesagen var som bekendt, at en national ordning, hvorefter der automatisk gives kvindelige ansøgere en fortrinsstilling på områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, såfremt mandlige og kvindelige ansøgere til samme forfremmelsesstilling er lige kvalificerede, indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn og derfor i princippet er i strid med direktivet. Efter min opfattelse er det åbenbart, at den nationale bestemmelse, der er til behandling i denne sag, indebærer en tilsvarende forskelsbehandling og derfor er i strid med direktivet, medmindre den kan anses for

20 — Præmis 20 og 21.

21 — Præmis 22.

22 — Præmis 23.

23 — Præmis 24 og domskonklusionen. Med hensyn til den relevante definition af begrebet »underrepræsentation«, se ovenfor, punkt 16.

24 — Jf. f.eks. Louis Charpentier: »L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité«, 32 *Revue trimestrielle de droit européen* 281 (1996), s. 288, og Anne Peters: »The Many Meanings of Equality ...«, anført i note 6, s. 192 og 193.

25 — Jf. f.eks. Jean-Louis Clergerie's domskommentar i [1996] *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)* 221, s. 223, Eva Brems' domskommentar anført i note 6, s. 174-175, Linda Senden: »Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?«, 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 146 (1996), s. 151 og 152.

tilladt i henhold til artikel 2, stk. 4. Selv om den anfægtede nationale bestemmelse i den foreliggende sag ikke indeholder en regel, hvorefter kvinder automatisk skal forfremmes under de omstændigheder, hvorunder bestemmelsen kan anvendes, er det centrale i bestemmelsen alligevel, at bortset fra særlige tilfælde skal en kvinde forfremmes, fordi hun er kvinde, og det er umiddelbart helt klart i strid med princippet om ligebehandling, således som det er fastsat i direktivet. Jeg skal navnlig henvise til artikel 3, stk. 1 [26], som bestemmer, at anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsvilkår, *herunder udvælgelseskriterier*, til *bl.a.* forfremmelse.

24. Det afgørende spørgsmål er, om den anfægtede nationale bestemmelse i den foreliggende sag er omfattet af artikel 2, stk. 4, og derfor er forenelig med direktivet. Den nationale ret var foranlediget til at forelægge sagen for Domstolen på grund af forskellen mellem den anfægtede nationale bestemmelse i hovedsagen og den bestemmelse, der var omstridt i Kalanke-sagen. Retten har navnlig henvist til det af Domstolen i Kalanke-dommen anførte om, at »en national ordning, som giver kvinder en *absolut og ubetinget* fortrinsstilling ved udnævnelse eller forfremmelse«, går videre end til at fremme lige muligheder og dermed overskrider grænserne for den i direktivets artikel 2, stk. 4, fastsatte undtagelse [27], og har rejst det spørgsmål, om fravigelsesmuligheden i den nationale ordning bevirker, at ordningen bliver forenelig med direktivet.

25. Den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering anfører, at uanset fravigelsesmuligheden er den nationale ordning i strid med direktivet. Disse regeringers hovedargument er, at eftersom ordningen tilsigter en gennemførelse af lige repræsentation af mænd og kvinder frem for at fremme lige muligheder, kan Domstolens argumentation i Kalanke-sagen anvendes.

26. Delstaten, den østrigske, finske, norske, spanske og svenske regering samt Kommissionen [28] er af den modsatte opfattelse. De gør således gældende, at fleksibiliteten i den nationale ordning i den foreliggende sag — nemlig det, at der er fastsat en fravigelsesmulighed — er tilstrækkelig til, at der må træffes en anden afgørelse end i Kalanke-sagen. Der er nemlig i den foreliggende sag ikke tale om nogen garanti for en absolut og ubetinget fortrinsstilling [29].

27. Der er efter min opfattelse en række svagheder ved dette argument.

26 — Citeret i punkt 4.

27 — Dommens præmis 22 (min fremhævelse).

28 — Jf. endvidere den meddelelse, der er anført i note 4, s. 9.

29 — Det skal bemærkes, at Bundesarbeitsgericht, som anmodede om en præjudiciel afgørelse i Kalanke-sagen, ved afgørelsen af sagen på baggrund af Domstolens dom ligeledes var af den opfattelse, at det kritiske kriterium i den nationale bestemmelse, som retten skulle tage stilling til, var, at der ikke var en specifik fravigelsesmulighed som den, der er til behandling i den foreliggende sag, jf. Sacha Prechal's kommentar til Kalanke-dommen, 33 *Common Market Law Review* 1245 (1996), s. 1256, og Linda Senden: »Positive Action in the EU Put to the Test ...«, anført ovenfor i note 25, s. 157.

