CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 15 mei 1997 *

1. Verzet artikel 2, leden 1 en 4, van 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 (hierna: „richtlijn gelijke behandeling" of „richtlijn") [1], zich tegen een nationale regeling op grond waarvan, bij gelijke kwalificaties van kandidaten van verschillend geslacht (wat hun geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestatie betreft), in openbare diensten waarin in een te bekleden hoger ambt van een loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, vrouwelijke kandidaten bij voorrang moeten worden bevorderd, tenzij met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen zwaarder wegen? Dat is de vraag die het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen het Hof heeft voorgelegd.

De richtlijn gelijke behandeling

2. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn gelijke behandeling luidt:

„Deze richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (...). Dit beginsel wordt hierna ‚beginsel van gelijke behandeling' genoemd."

3. Voor zover hier van belang, bepaalt artikel 2:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.

(...)

4. Deze richtlijn vormt geen belemmering 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."

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — PB 1976, L 39, blz. 40.

4. Artikel 3, lid 1, luidt:

„De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van 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."

5. Artikel 6 bepaalt:

„De Lid-Staten nemen in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de artikelen 3, 4 en 5 de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden na eventueel een beroep op andere bevoegde instanties te hebben gedaan."

De feiten en de nationale wettelijke regeling

6. Het Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen bepaalt:

„Voor zover in het ressort van de voor de bevordering bevoegde autoriteit in een te bekleden hoger ambt van een loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, moet bij gelijke bekwaamheid, geschiktheid en arbeidsprestatie de voorkeur worden gegeven aan een vrouw, voor zover met de persoon van een medekandidaat verband houdende redenen de balans niet in diens voordeel doen doorslaan [2]."

7. Volgens de opmerkingen van de deelstaat dient de nationale regeling een tegenwicht te bieden tegen de structurele discriminatie die vrouwen anders op grond van traditionele secundaire criteria zouden ondervinden: indien een man en een vrouw gelijke kwalificaties bezitten, zou een man eerder worden bevorderd, a) omdat hij waarschijnlijk ouder is en, door minder onderbrekingen van de loopbaan, meer dienstjaren heeft, en b) om „sociale redenen", dat wil zeggen een neiging om een baan eerder aan een mannelijke werknemer met personen ten laste te geven dan aan de echtgenote van een verdienende man. De nationale regeling voert in feite een aanvullend criterium in, namelijk dat de kandidate vrouw moet zijn, dat in het algemeen voorrang moet krijgen boven de traditionele secundaire criteria.

8. De regeling geldt echter alleen „tenzij met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen zwaarder wegen". De precieze draagwijdte van dit voorbehoud is niet zonder meer duidelijk.

2 — § 25, lid 5, tweede alinea, eerste volzin, van het Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen in de versie van de bekendmaking van 1 mei 1981 (Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen [GV. NW], blz. 234), zoals laatstelijk gewijzigd bij § 1 van het Siebte Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften van 7 februari 1995 (GV. NW, blz. 102).

Wellicht is dit geen toeval: volgens de schriftelijke opmerkingen van de deelstaat heeft de wetgever met de formulering „met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen" bewust voor een juridisch vage omschrijving gekozen, teneinde ervoor te zorgen dat er voldoende soepelheid bestaat en, met name, dat de administratie over een beoordelingsmarge beschikt, waardoor zij alle met de persoon van de medekandidaat verband houdende redenen in aanmerking kan nemen. Uit de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van de deelstaat blijkt echter, dat deze redenen in elk geval de voormelde traditionele secundaire criteria van dienstjaren en „sociale redenen" omvatten. Dit is op zich reden voor twijfel, of het voorbehoud zelf wellicht discriminerend en daarmee onwettig is. Ik zal hierop echter later terugkomen.

9. Marschall, die leraar is, solliciteerde naar een hoger ambt. Hem werd meegedeeld, dat een vrouwelijke kandidate in het betrokken ambt zou worden benoemd; daar beide kandidaten gelijke kwalificaties hadden en het aantal vrouwen in de betrokken salarisgroep en loopbaan lager was dan het aantal mannen, moest op grond van de wettelijke regeling de vrouwelijke kandidate worden bevorderd. Marschall stelde beroep in en vorderde, dat de deelstaat zou worden gelast hem tot het betrokken ambt te bevorderen. Daar het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen twijfels had, of de wettelijke regeling in overeenstemming was met artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn gelijke behandeling, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de voormelde prejudiciële vraag voorgelegd.

10. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de deelstaat Nordrhein-Westfalen, de Oostenrijkse, de Finse, de Franse, de Noorse [3], de Spaanse en de Zweedse regering alsmede door de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie. De deelstaat Nordrhein-Westfalen, de Finse, de Nederlandse en de Zweedse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie waren ter terechtzitting vertegenwoordigd.

De rechtspraak van het Hof

11. Het is van belang om er vooraf op te wijzen, dat het Hof, gelijk uit de bewoordingen van de prejudiciële vraag blijkt, niet wordt gevraagd — hetgeen ook niet juist zou zijn — om zich uit te spreken over de wenselijkheid van positieve discriminatie of positieve acties [4] in het algemeen: de vraag van de nationale rechter betreft de overeenstemming van de betrokken nationale regeling met twee specifieke bepalingen van de richtlijn gelijke behandeling. Evenzo concentreerde het Hof zich in het recentelijk gewezen arrest Kalanke [5], waarin het om een soortgelijke nationale regeling ging — niettegenstaande de teneur van sommige reacties uit de wetenschappelijke hoek op die

3 — Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG, zoals gewijzigd in het licht van de Verklaring van de Europese Gemeenschap betreffende de rechten van de EVA-Staten voor het Hof van Justitie van de EG, die als bijlage bij de Slotakte van het Verdrag betreffende de Europese Unie is opgenomen (PB 1994, L 1, blz. 523).

4 — Zie voor dit begrip, de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in zaak C-450/93 (Kalanke, Jurispr. 1995, blz. I-3051, inzonderheid punt 8). Zie eveneens de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de interpretatie van het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, COM(96) 88 def., blz. 3.