28. For det første var den nationale bestemmelse, der var til behandling i Kalanke-sagen, i virkeligheden hverken absolut eller ubetinget. Domstolen hæftede sig ved den nationale rets synspunkt, hvorefter bestemmelsen skulle fortolkes »på den måde, at kvinder ganske vist principielt skal gives fortrinsstilling ved forfremmelse, men at billighedshensyn ikke desto mindre i givet fald bør føre til, at der gøres undtagelse herfra« [30]. Denne fortolkning var udløst af bekymringen for, at bestemmelsen ellers ville være uforenelig med artikel 3, stk. 2 og 3, i den tyske grundlov, hvori det på det pågældende tidspunkt var fastsat, at mænd og kvinder skulle have lige rettigheder, og at forskelsbehandling på grundlag af køn var forbudt [31]. Eftersom Domstolen i Kalanke-sagen anerkendte, at den i den pågældende sag anfægtede ordning indeholdt undtagelser, måtte henvisningen til en »automatisk« fortrinsstilling ses på denne baggrund.

29. Endvidere antyder argumentationen i Kalanke-dommen, at den i den foreliggende sag anfægtede ordning er ulovlig. I dommens præmis 23 udtalte Domstolen: »Desuden erstatter en sådan ordning — for så vidt som den tilsigter at skabe lige repræsentation af kvinder i forhold til mænd ... — den i artikel 2, stk. 4, omhandlede målsætning om at fremme lige muligheder med det resultat, som kun virkeliggørelsen af sådanne lige muligheder kan føre til.« Dette udtryk er af nogle kommentatorer blevet kritiseret for at være uklart [32]. Efter min opfattelse er meningen dog klar nok. Artikel 2, stk. 4, har ifølge sin ordlyd til formål at »fremme ... lige muligheder for mænd og kvinder«. Generaladvokat Tesauro har i sit forslag til afgørelse i Kalanke-sagen udtrykt det således:

»At frembringe lige muligheder kan efter min opfattelse kun betyde at skabe en situation, hvor lige resultater kan nås, altså at skabe lige forudsætninger for begge køn for så vidt angår udgangssituationen ... Det er efter min opfattelse meget klart, at den anfægtede nationale ordning på ingen måde har til formål at sikre lighed i udgangssituationen. Den omstændighed, at to ansøgere af forskelligt køn har samme kvalifikationer, medfører nemlig pr. definition, at begge ansøgere havde og har lige muligheder: De befinder sig altså som udgangspunkt i samme situation. Med denne nationale ordning tilstræbes der altså, idet kvinder gives en fortrinsstilling, lighed for så vidt angår resultatet eller snarere en rent numerisk retfærdig fordeling af arbejdspladser mellem mænd og kvinder. Dette er hverken meningen eller formålet med direktivets artikel 2, stk. 4« [33].

30 — Præmis 9.

31 — Se endvidere Linda Senden: »Positive Action in the EU Put to the Test ...«, anført i note 25, s. 149. En ny »State aims«-bestemmelse er siden blevet tilføjet til artikel 3, stk. 2, hvori det hedder, at staten »fremmer gennemførelsen af faktisk ligeberettigelse mellem mænd og kvinder og bestræber sig på at afskaffe bestående misforhold«. Se endvidere Gilbert H. Gornig og Sven Reckewerth: »The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law« [1997], *Public Law* 137, s. 147, 148 og 149.

32 — Se f.eks. Georges Friden's domskommentar i [1995] *Annales du droit luxembourgeois* 483, s. 488, 489 og 490, Olivier De Schutter og Bernadette Renauld, »Egalité de traitement — L'action affirmative devant la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995« [1996], *Journaux des tribunaux du travail* 125, s. 126.

33 — Punkt 13.

30. Det forhold, at to ansøgere er lige kvalificerede, behøver ganske vist ikke nødvendigvis betyde, at de hidtil har haft lige muligheder, eftersom den ene af dem ganske enkelt kan have opnået de samme kvalifikationer under vanskeligere omstændigheder end den anden eller have fulgt et uddannelsesprogram, som tager sigte på at overvinde sådanne omstændigheder. (Det fremgår af sagen, at delstaten faktisk antager, at såfremt en mand og en kvinde er lige kvalificerede til forfremmelse, vil kvinden ofte være yngre eller have været ansat i kortere tid. Det kan i så fald tænkes, at kvinden under disse omstændigheder har vist sig at være dygtigere end sin konkurrent, og at det derfor vil være naturligt at vælge hende.) Det forekommer mig imidlertid ikke at være relevant i den foreliggende sag: Eftersom den nationale ordning kun finder anvendelse, såfremt ansøgerne er lige kvalificerede, er forholdet det, at når bestemmelsen anvendes, vil der være lige kvalificerede ansøgere, der, såfremt udvælgelsesproceduren ikke er diskriminerende, pr. definition har lige muligheder for at blive forfremmet.

31. I sit forslag til afgørelse gjorde generaladvokat Tesauro nærmere rede for sin forklaring vedrørende sondringen mellem foranstaltninger, der er tilladt i henhold til artikel 2, stk. 4, nemlig foranstaltninger »til afhjælpning af hindringer, som gør det umuligt for kvinder at nå de samme resultater på baggrund af lige forudsætninger«, og foranstaltninger, der ikke er tilladt, nemlig dem, der sigter på »umiddelbart at fremskaffe selve resultatet til dem eller i hvert fald give dem fortrinsstilling for at nå det, *alene fordi de er kvinder*« [34]. Det er for mig åbenbart, at det er den sondring, der ligger bag Domstolens udtalelse i præmis 23 i Kalanke-dommen. Hvad enten den er udtrykt på den måde, at der skal fjernes hindringer og ikke fremskaffes resultater, eller at der skal sikres lighed ved udgangspunktet frem for ved ankomststedet, eller at der skal garanteres lige muligheder frem for lighed med hensyn til resultatet, er sondringen principielt klar, og det vil efter min opfattelse normalt være åbenbart, på hvilken side af stregen en nærmere angiven foranstaltning ligger.

32. Virkningen af Kalanke-dommen er derfor for mig at se, at enhver bestemmelse, der går videre end til at fremme lige muligheder ved i stedet at søge fremskaffet det ønskede resultat, nemlig lige repræsentation, ligeledes falder uden for anvendelsesområdet for direktivets artikel 2, stk. 4, og derfor er i strid med princippet om ligebehandling, således som dette er fastsat i artikel 2, stk. 1, og — på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin — ulovlig. Denne opfattelse er efter min mening helt på linje med direktivets opbygning. Det er indlysende, at der ikke konkret er lige muligheder for mænd og kvinder, såfremt den ene, alt andet lige, udnævnes eller forfremmes frem for den anden alene på grundlag af hans eller hendes køn. At direktivet tilsigter beskyttelse af individuelle rettigheder, fremgår klart dels af artikel 6 [35], hvorefter medlemsstaterne skal indføre de nødvendige bestemmelser for, at »enhver person, der mener sig krænket ved at princippet om ligebehandling som anført i artikel 3, 4 og 5 tilsidesættes i forhold til den pågældende«, kan gøre sine rettigheder gældende. Såfremt den nationale ordning, der

34 — Punkt 22.

35 — Citeret ovenfor i punkt 5.

var til behandling i Kalanke-sagen, var blevet anset for lovlig, ville mænd på områder, som var omfattet af den, altid være afskåret fra ligebehandling og lige muligheder under sådanne omstændigheder. Uanset hvad der har været tilsigtet med artikel 2, stk. 4, kan et sådant resultat næppe antages at være i overensstemmelse med princippet om ligebehandling, således som dette er fastsat i artikel 2, stk. 1, eller at fremme lige muligheder, hvilket kræves med hensyn til foranstaltninger i henhold til artikel 2, stk. 4.

33. Efter min opfattelse ændrer fravigelsesmyndigheden i den anfægtede nationale ordning i den foreliggende sag ikke noget ved, at ordningen er ulovlig, og det af de nedenfor anførte grunde.

34. For det første, som den nationale ret og Det Forenede Kongeriges regering understreger, ud fra det synspunkt, at hvis fravigelsesmuligheden finder anvendelse, fortrænger den blot den bestemmelse, der giver en fortrinsstilling til kvinder i særlige tilfælde. Den ændrer ikke noget ved, at bestemmelsen som helhed indebærer forskelsbehandling.

35. Endvidere, som den franske regering understreger, fordi rækkevidden af den fravigelsesmulighed, som den foreliggende sag drejer sig om, er uklar (og dette var åbenbart [36] tilsigtet). Ifølge fast praksis er medlemsstaterne på et EF-reguleret område af hensyn til retssikkerheden og retsbeskyttelsen forpligtet til at udforme deres retsregler så utvetydigt, at de berørte personer sættes i stand til på tilstrækkelig klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser, og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf [37].