5 — Aangehaald in voetnoot 4. Het arrest is aanleiding geweest voor talloze artikelen en commentaren. In de opmerkingen van de deelstaat wordt uitgebreid verwezen naar de Duitse publicaties.

zaak [6] — op de verenigbaarheid van die regeling met de betrokken bepalingen. Ik zal nog terugkomen op de vraag, welke rol het Hof nu eigenlijk vervult in beleidszaken.

12. Alvorens mij op het arrest Kalanke te richten, wil ik in het kort ingaan op twee eerdere zaken waarin het om de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, de in casu relevante bepaling, ging.

13. De zaak Hofmann [7] betrof de verenigbaarheid met de richtlijn gelijke behandeling van een nationale regeling, volgens welke alleen moeders na de geboorte van een kind recht op betaald verlof hadden. Het Hof baseerde zijn beslissing niet op artikel 2, lid 4, maar op artikel 2, lid 3, volgens hetwelk de richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft. Advocaat-generaal Darmon ging echter op artikel 2, lid 4, in en kwam tot de volgende conclusie:

„Binnen dit systeem blijken de in artikel 2, lid 2-4, besloten liggende uitzonderingsbepalingen, het toepassingsgebied van het in artikel 2, lid 1, opgestelde beginsel precies af te bakenen. Reeds deze legislatieve techniek wijst op het belang dat de wetgever van de Gemeenschap aan deze voorbehouden heeft gehecht; dit zal bij analyse nader blijken.

Het voorbehoud van artikel 2, lid 4, staat op zichzelf. In die bepaling wordt de deur geopend voor nationale maatregelen ‚die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen'; hier wordt slechts schijnbaar een uitzondering op het beginsel gemaakt: als het erom gaat bestaande feitelijke discriminaties op te heffen, is het om herstel en niet om afwijking van de gelijkheid begonnen. Met andere woorden, wordt de op te heffen feitelijke ongelijkheid geconstateerd, dan dient deze uitzonderingsbepaling ruim te worden uitgelegd." [8]

14. De tweede zaak, Commissie/Frankrijk [9], betrof de verenigbaarheid met de richtlijn gelijke behandeling van een afwijking van de nationale wettelijke regeling inzake gelijke behandeling. Door middel van die afwijking moesten clausules in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten, die bepaalde

6 — Zie bijvoorbeeld de uiteenzetting van Eva Brems in haar bespreking van de zaak in *Columbia Journal of European Law* 2, 1995/1996, blz. 172, 177: „In plaats van te concluderen, dat alle drie vormen van positieve acties gecombineerd moeten worden, richt Tesauro zich dan toch op de tekst van de richtlijn" en de uiteenzetting van Anne Peters in „The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law — A conceptual analysis", *European Law Journal* 2, 1996, blz. 177, 190, dat de beslissing „illustreert, dat het Hof weigert de spanningen te erkennen die door de veelvoud van paradigma's ontstaan".

7 — Arrest van 12 juli 1984 (zaak 184/83 Jurispr. 1984, blz. 3047).

8 — Punt 9 van de conclusie.

9 — Arrest van 25 oktober 1988 (zaak 312/86, Jurispr. 1988, blz. 6315).

bijzondere rechten aan vrouwen toekenden, worden vrijgesteld van het discriminatieverbod. Die bijzondere rechten omvatten de verkorting van de arbeidstijd voor vrouwen van 59 jaar en ouder of voor vrouwen belast met bepaalde werkzaamheden als typen en computerbediening, vervroeging van de pensioenleeftijd, verlof in verband met adoptie, verlof wegens ziekte van een kind, een vrije dag aan het begin van het schooljaar, enkele uren vrij op moederdag, vergoedingen voor de kosten van crèche of kinderopvang, verlenging van het zwangerschapsverlof, extra jaarlijks verlof per kind en voordeel in de pensioenberekening vanaf het tweede kind. [10]

15. Het Hof achtte de maatregelen niet gerechtvaardigd krachtens artikel 2, lid 4, en oordeelde:

„De uitzondering van artikel 2, lid 4, heeft een nauwkeurig en beperkt doel, te weten 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." [11]

16. De meest recente en voor de onderhavige zaak belangrijkste zaak waarin het Hof artikel 2, lid 4, beoordeelde, is het arrest Kalanke. [12] De in die zaak bestreden regeling bepaalde, dat bij aanwerving vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd waren bij voorrang in aanmerking moesten worden genomen, en dat van ondervertegenwoordiging sprake was, wanneer in de verschillende loon- en salarisgroepen van de betrokken personeelscategorie van een dienst het personeel niet minstens voor de helft uit vrouwen bestond. [13] Er was geen uitzondering op deze bepaling voorzien; volgens de nationale rechter in die zaak diende de bepaling echter overeenkomstig het Duitse Grundgesetz aldus te worden uitgelegd, dat vrouwen weliswaar in beginsel voorrang moeten krijgen bij promotie, maar dat in voorkomend geval omwille van de billijkheid van deze bevoorrechting moet kunnen worden afgeweken. [14]

10 — Zie r. o. 8 van het arrest en de conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn, blz. 6327.

11 — R. o. 15 van het arrest. Aan de bewoordingen „actual instances of inequality" in de Engelse tekst moet wellicht de voorkeur worden gegeven boven de Engelse tekst van artikel 2, lid 4, van de richtlijn, waarin van „existing inequalities" wordt gesproken. Dit sluit eveneens dichter aan bij de andere taalversies van artikel 2, lid 4. Advocaat-generaal Slynn stelde zich op het standpunt, dat de betrokken maatregelen op grond van artikel 2, lid 4, niet gerechtvaardigd konden worden, aangezien de betrokken rechten nooit aan mannen waren toegekend, zodat er geen sprake kon zijn van ongelijkheden ten gunste van mannen, die de kansen van vrouwen op het gebied van de arbeid nadelig zouden beïnvloeden. Dit standpunt lijkt echter te zijn gebaseerd op een letterlijke uitlegging van de Engelse tekst van artikel 2, lid 4.

12 — Aangehaald in voetnoot 4.

13 — Zie r. o. 3 van het arrest.

14 — R. o. 9 van het arrest van het Hof.

17. De heer Kalanke en mevrouw Glißman bleven beiden over in het laatste stadium van een selectieprocedure voor de bezetting van een hogere post. Vastgesteld werd, dat zij beiden gelijke kwalificaties voor de post hadden en dat vrouwen in de betrokken sector ondervertegenwoordigd waren; overeenkomstig de nationale regel diende de post daarom aan mevrouw Glißman te worden aangeboden. Kalanke stelde beroep in en betoogde onder meer, dat de nationale regeling in strijd was met het Duitse recht. Het Bundesarbeitsgericht achtte de regeling weliswaar verenigbaar met de door Kalanke aangevoerde nationale bepaling, doch betwijfelde, of zij verenigbaar was met de richtlijn gelijke behandeling, en legde het Hof een aantal vragen voor over de werkingssfeer van artikel 2, leden 1 en 4.

18. Het Hof stelde om te beginnen vast, dat een nationale regeling volgens welke vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn bij promotie automatisch voorrang genieten, een discriminatie op grond van geslacht inhoudt. [15] Aangezien de richtlijn gelijke behandeling de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten beoogt van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van onder meer de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en dit beginsel volgens artikel 2, lid 1, inhoudt, dat „iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect", was er op het eerste gezicht duidelijk sprake van schending van dit beginsel.

19. Het Hof onderzocht vervolgens, of een dergelijke regeling toelaatbaar was ingevolge artikel 2, lid 4. Onder verwijzing naar het arrest Commissie/Frankrijk [16] merkte het Hof op, dat deze bepaling een nauwkeurig bepaald en beperkt doel heeft, te weten 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 dus 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 met anderen te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen. [17]

20. Vervolgens stemde het Hof in met de verklaring, gedaan in een aanbeveling van de Raad betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen [18], dat „de bestaande rechtsnormen inzake gelijke behandeling, die ten doel hebben rechten te geven aan individuele personen, ontoereikend [zijn] (...) voor de opheffing van alle feitelijke ongelijkheden tenzij de regeringen, de sociale partners en andere betrokken instanties gelijktijdig maatregelen treffen teneinde de nadelige gevolgen te ondervangen die voor de vrouwen in het arbeidsproces voortvloeien uit attitudes, gedragspatronen en sociale structuren". [19] Het Hof voegde hier evenwel aan toe, dat artikel 2, lid 4, als

15 — R. o. 16 van het arrest.

16 — *Aangehaald in voetnoot 9.*

17 — R. o. 18 en 19.

18 — Aanbeveling 84/635/EEG van de Raad van 13 december 1984 (PB 1984, L 331, blz. 34).

19 — Derde overweging van de considerans.

afwijking van een in de richtlijn neergelegd individueel recht, strikt moet worden uitgelegd. [20]

21. Het Hof concludeerde, dat een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen en de grenzen overschrijdt van de in artikel 2, lid 4, van de richtlijn voorziene uitzondering. [21] Het voegde hieraan toe, dat voor zover een dergelijke regeling gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, zij de in artikel 2, lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden. [22] Het antwoord van het Hof op de vragen van de nationale rechter luidde daarom, dat de richtlijn in de weg staat aan een nationale regeling die, zoals de bestreden regeling, bij gelijke kwalificaties van voor promotie in aanmerking komende kandidaten van verschillend geslacht, in sectoren waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, automatisch voorrang verleent aan vrouwelijke kandidaten. [23]

22. Daar het Hof de nationale regeling in strijd met de richtlijn achtte, hoefde het niet in te gaan op de vraag van de evenredigheid. De kritiek die sommige schrijvers [24] in dit opzicht op het Hof hebben uitgeoefend, kan daarom niet als terecht worden aangemerkt. Andere schrijvers nemen ten onrechte aan, dat het Hof de regeling onevenredig en daarom onwettig achtte. [25]

De toepassing van de Kalanke-rechtspraak op de onderhavige zaak

23. Zoals gezegd, was het uitgangspunt van het Hof in het arrest Kalanke, dat een nationale regeling volgens welke vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn bij promotie automatisch voorrang genieten, een discriminatie op grond van geslacht inhield en dus in beginsel in strijd was met de richtlijn. Mij lijkt duidelijk, dat de nationale regeling waar het in deze zaak om gaat, op dezelfde wijze discriminerend en daarmee in strijd met de

20 — R. o. 20 en 21.

21 — R. o. 22.

22 — R. o. 23.

23 — R. o. 24 en dictum. Zie voor de relevante omschrijving van „ondervertegenwoordiging", punt 16 hierboven.

24 — Zie bijvoorbeeld Louis Charpentier, „L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité", *Revue trimestrielle de droit européen* 32, 1996, blz. 281, 288, en Anne Peters, „The many meanings of Equality" (zie voetnoot 6 hierboven), blz. 192 e. v.

25 — Zie bijvoorbeeld de bespreking van de zaak door Jean-Louis Clergerie in *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)* 1996, blz. 221, 223, de bespreking van de zaak door Eva Brems (zie voetnoot 6 hierboven), blz. 174 e. v., en Linda Senden, „Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 3, 1996, blz. 146, 151 e. v.

richtlijn is, tenzij deze krachtens artikel 2, lid 4, is toegestaan. Ofschoon de nationale bepaling die in deze zaak aan de orde is niet uitdrukkelijk stelt, dat een vrouw in de omstandigheden waarin zij geldt automatisch wordt bevorderd, komt deze er niettemin op neer, dat afgezien van een aantal uitzonderlijke gevallen, een vrouw, juist omdat zij vrouw is, moet worden bevorderd en dat dit op het eerste gezicht duidelijk in strijd is met het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling. Ik wil met name verwijzen naar artikel 3, lid 1 [26], volgens hetwelk de toepassing van dat beginsel inhoudt, dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de voorwaarden, *met inbegrip van de selectiecriteria,* voor, *onder meer,* bevordering.

24. De vraag waar het om draait is, of de nationale regeling waar het in deze zaak om gaat binnen de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, valt en daarmee verenigbaar is met de richtlijn. De nationale rechter achtte zich in deze zaak gedwongen, het Hof om een prejudiciële beslissing te vragen, wegens het verschil tussen de nationale regeling in deze zaak en die in de zaak Kalanke. Hij verwijst met name naar de conclusie van het Hof in de zaak Kalanke, dat „een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties *absoluut en onvoorwaardelijk* voorrang verleent" buiten de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, viel [27] en vraagt zich af, of het voorbehoud in de onderhavige nationale regeling tot de verenigbaarheid ervan met de richtlijn leidt.