36. Selv om en fravigelsesmulighed i princippet kunne medføre, at en sådan bestemmelse er forenelig med direktivet, ville dette under alle omstændigheder kun være tilfældet, såfremt der ikke kunne rejses indvendinger mod selve fravigelsesmuligheden. Dette synes ikke at være tilfældet her. Ud over de argumenter, der er anført i de foregående punkter, er der yderligere et aspekt, der er knyttet til anvendelsen af fravigelsesmuligheden. Delstaten har anført, at formålet med den anfægtede nationale bestemmelse i denne sag er at fortrænge de under udvælgelsesprocedurer anvendte »traditionelle sekundære kriterier«, som delstaten — uden tvivl med rette [38] — anser for diskriminerende. Sigtet med bestemmelsen synes dog at være, at netop disse kriterier alligevel kan anvendes, når fravigelsesmuligheden bringes i anvendelse, således at stillingen kan tilbydes

36 — Jf. ovenfor i punkt 8.

37 — Jf. f.eks. dom af 21.6.1988, sag 257/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3249, præmis 12.

38 — Jeg vender tilbage hertil i punkt 40.

en mandlig ansøger på grundlag af kriterier, som accepteres som diskriminerende [39]. Hvis en ubetinget bestemmelse, hvorefter der gives kvinder en fortrinsstilling på grundlag af deres køn, er ulovlig, må en betinget bestemmelse, hvorefter der enten gives kvinder en fortrinsstilling på grundlag af deres køn eller gives mænd en fortrinsstilling på grundlag af erkendt diskriminerende kriterier, så meget desto mere være ulovlig.

37. Jeg må derfor konkludere, at trods fravigelsesmuligheden er den nationale ordning, der er til behandling i den foreliggende sag, ulovlig som følge af Domstolens dom i Kalanke-sagen. Jeg vil som en generel bemærkning tilføje, at efter min opfattelse bør man modstå enhver fristelse til at fravige Kalanke-dommen ud fra snævre tekniske hensyn. Som forklaret ovenfor, er begrundelsen for, at Domstolen traf den pågældende afgørelse i ovennævnte sag, klar, og den finder også anvendelse i den foreliggende sag. Et forsøg på at sondre mellem ensartede sager på grundlag af nuancer i den anfægtede lovgivning kan meget let føre til retlig usikkerhed og til en lang række sager med vilkårlige resultater til følge.

38. Det kan hævdes [40], at virkningen af, at den nationale bestemmelse erklæres ugyldig, ville være ensbetydende med, at man vender tilbage til de kriterier, som den skulle erstatte, og som af delstaten erkendes at være diskriminerende, og at dette næppe kunne betegnes som en »gennemførelse ... af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse« [41].

39. Af det forhold, at den nationale ordning, som er til behandling i den foreliggende sag, og den ordning, der var omtvistet i Kalanke-sagen, er i strid med fællesskabsretten, følger dog ikke, at en offentlig myndighed lovligt kan anvende de såkaldte traditionelle sekundære udvælgelseskriterier, som angiveligt anvendes, når sådanne ordninger ikke findes [42]. Det synes i virkeligheden klart, at sådanne kriterier både anvendes og af nogle betragtes som acceptable. F.eks. påberåbte Kalanke sig for den nationale ret, at selv såfremt Heike Glißmann var lige så kvalificeret som han, skulle han forfremmes af sociale grunde (nemlig fordi han var gift, hans kone ikke var udearbejdende, og han havde to børn) [43]. Det er lige så åbenbart, at anvendelsen af sådanne kriterier under en udvælgelsesprocedure i sig selv er en overtrædelse af ligebehandlingsdirektivet. Som bekendt er det i artikel 2, stk. 1, fastsat, at »der ikke

39 — Det blev fremhævet af Bundesarbeitsgericht, som anmodede om en præjudiciel afgørelse i Kalanke-sagen, at lovgiver i Bremen, som anvendte den omhandlede ordning i den pågældende sag, bevidst undlod en så bredt formuleret undtagelse som den, der er til behandling i denne sag, eftersom man fandt, at der var for stor risiko for, at anvendelse af en sådan undtagelse ville medføre indirekte forskelsbehandling: Se Sacha Prechal's kommentar til dommen, anført ovenfor i note 29, s. 1257. Desuden blev det under den mundtlige forhandling i nærværende sag af delstaten anført, at fravigelsesmuligheden, som blev betegnet som et damoklessværd, sjældent blev påberåbt på grund af frygt for, at det ville føre til sagsanlæg, såfremt den blev bragt i anvendelse.