25. De Franse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk achten de nationale regeling, ondanks het voorbehoud, in strijd met de richtlijn. Hun voornaamste argument is, dat aangezien de regeling eerder een gelijke vertegenwoordiging dan een bevordering van gelijke kansen beoogt, de redenering van het Hof in het arrest Kalanke moet gelden.

26. De deelstaat Nordrhein-Westfalen, de Oostenrijkse, de Finse, de Noorse, de Spaanse en de Zweedse regering alsmede de Commissie [28] zijn een andere mening toegedaan. Zij stellen, dat de flexibiliteit van de bestreden regeling — namelijk de aanwezigheid van een voorbehoud — volstaat om af te wijken van de beslissing in de zaak Kalanke; in casu is geen sprake van absolute en onvoorwaardelijke voorrang. [29]

27. Mijns inziens bevat dit betoog een aantal zwakke plekken.

26 — Weergegeven in punt 4.

27 — R. o. 22 van het arrest; cursivering van mij.

28 — Zie eveneens de in voetnoot 4 genoemde mededeling, blz. 9.

29 — Opgemerkt zij, dat het Bundesarbeitsgericht, dat in de zaak Kalanke om een prejudiciële beslissing had verzocht, toen het uitspraak in de zaak deed in het licht van het arrest van het Hof, eveneens van oordeel was, dat het kritieke punt van de omstreden nationale regeling het ontbreken was van een specifiek voorbehoud als in casu aanwezig: zie Sacha Prechal, *Common Market Law Review* 33, 1996, blz. 1245, 1256, en Linda Senden „Positive Action in the EU Put to the Test" (zie voetnoot 25 hierboven), blz. 157.

28. Om te beginnen was de nationale regeling in de zaak Kalanke in feite niet absoluut en onvoorwaardelijk; het Hof wees erop, dat de regeling volgens de nationale rechter „aldus moet worden uitgelegd, dat vrouwen weliswaar in beginsel voorrang moeten krijgen bij promotie, maar dat in voorkomend geval omwille van de billijkheid van deze bevoorrechting moet kunnen worden afgeweken". [30] Die uitlegging vloeide voort uit de ongerustheid, dat de regeling anders onverenigbaar zou zijn met artikel 3, leden 2 en 3, van het Duitse Grundgesetz, dat op het relevante tijdstip bepaalde, dat mannen en vrouwen gelijke rechten dienden te hebben respectievelijk dat discriminatie op grond van geslacht verboden was. [31] Daar het Hof in het arrest Kalanke erkende, dat op de betrokken regeling uitzonderingen bestonden, dient de verwijzing naar „automatische" voorrang in dat licht te worden gezien.

29. Voorts duidt de redenering in het arrest Kalanke erop, dat de onderhavige regeling onwettig is. In rechtsoverweging 23 van het arrest zette het Hof uiteen, dat de nationale regeling, „voor zover zij erop gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen (...) gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, de in artikel 2, lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden". Sommige schrijvers hebben die zin onduidelijk genoemd. [32] Ik acht de betekenis ervan echter duidelijk. Volgens zijn bewoordingen heeft artikel 2, lid 4, betrekking op maatregelen „die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen". Advocaat-generaal Tesauro zei hierover in zijn conclusie in de zaak Kalanke het volgende:

„Gelijke kansen bieden kan mijns inziens enkel betekenen, in de gelegenheid stellen om gelijke resultaten te behalen, dat wil zeggen voor beide geslachten dezelfde voorwaarden bij de vertreksituatie creëren. (...) Dat de in geding zijnde nationale regeling er in het geheel niet op gericht is, gelijke vertreksituaties te garanderen, lijkt mij meer dan duidelijk. De omstandigheid dat twee kandidaten van verschillend geslacht dezelfde kwalificaties hebben, brengt namelijk per definitie mee, dat zij gelijke kansen hadden en hebben: zij bevinden zich derhalve in dezelfde uitgangspositie. De in geding zijnde nationale regeling, die voorrang toekent aan vrouwen, is er dus op gericht gelijkheid van resultaten, of liever gezegd een billijke verdeling van de arbeidsplaatsen, in louter numeriek opzicht, tussen mannen en vrouwen tot stand te brengen. Zulks is mijns inziens niet het doel noch de ratio van artikel 2, lid 4, van de richtlijn." [33]

30 — R. o. 9.

31 — Zie voorts Linda Senden, „Positive Action in the EU Put to the Test", aangehaald in voetnoot 25, blz. 149. Inmiddels is uit hoofde van bepalingen inzake de taken van de staat („Staatszielbestimmung") een nieuwe bepaling aan artikel 3, lid 2, toegevoegd, op grond waarvan de staat „de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van gelijke rechten van mannen en vrouwen bevordert en bestaande nadelen beoogt te verminderen". Zie voorts Gilbert H. Gornig en Sven Reckewerth, „The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law", *Public Law*, 1997, blz. 137, 147-149.

32 — Zie bijvoorbeeld de bespreking van de zaak door Georges Friden in *Annales du droit luxembourgeois*, 1995, blz. 483, 488-490, alsmede Olivier De Schutter en 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", *Journaux des tribunaux du travail*, 1996, blz. 125, 126.

33 — Punt 13.

30. Het is juist, dat het feit dat twee kandidaten gelijke kwalificaties hebben niet noodzakelijkerwijs betekent, dat zij voordien gelijke kansen hadden, aangezien één van hen die gelijke kwalificaties kan hebben verkregen onder moeilijker omstandigheden dan de ander of in het kader van een opleidingsprogramma dat hem moest helpen dergelijke omstandigheden te overwinnen. (In feite lijkt de deelstaat ervan uit te gaan, dat indien een man en vrouw gelijke kwalificaties voor een bevordering hebben, de vrouw in de regel jonger zal zijn en minder dienstjaren zal hebben. Men zou kunnen denken, dat in een dergelijk geval de vrouw dus heeft aangetoond geschikter te zijn dan haar medekandidaat, zodat de keuze vanzelfsprekend op haar valt). Voor de onderhavige zaak lijkt mij dit echter niet relevant te zijn: aangezien de nationale regeling alleen geldt bij gelijke kwalificaties van kandidaten, gaat het, telkens wanneer zij wordt toegepast, om gelijk gekwalificeerde kandidaten die, indien de selectieprocedure niet discriminerend is, per definitie een gelijke kans op bevordering hebben.

31. Advocaat-generaal Tesauro ging in zijn conclusie nog dieper in op het onderscheid tussen maatregelen die op grond van artikel 2, lid 4, zijn toegestaan, namelijk die welke erop „gericht zijn de belemmeringen op te heffen die vrouwen beletten om onder dezelfde voorwaarden dezelfde resultaten na te streven", en maatregelen die niet zijn toegestaan, namelijk die welke ertoe strekken, „vrouwen die resultaten rechtstreeks te verschaffen althans voorrang te verlenen bij het nastreven ervan, *enkel en alleen omdat het om vrouwen gaat*". [34] Mijns inziens is dit het onderscheid, dat aan de overwegingen van het Hof in rechtsoverweging 23 van het arrest Kalanke ten grondslag ligt. Het onderscheid is inhoudelijk duidelijk, of het nu zodanig is geformuleerd, dat wordt gesproken van de opheffing van belemmeringen in plaats van het voorschrijven van resultaten, van de verzekering van gelijke uitgangspunten in plaats van eindpunten, of van de verzekering van gelijke kansen in plaats van gelijke resultaten, en het zal mijns inziens doorgaans duidelijk zijn, aan welke kant een bepaalde maatregel moet worden ingedeeld.

32. Uit het arrest Kalanke kan naar mijn mening daarom worden afgeleid, dat elke maatregel die verder gaat dan de bevordering van gelijke kansen en in plaats daarvan het gewenste resultaat van gelijke vertegenwoordiging nastreeft, eveneens buiten de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, van de richtlijn valt en dus in strijd is met het in artikel 2, lid 1, verankerde beginsel van gelijke behandeling en, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, onwettig. Die benadering acht ik volledig in overeenstemming met het stelsel van de richtlijn. Vanzelfsprekend is er geen sprake van gelijke kansen voor mannen en vrouwen, wanneer in een bepaald geval, bij overigens gelijke omstandigheden, de één enkel op grond van zijn of haar geslacht in plaats van de ander wordt aangesteld of bevorderd. Dat de richtlijn de bescherming van individuele rechten beoogt volgt duidelijk uit artikel 6 [35], dat de Lid-Staten verplicht, de nodige voorschriften op te nemen opdat „een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de artikelen 3, 4 en 5", zijn

34 — Punt 22.

35 — Weergegeven in punt 5 hierboven.

rechten kan doen gelden. Indien de nationale regeling die in het arrest Kalanke aan de orde was rechtsgeldig was verklaard, zouden mannen in sectoren waarvoor de regeling gold, onder de betrokken omstandigheden nooit recht hebben gehad op gelijke behandeling en gelijke kansen. Een dergelijk resultaat kan — ongeacht hoe men de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, ook ziet — nauwelijks worden geacht in overeenstemming te zijn met het beginsel van gelijke behandeling zoals neergelegd in artikel 2, lid 1, of met de bevordering van gelijke kansen, die geldt voor maatregelen krachtens artikel 2, lid 4.

33. Het voorbehoud dat de in deze zaak in geding zijnde regeling kent, heeft mijns inziens geen invloed op de conclusie, dat deze om de volgende redenen onwettig is.

34. In de eerste plaats en gelijk de nationale rechter en de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben uiteengezet, wordt de regel op grond waarvan aan vrouwen voorrang moet worden verleend, indien het voorbehoud geldt, slechts in een bepaald geval opgeheven: het wijzigt niet het discriminerende karakter van de regeling in het algemeen.

35. Voorts is, gelijk de Franse regering heeft uiteengezet, de draagwijdte van het hier ter discussie staande voorbehoud onduidelijk (en was dit kennelijk de bedoeling [36]). Het is vaste rechtspraak, dat de beginselen van rechtszekerheid en van rechtsbescherming met betrekking tot materies die aan het gemeenschapsrecht zijn onderworpen, een ondubbelzinnige regeling van de Lid-Staten vereisen, die de belanghebbenden op duidelijke en nauwkeurige wijze in kennis stelt van hun rechten en plichten en de rechter in staat stelt, deze te handhaven. [37]

36. Maar zelfs indien een voorbehoud er in beginsel toe leidt, dat een dergelijke regeling in overeenstemming met de richtlijn is, dan kan dit alleen het geval zijn, indien tegen het voorbehoud zelf geen enkel bezwaar kan worden gemaakt. Dit lijkt in casu echter niet het geval te zijn. Afgezien van hetgeen hierboven reeds is gezegd, is er nog een punt, dat verband houdt met de toepassing van het voorbehoud. De deelstaat Nordrhein-Westfalen heeft erop gewezen, dat de in casu in geding zijnde regeling in selectieprocedures een vervanging moet vormen voor de toepassing van „traditionele secundaire criteria", die het — zonder enige twijfel terecht [38] — als discriminerend aanmerkt. Het voorbehoud lijkt echter te bewerkstelligen, dat wanneer er een beroep op wordt gedaan, juist die criteria kunnen worden gebruikt, met als gevolg dat de post zal worden aangeboden aan de mannelijke kandidaat, op basis van criteria waarvan het

36 — Zie punt 8 hierboven.

37 — Zie bijvoorbeeld arrest van 21 juni 1988 (zaak 257/86, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 3249, r. o. 12).

38 — Ik kon hierop terug in punt 40.

discriminerende karakter vaststaat. [39] Indien een onvoorwaardelijke regel, die vrouwen op grond van hun geslacht absolute voorrang verleent, onwettig is, dan moet een voorwaardelijke regel, die ofwel vrouwen op grond van hun geslacht ofwel mannen op basis van erkende discriminerende criteria voorrang verleent, a fortiori onwettig zijn.