40 — Se f.eks. Dagmar Schiek: »Positive Action in Community Law«, 25 *Industrial Law Journal* 239 (1996), s. 241.

41 — Direktivets artikel 1, stk. 1.

42 — Jf. ovenfor, punkt 7.

43 — Se Dagmar Schiek: »Positive Action in Community Law«, anført i note 40, s. 240, Linda Senden: »Positive Action in the EU Put to the Test ...«, anført i note 25, s. 147, 146 og 148, og Sacha Prechal's domskommentar, der er anført i note 29, s. 1246.

finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«, og artikel 3, stk. 1, forbyder udtrykkeligt en sådan forskelsbehandling »for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet«. En medlemsstat, som tillader, at der anvendes sådanne diskriminerende kriterier, overtræder sine forpligtelser i henhold til ligebehandlingsdirektivet og traktatens artikel 5 og 189, og det samme gælder for en medlemsstat, der ikke har sikret, at enhver person, der mener sig krænket som følge af en forskelsbehandling, »kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser«, jf. direktivets artikel 6 [44].

Anvendelsesområdet for artikel 2, stk. 4

40. Af ovennævnte grunde er jeg nået til den konklusion, at ligebehandlingsdirektivets artikel 2, stk. 1 og 4, er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter der på områder inden for det offentlige, hvor der er færre kvinder end mænd inden for den kompetente forfremmelsesmyndigheds område beskæftiget i en stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, skal gives kvinder en fortrinsstilling, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere, når de mandlige og kvindelige ansøgere er lige kvalificerede (egnethed, kundskaber og faglig indsats).

41. Det kan være hensigtsmæssigt at tilføje nogle bemærkninger om, hvilke typer af foranstaltninger der efter min opfattelse henholdsvis er og ikke er omfattet af artikel 2, stk. 4, der som bekendt bestemmer, at direktivet »ikke [er] 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«, dvs. adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår.

42. Det er på baggrund af ordlyden af artikel 2, stk. 4, og Domstolens fortolkning af bestemmelsen klart, at sigtet er at fremme lige muligheder og ikke at gennemføre lige repræsentation, og at medlemsstaterne fortsat har ret til at vedtage tilsyneladende diskriminerende foranstaltninger, der tager sigte på at fjerne særlige hindringer eller ulemper for kvinder på arbejdsmarkedet med henblik på at fremme lige muligheder for mænd og kvinder og dermed sikre, at kvinder bliver bedre repræsenteret på arbejdsmarkedet. Proportionalitetsprincippet tilsiger dog, at sådanne foranstaltninger skal være både egnede og nødvendige med henblik på at nå dette mål.

43. En kønsbetinget foranstaltning vil efter min mening ikke være rimelig i forhold til formålet at afhjælpe særlige uligheder, som kvinder i praksis konfronteres med, og at fremme lige muligheder, såfremt det samme

44 — Jf. dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 18. Jf. tillige dom af 22.4.1997, sag C-180/95, Draehmpaehl, Sml. I, s. 2195, præmis 24-27.

resultat ville kunne nås i kraft af en kønsneutral bestemmelse [45]. Som et eksempel på en sådan bestemmelse kan jeg nævne, at fællesskabsinstitutionerne normalt forhøjer den aldersgrænse, der ellers er gældende, for »ansøgere, der i mindst et år uden afbrydelse ikke har udøvet erhvervsmæssig beskæftigelse, fordi de har passet et barn, som de har forsørgerpligt over for« [46].

44. Selv om en sådan bestemmelse er kønsneutral, vil den i praksis formentlig være til fordel for langt flere kvinder end mænd. På trods af denne indirekte forskelsbehandling vil en sådan bestemmelse efter min opfattelse dog være lovlig i henhold til artikel 2, stk. 4.

45. Der kan dog være foranstaltninger, der er bestemt til at afhjælpe de særlige ulemper, som kvinder konfronteres med på arbejdsmarkedet, og hvis mål bedre vil kunne nås, såfremt de udtrykkeligt er udformet således, at de kun omfatter kvinder. Sådanne foranstaltninger vil efter min opfattelse ligeledes falde ind under artikel 2, stk. 4. Denne opfattelse støttes af Domstolens bemærkning i Kalanke-dommen, hvorefter artikel 2, stk. 4, »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 forfølge en karriere på lige fod med mænd« [47]. Positive foranstaltninger, der indebærer en direkte forskelsbehandling, skal således — for at være lovlige i henhold til artikel 2, stk. 4 — »have til formål at fjerne hindringer, som stiller sig i vejen for kvinders lige muligheder, ved f.eks. at tage fat på valg af skole- og erhvervsuddannelse« [48].