37. Ik kom daarom tot de conclusie, dat de nationale regeling waar het in deze zaak om gaat, ondanks het voorbehoud, in het licht van de rechtspraak van het Hof in de zaak Kalanke, onwettig is. Als algemene opmerking wil ik hieraan toevoegen, dat mijns inziens weerstand moet worden geboden aan iedere verleiding om op enge technische gronden af te wijken van het arrest Kalanke. Zoals hierboven uiteengezet, zijn de gronden van het Hof voor de beslissing in die zaak duidelijk en gelden zij in gelijke mate voor de onderhavige zaak. Pogingen om soortgelijke zaken op grond van fijne verschillen in de bestreden wettelijke regeling van elkaar te onderscheiden, leiden waarschijnlijk tot rechtsonzekerheid en tot een veelvoud van geschillen met willekeurige resultaten.

38. Men zou hiertegen kunnen aanvoeren [40], dat de ongeldigheid van de nationale regeling een terugkeer betekent tot de criteria die zij diende te vervangen en die door de deelstaat Nordrhein-Westfalen als discriminerend zijn aangemerkt, waardoor nauwelijks kan worden gesproken van „de tenuitvoerlegging (...) van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van (...) de toegang tot het arbeidsproces". [41]

39. Het feit dat de in casu en in de zaak Kalanke bestreden nationale regelingen in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, betekent echter niet, dat een overheid de zogenoemde traditionele secundaire selectiecriteria mag toepassen, die bij gebreke van dergelijke regelingen kennelijk gelden. [42] In feite is duidelijk, dat dergelijke criteria niet alleen worden toegepast, maar door sommigen ook als aanvaardbaar worden beschouwd. Zo zou Kalanke voor de nationale rechters hebben betoogd, dat zelfs indien Glißmann gelijke kwalificaties bezat, hij op sociale gronden zou moeten worden bevorderd (aangezien hij namelijk gehuwd was, twee kinderen had en zijn vrouw niet werkte). [43] Het lijkt eveneens duidelijk, dat de toepassing van dergelijke criteria in een selectieprocedure op zich een schending van de richtlijn gelijke behandeling is: zoals

39 — Het Bundesarbeitsgericht, dat de prejudiciële vraag in de zaak Kalanke had gesteld, zou hebben uiteengezet, dat de wetgever van de deelstaat Bremen, die de in die zaak in geding zijnde regeling had vastgesteld, bewust heeft afgezien van een dergelijke ruim geformuleerde uitzondering als in deze zaak aan de orde is, aangezien hij het gevaar te groot achtte, dat de toepassing van een dergelijke uitzondering tot indirecte discriminatie zou leiden: zie de bespreking van de zaak door Sacha Prechal, aangehaald in voetnoot 29, blz. 1257. Bovendien verklaarde de deelstaat tijdens de terechtzitting in deze zaak, dat zelden een beroep wordt gedaan op de als het zwaard van Damocles aangemerkte clausule, aangezien de angst bestaat dat de toepassing ervan tot gerechtelijke stappen zou leiden.

40 — Zie bijvoorbeeld Dr. Dagmar Schiek, „Positive Action in Community Law", *Industrial Law Journal* 25, 1996, blz. 239, 241.

41 — Artikel 1, lid 1, van de richtlijn.

42 — Zie punt 7 hierboven.

43 — Zie Dr. Dagmar Schiek, „Positive Action in Community Law", aangehaald in voetnoot 40, blz. 240; Linda Senden, „Positive Action in the EU Put to the Test", aangehaald in voetnoot 25, blz. 147-148, en de bespreking van de zaak door Sacha Prechal, aangehaald in voetnoot 29, blz. 1246.

gezegd, bepaalt artikel 2, lid 1, „dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie" en verbiedt artikel 3, lid 1, een dergelijke discriminatie uitdrukkelijk bij „de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies". Een Lid-Staat die de toepassing van dergelijke discriminerende criteria toelaat, voldoet niet aan zijn verplichtingen krachtens de richtlijn gelijke behandeling en krachtens de artikelen 5 en 189 van het Verdrag. Hetzelfde geldt voor een Lid-Staat die niet ervoor gezorgd heeft, dat een ieder die zich gediscrimineerd voelt, voor de nationale rechter „zijn rechten (...) [kan] doen gelden", overeenkomstig artikel 6 van de richtlijn. [44]

De draagwijdte van artikel 2, lid 4

40. Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik tot de conclusie gekomen, dat artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn gelijke behandeling zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan, bij gelijke kwalificaties van kandidaten van verschillend geslacht (wat hun geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestatie betreft), in openbare diensten waarin in een te bekleden hoger ambt van een loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, vrouwelijke kandidaten bij voorrang moeten worden bevorderd, tenzij met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen zwaarder wegen.

41. Het kan zinvol zijn, hier een en ander aan toe te voegen over het soort maatregelen dat mijns inziens al dan niet onder artikel 2, lid 4, valt. Zoals gezegd, bepaalt dit artikel dat de 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", te weten op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en de beroepsopleiding, alsmede de arbeidsvoorwaarden.

42. Uit de bewoordingen van artikel 2, lid 4, en de uitlegging ervan door het Hof blijkt duidelijk, dat het de bevordering van de gelijke kansen, en niet de totstandbrenging van een gelijke vertegenwoordiging betreft, en dat Lid-Staten de bevoegdheid behouden om kennelijk discriminerende maatregelen vast te stellen, die bedoeld zijn om specifieke belemmeringen of nadelen die vrouwen op de arbeidsmarkt ondervinden uit te weg te ruimen, teneinde de gelijke kansen van mannen en vrouwen te bevorderen en daarmee te bereiken, dat vrouwen in het beroepsleven beter vertegenwoordigd zijn. Het evenredigheidsbeginsel verlangt echter, dat dergelijke maatregelen zowel geschikt als noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van hun doel.

43. Een op het geslacht berustende maatregel zal mijns inziens niet in evenredigheid zijn met de doelstellingen van het opheffen van specifieke ongelijkheden die vrouwen in de praktijk ondervinden en het bevorderen van de gelijke kansen, indien hetzelfde resultaat

44 — Zie arrest van 10 april (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, r. o. 18). Zie eveneens arrest van 22 april 1997 (zaak C-180/95, Draehmpaehl, Jurispr. 1997, blz. I-2195, r. o. 24-27).

kon worden bereikt met een geslachtsneutrale maatregel. [45] Zo bepalen de gemeenschapsinstellingen bij de aanwerving van nieuw personeel in de regel, dat de anders geldende leeftijdsgrens kan worden verhoogd voor „kandidaten die gedurende ten minste één jaar, zonder onderbreking, geen beroepsbezigheid hebben uitgeoefend teneinde voor een te hunnen laste komend kind te zorgen". [46]

44. Ofschoon een dergelijke bepaling geslachtsneutraal is geformuleerd, zal zij in de praktijk waarschijnlijk ten gunste van een aanzienlijk groter aantal vrouwen dan mannen werken. Ondanks deze indirect discriminerende werking, is een dergelijke bepaling mijns inziens krachtens artikel 2, lid 4, rechtmatig.