Retspolitiske betragtninger

46. Når jeg går ind for en fortolkning af artikel 2, stk. 4, hvorefter foranstaltninger, der giver kvinder en direkte fortrinsstilling ved forfremmelse eller udnævnelse på områder, hvor de er underrepræsenteret, er udelukket, har jeg ikke dermed taget stilling til, om sådanne foranstaltninger i princippet er ønskelige. Det er utvivlsomt — som Det Forenede Kongeriges regering gjorde gældende i Kalanke-sagen [49] — at når kvinder er ulige repræsenteret, er det resultatet af en lang række faktorer, og en sådan fortrinsstilling for kvinder kan muligvis være et middel til at forbedre én af disse faktorer (selv om

45 — Såfremt f.eks. kun kvinder er omfattet af foranstaltninger især vedrørende børnepasning, kan dette endog opfattes som værende i strid med det mål, at mænd og kvinder skal behandles som lige deltagere på arbejdsmarkedet, eftersom det tjener til at forstærke den antagelse, at ansvaret for passningen af børnene først og fremmest påhviler kvinder: Se Ursula A. O'Hare, »Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93 Kalanke mod Freie Hansestadt Bremen«, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1996, og Sacha Prechal's kommentar til dommen, anført i note 29, s. 1253.

46 — Jf. f.eks. meddelelse om almindelig udvælgelsesprøve CJ/LA/18, EFT 1996 C 268 A, s. 8, artikel 3, litra c) (ansættelse af engelsksprogede juridiske oversættere), og meddelelse om almindelig udvælgelsesprøve CC/A/6/96, EFT 1997 C 84 A, s. 5, artikel 1, litra b) (ansættelse af statistikere ved Revisionsretten).

47 — Præmis 19.

48 — Punkt 19 i generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i Kalanke-sagen.

49 — Citeret af Ursula A. O'Hare: »Positive Action Before the European Court of Justice ...«, anført i note 45.

det skal bemærkes, at de bestemmelser, der var omtvistet i Kalanke-sagen og i denne sag, ser ud til at have haft en meget beskeden virkning [50], hvilket måske ikke er så overraskende, når henses til, at grundene til at fravige bestemmelsen synes at være næsten de samme som dem, der ville blive anvendt, såfremt den bestemmelse, der fraviges, ikke fandtes). Om en sådan retspolitik er ønskelig eller rimelig, er imidlertid et lovgivningsspørgsmål og ikke et spørgsmål, som det tilkommer Domstolen at afgøre [51], idet dens rolle i denne sag som i Kalanke-sagen er at fortolke den bestående lovgivning. Hvor fristende det end måtte være, bør Domstolen undgå at give sin afgørelse et retspolitisk tilsnit. En Industrial Tribunal i Det Forenede Kongerige udtrykte det i en tilsvarende sammenhæng vedrørende udvælgelse udelukkende af kvindelige kandidater til Labour Party i visse valgkredse således:

»Mange ville sikkert betragte [genoprettelse af ligevægten mellem kønnene i Underhuset] som et prisværdigt hensyn, men det er irrelevant ved afgørelsen af, hvorvidt den ordning, der anvendes på de foreliggende faktiske omstændigheder, medfører en direkte ulovlig forskelsbehandling på grundlag af køn af de to mandlige kandidater« [52].

47. Det er efter min mening åbenbart, at afgørelsen i Kalanke-sagen — uanset den megen fejlagtige kritik [53] — var i overensstemmelse med direktivets ordlyd. Det må dog indrømmes, at direktivet blev udarbejdet for 20 år siden, og den sociale udvikling siden da kan betyde, at en bestemmelse, hvis formål og rækkevidde var relevant, da den blev vedtaget, nu trænger til at blive revideret. Revision af fællesskabsretten er dog ligeledes lovgivers og ikke Domstolens opgave. Det er interessant at bemærke, at der for tiden er to parallelle initiativer, der på forskellig måde forsøger at tilvejebringe visse former for positive foranstaltninger.