45. Er kunnen echter maatregelen zijn die specifieke nadelen die vrouwen op de arbeidsmarkt ondervinden beogen op te heffen, doch die hun doelstellingen beter zouden bereiken, indien daaraan zodanige vorm werd gegeven, dat zij enkel ten goede van vrouwen zouden komen. Naar mijn mening vallen ook dergelijke maatregelen onder artikel 2, lid 4. Die benadering weerspiegelt de verklaring van het Hof in het arrest Kalanke, dat artikel 2, lid 4, „nationale maatregelen (...) [toestaat] 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 met anderen te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen". [47] Om op grond van artikel 2, lid 4, te zijn toegestaan, moeten rechtstreeks discriminerende maatregelen daarom „gericht zijn op opheffing van de belemmeringen die aan de gelijke kansen van vrouwen in de weg staan, bij voorbeeld door maatregelen op het gebied van studiekeuze en beroepsopleiding". [48]

De beleidsvraag

46. Wanneer ik ervoor pleit om artikel 2, lid 4, aldus uit te leggen, dat het zich verzet tegen maatregelen die vrouwen bij aanstelling of bevordering, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, rechtstreeks voorrang verlenen, doe ik daarmee geen uitspraak over de vraag, of dergelijke maatregelen in beginsel gewenst zijn. Het lijdt geen enkele twijfel, dat — zoals door het Verenigd Koninkrijk in de zaak Kalanke aangevoerd [49] — de ondervertegenwoordiging van vrouwen het gevolg is van een reeks factoren, en dat een dergelijke voorkeursbehandeling van vrouwen een methode is om één van deze factoren te verbeteren (ofschoon de

45 — Indien maatregelen op het gebied van met name de kinderopvang alleen voor vrouwen golden, zou dit zelfs kunnen worden aangemerkt als in strijd met de doelstelling om mannen en vrouwen als gelijke participanten in het beroepsleven te beschouwen, aangezien hierdoor het idee wordt versterkt, dat vrouwen in de eerste plaats verantwoordelijk zijn voor kinderopvang: zie Ursula A. O'Hare, „Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen", *Web Journal of Current Legal Issues*, 1996, en de bespreking van de zaak door Sacha Prechal, aangehaald in voetnoot 29 hierboven, blz. 1253.

46 — Zie bijvoorbeeld Aankondiging van algemeen vergelijkend onderzoek CJ/LA/18, PB 1996, C 268 A, blz. 8, punt 3, onder c, (aanwerving van juristen-linguïsten door het Hof van Justitie); Aankondiging van algemeen vergelijkend onderzoek CC/A/6/96, PB 1997, C 84 A, blz. 5, punt 1, onder b (aanwerving van administrateurs-statistici door de Europese Rekenkamer).

47 — R. o. 19 van het arrest.

48 — Punt 19 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Kalanke.

49 — Aangehaald door Ursula A. O'Hare, „Positive Action Before the European Court of Justice", aangehaald in voetnoot 45.

in casu en in de zaak Kalanke in geding zijnde regelingen opmerkelijk weinig invloed lijken te hebben gehad [50], hetgeen misschien niet erg verrassend is, aangezien de gronden voor afwijking in wezen dezelfde zijn als de gronden welke zouden worden toegepast, indien de regeling waarvan kennelijk wordt afgeweken niet bestond). Of een dergelijk beleid al dan niet gewenst of aangewezen is, is echter een zaak van de wetgever, en niet van het Hof [51], wiens rol in deze zaak — evenals in de zaak Kalanke — bestaat in de uitlegging van de bestaande wetgeving. Het Hof moet weerstand bieden aan iedere verleiding, hoe aantrekkelijk ook, om het resultaat in een beleid om te vormen. Een Industrial Tribunal in het Verenigd Koninkrijk stelde naar aanleiding van de soortgelijke vraag, of kieslijsten voor kandidaten van de Labour Party waarop in bepaalde kiesdistricten alleen vrouwen voorkwamen, rechtmatig waren, het volgende:

„Het is heel goed mogelijk, dat velen [het herstel van de wanverhouding tussen de geslachten in het House of Commons] als een lofwaardig streven aanmerken, doch dit is irrelevant voor de vraag, of de regeling zoals toegepast op de onderhavige feiten, tot een rechtstreekse en onwettige discriminatie van mannelijke kandidaten op grond van hun geslacht leidt." [52]

47. Voor mij lijdt het geen enkele twijfel, dat de beslissing in de zaak Kalanke — ondanks veel onterechte kritiek [53] — in overeenstemming was met de bewoordingen van de richtlijn. Het is juist, dat de richtlijn twintig jaar geleden werd vastgesteld en dat de sociale ontwikkelingen die sindsdien hebben plaatsgevonden kunnen meebrengen, dat een bepaling waarvan de doelstelling en het toepassingsgebied op het moment van vaststelling ervan juist waren, thans moet worden herzien. De herziening van het gemeenschapsrecht is echter eveneens een zaak van de wetgever, en niet van het Hof. Het verdient opmerking, dat er op dit moment twee parallelle initiatieven bestaan, waarmee men op verschillende manieren bepaalde vormen van positieve actie wil invoeren.

48. Naar aanleiding van het arrest Kalanke, stelde de Commissie in 1996 een wijziging van artikel 2, lid 4, voor. [54] Na deze wijziging zou die bepaling luiden:

„Deze richtlijn vormt geen belemmering 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 het ondervertegenwoordigde geslacht op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden. De maatregelen kunnen inhouden dat ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces of de promotie de voorkeur

50 — Opmerkingen van de deelstaat Nordrhein-Westfalen in deze zaak; Dr. Dagmar Schiek, „Positive Action", aangehaald in voetnoot 40, blz. 244. Zie in het algemeen Josephine Shaw, „Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems", in: Bob Hepple and Erika Szyszczak (uitg.), *Discrimination: The Limits of Law*, Mansell Publishing Ltd, Londen en New York, 1992, blz. 386.