48. I 1996 foreslog Kommissionen, foranlediget af dommen i Kalanke-sagen, en ændring af artikel 2, stk. 4 [54]. Bestemmelsen skulle efter forslaget have følgende ordlyd:

»Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe eksisterende uligheder, som påvirker det underrepræsenterede køns muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder. Blandt de mulige foranstaltninger skal medtages princippet om at give fortrinsstilling, for så vidt angår adgang til beskæftigelse og forfremmelse, til medlemmer af det underrepræsenterede køn, som har de samme kvalifikationer som alle andre ansøgere, under

50 — Land Nordrhein-Westfalens indlæg i denne sag; Dagmar Schiek: »Positive Action ...«, anført i note 40, s. 244. Jf. generelt Josephine Shaw, »Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems« i Bob Hepple og Erika Szyszczak, eds: *Discrimination: The limits of Law* (London og New York: Mansell Publishing Ltd, 1992), s. 386.

51 — Trods modsatte synspunkter, der er fremført af visse kommentatorer: jf. f.eks. Eva Brems' kommentar, der er anført ovenfor i note 6, s. 178.

52 — Jepson mod The Labour Party: *Industrial Relations Law Reports*, 1996, s. 116, på s. 117.

53 — Jf. f.eks. Titia Loenen og Albertine Veldman: »Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives«, 12 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 43 (1996), s. 43: »The fundamental attack on preferential treatment which the decision in *Kalanke* seems to imply ...«

54 — Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse og arbejdsvilkår (EFT 1996 C 179, s. 8).

forudsætning af, at sådanne foranstaltninger ikke udelukker en vurdering af de særlige omstændigheder i forbindelse med hvert enkelt tilfælde« [55].

49. Ifølge Kommissionen ændrer forslaget ikke formålet med ligebehandlingsdirektivet, men er blot »fortolkende«, »deklaratorisk« og »forklarende«, idet Kommissionens synspunkt er, at Kalanke-dommen kun omfatter positive foranstaltninger af den konkrete type, som var omtvistet i den sag [56]. Jeg kan af de ovenfor anførte grunde ikke acceptere dette synspunkt. Efter min opfattelse er den foreslåede ændring derfor i højere grad en nydannelse, end Kommissionen antyder. Den er heller ikke tilstrækkelig klar [57]. Såfremt det anses for ønskeligt at fastslå et princip om, at visse former for positiv behandling skal være lovlige, er det væsentligt, at rækkevidden af dette princip fastlægges helt utvetydigt (selv om det, når henses til de forskellige retspolitiske opfattelser og skiftende økonomiske og sociale omstændigheder, kan være rimeligt at give medlemsstaterne et vist skøn med hensyn til, om og i hvilket omfang de vil gøre brug af en sådan fravigelsesmulighed).

50. Det andet initiativ er et forslag om ændring af traktaten, som vil blive fremsat i forbindelse med regeringskonferencen. Det fremgår, at det med den foreslåede ændring vil blive fastslået, at det ikke vil være i strid med princippet om ligebehandling og lige muligheder, såfremt en medlemsstat indfører visse former for positiv særbehandling. Den nøjagtige ordlyd af dette ændringsforslag og dets politiske skæbne er endnu ukendt. Det ser ud til, at ændringsforslaget har til formål at supplere artikel 6, stk. 3, i protokol nr. 14 til traktaten, der omhandler social- og arbejdsmarkedspolitikken (det »sociale charter«). I denne bestemmelse fastslås det, at artikel 6 (som med næsten de samme ord som traktatens artikel 119 indeholder princippet om lige løn) »ikke er til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for kvinder at udøve en erhvervsaktivitet, eller at forebygge eller opveje ulemper i deres erhvervsmæssige karriere«. Da bestemmelsen kun drejer sig om ligeløn, er artikel 6, stk. 3, ikke til nogen hjælp i denne sag, selv om Kommissionen kort har henvist til den.

Betydningen af internationale instrumenter

51. Der henvises i flere af de til Domstolen [58] indgivne skriftlige indlæg til internationale konventioner, der ifølge det anførte støtter det synspunkt, at ligebehandlingsdirektivets artikel 2, stk. 4, skal fortolkes

55 — Artikel 1 i forslaget til ændring af direktivet.

56 — Jf. den fortolkende udtalelse, KOM(96) 93 endelig udg., s. 3, 4 og 7.

57 — Jf. endvidere Det Økonomiske og Sociale Udvalgs velformulerede kritik af ændringsforslaget i dets udtalelse af 25.9.1996 (EFT 1997 C 30, s. 57, navnlig punkt 3.1 og 3.2).

58 — Jf. ligeledes Kommissionens meddelelse, anført i note 4, s. 7 og 8.

tilstrækkelig vidt til, at bestemmelsen også omfatter foranstaltninger, der giver en fortrinsstilling, som f.eks. den nationale bestemmelse i denne sag.

52. Delstaten og Kommissionen henviser til Den Internationale Arbejdsorganisations konvention om forskelsbehandling [59], der er ratificeret af alle medlemsstaterne, bortset fra Irland, Luxembourg og Det Forenede Kongerige. Konventionens artikel 5 har følgende ordlyd:

»1. De særlige beskyttelses- eller hjælpeforanstaltninger, der er foreskrevet ved andre af den internationale arbejdskonference vedtagne konventioner eller rekommandationer, anses ikke som forskelsbehandling.

2. Ethvert medlem kan efter forhandling med repræsentative arbejdsgiver- og arbejderorganisationer, hvor sådanne findes, bestemme, at andre særlige foranstaltninger, der tager sigte på at imødekomme særlige behov hos personer, for hvis vedkommende særlig beskyttelse eller hjælp efter almindelig opfattelse er fornøden, eksempelvis på grund af køn, alder, invaliditet, pligter af familiemæssig karakter, eller social eller kulturel stilling, ikke skal betragtes som forskelsbehandling.«

53. Delstaten, den østrigske, finske og norske regering samt Kommissionen henviser til De Forenede Nationers konvention om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder, der er blevet ratificeret af alle medlemsstaterne i Det Europæiske Fællesskab [60], og navnlig til konventionens artikel 4, stk. 1, hvori det hedder:

»Vedtagelse af de deltagende stater af midlertidige særforanstaltninger med sigte på at fremskynde faktisk ligestilling mellem mænd og kvinder skal ikke betragtes som diskrimination efter definitionen i denne konvention, men må på ingen måde have til følge, at der opretholdes ulige eller særskilte normer, og de pågældende foranstaltninger skal ophæves, når formålet med dem, lige muligheder og ligebehandling, er opnået.«

54. Begge konventioner tillader »særlige foranstaltninger«, selv om de umiddelbart indebærer en forskelsbehandling, som en fravigelse af det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling, de indeholder. De parter, der henviser til konventionerne, anfører, enten udtrykkeligt eller forudsætningsvis, at den nationale bestemmelse, der omtvistes i denne sag, ikke er i strid med disse konventioner, og at direktivets artikel 2, stk. 4, skal fortolkes således, at den er i overensstemmelse med konventionerne.

59 — Konvention nr. 111 af 25.6.1958 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, *United Nations Treaty Series*, bind 362, s. 31.

60 — Generalforsamlingens resolution nr. 34/180, vedtaget den 18.12.1979.

55. Det kan ikke nægtes, at de i konventionerne påberåbte bestemmelser er vage: Det er slet ikke åbenbart, at de omfatter begunstigende foranstaltninger af den type, som er fastsat i den nationale bestemmelse, der omtvistes i den foreliggende sag. For så vidt er konventionerne derfor ikke til nogen hjælp ved fortolkningen af de mere specielle bestemmelser i artikel 2, stk. 4.

56. De pågældende konventioners bestemmelser er endvidere snarere fakultative end præceptive. Den fortolkning af direktivets artikel 2, stk. 4, som jeg går ind for, medfører derfor ikke en direkte konflikt med konventionerne, hvilket ville være tilfældet, hvis de f.eks. udtrykkeligt stillede krav til staterne om at træffe positive foranstaltninger af den type, som omtvistes i den foreliggende sag. Det er derfor ufornødent at overveje, hvorledes situationen ville være, såfremt der var en konflikt. Det ville give anledning til en række vanskelige spørgsmål vedrørende konventionernes direkte virkning og rækkevidden af traktatens artikel 234 [61].

57. Med hensyn til det mere generelle spørgsmål om anvendelsesområdet for direktivets artikel 2, stk. 4, er de former for foranstaltninger, som efter min opfattelse er tilladt i henhold til artikel 2, stk. 4, imidlertid i hvert fald sådanne foranstaltninger, som konventionerne ser ud til at bane vejen for.

Forslag til afgørelse

58. Jeg skal herefter foreslå, at det af Verwaltungsgericht Gelsenkirchen forelagte spørgsmål besvares således:

»Artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår er til hinder for en national lovgivning, hvorefter der på offentlige ansættelsesområder, hvor der i den enkelte stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal gives kvinder en fortrinsstilling, når mandlige og kvindelige ansøgere er lige kvalificerede (med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats), medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere.«

61 — Jf. senest dom af 14.1.1997, sag C-124/95, Centro-Com, Sml. I, s. 81, præmis 55-60.