51 — Al denken sommige schrijvers daar anders over: zie bijvoorbeeld de bespreking van de zaak door Eva Brems, aangehaald in voetnoot 6, blz. 178.

52 — Jepson/The Labour Party, *Industrial Relations Law Reports*, 1996, blz. 116 en 117.

53 — Zie bijvoorbeeld Titia Loenen en Albertine Veldman, „Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 12, 1996, blz. 43: „De fundamentele aanval op de voorkeursbehandeling die het arrest Kalanke lijkt te impliceren (...)".

54 — Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 76/207/EEG 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 1996, C 179, blz. 8).

wordt gegeven aan een persoon van het ondervertegenwoordigde geslacht mits dergelijke maatregelen niet in de weg staan aan de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van een individueel geval." [55]

49. De Commissie stelt zich op het standpunt, dat haar voorstel tot wijziging niet de werkingssfeer van de richtlijn gelijke behandeling wijzigt, doch slechts van interpretatieve aard is, waarbij zij ervan uitgaat, dat het arrest Kalanke beperkt is tot de soorten positieve acties waar het in die zaak om ging. [56] Om de reeds eerder genoemde redenen, ben ik het hiermee niet eens; mijns inziens bevat de voorgestelde wijziging grotere vernieuwingen dan de Commissie meent. Bovendien is het voorstel onduidelijk. [57] Indien men wil vastleggen, dat bepaalde soorten positieve acties in beginsel rechtmatig zijn, is het van essentieel belang, dat de precieze strekking van dat beginsel nauwkeurig wordt gedefinieerd (ofschoon de Lid-Staten, gezien de verschillende politieke standpunten en veranderende economische en sociale omstandigheden, wellicht een zekere beoordelingsmarge moet worden gelaten ten aanzien van de vraag, of en in welke mate zij van een dergelijke uitzondering gebruik maken).

50. Het tweede initiatief is een voorstel tot wijziging van het Verdrag, gedaan in het kader van de Intergouvernementele Conferentie. De voorgestelde wijziging zou kennelijk duidelijk maken, dat een Lid-Staat niet in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en gelijke kansen handelt, indien hij bepaalde vormen van positieve actie invoert. De precieze bewoordingen en het politieke lot van dit voorstel moeten worden afgewacht. Waarschijnlijk moet de voorgestelde wijziging artikel 6, lid 3, aanvullen van protocol nr. 14 betreffende de sociale politiek dat aan het Verdrag is gehecht (het „Sociaal Protocol"). Daarin wordt bepaald, dat artikel 6 (dat in nagenoeg dezelfde bewoordingen als artikel 119 van het Verdrag het beginsel van gelijke beloning bevat) „niet belet dat een Lid-Staat maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door vrouwen te vergemakkelijken of om nadelen in hun beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren". Daar artikel 6, lid 3, enkel de gelijke beloning betreft, kan aan dit artikel, ofschoon de Commissie er kort naar verwijst, geen steun worden ontleend voor de onderhavige zaak.

Het belang van internationale instrumenten

51. In verschillende bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen wordt verwezen naar internationale verdragen [58], die de opvatting zouden ondersteunen, dat artikel 2, lid 4, van de richtlijn gelijke behandeling voldoende ruim moet worden uitgelegd

55 — Artikel 1 van de voorgestelde richtlijn tot wijziging.

56 — Zie de toelichting, COM(96) 93 def., blz. 3, 4 en 7.

57 — Zie voorts de goed verwoorde kritiek van het Economisch en Sociaal Comité op het voorstel tot wijziging in zijn Advies van 25 september 1996, PB 1997, C 30, blz. 57, met name de punten 3.1 en 3.2.

58 — Zie ook de mededeling van de Commissie aangehaald in voetnoot 4, blz. 7 en 8.

om onder de door die bepaling toegestane maatregelen ook een nationale regeling als de hier in geding zijnde te laten vallen.

52. De deelstaat Nordrhein-Westfalen en de Commissie verwijzen naar het verdrag van de Internationale Arbeidsorganisatie betreffende discriminatie [59], dat door alle Lid-Staten, met uitzondering van Ierland, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk, is geratificeerd. Artikel 5 luidt:

„1. Bijzondere beschermende maatregelen of maatregelen tot hulpverlening waarin andere door de Internationale Arbeidsconferentie aanvaarde verdragen of aanbevelingen voorzien, worden niet als discriminatie beschouwd.

2. Elk lid kan na raadpleging van de werkgevers- en werknemersorganisaties, daar waar deze bestaan, bepalen, dat alle andere bijzondere maatregelen die erop zijn gericht dat rekening wordt gehouden met de bijzondere behoeften van degenen van wie algemeen wordt erkend dat zij bescherming of bijzondere hulp behoeven uit hoofde van hun geslacht, leeftijd, invaliditeit, gezinslasten of sociaal of cultureel niveau, niet als discriminatie worden beschouwd."

53. De deelstaat Nordrhein-Westfalen, de Oostenrijkse, de Finse en de Noorse regering alsmede de Commissie verwijzen naar het verdrag van de Verenigde Naties betreffende de afschaffing van alle vormen van discriminatie van vrouwen [60], dat door alle Lid-Staten van de Gemeenschap is geratificeerd, en met name naar artikel 4, lid 1, ervan, bepalende:

„De vaststelling door de verdragsluitende partijen van tijdelijke bijzondere maatregelen die de feitelijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen beogen te versnellen, wordt niet aangemerkt als discriminatie in de zin van dit verdrag, doch deze maatregelen mogen in geen geval de instandhouding van ongelijke of afzonderlijke normen tot gevolg hebben; deze maatregelen zullen worden ingetrokken, indien de doelstellingen van gelijke kansen en gelijke behandeling bereikt zijn."

54. Beide verdragen staan bijzondere maatregelen toe als uitzondering op de daarin vervatte fundamentele discriminatieverboden, zelfs al zijn die maatregelen op het eerste gezicht discriminerend. De partijen die zich op de verdragen beroepen stellen hetzij expliciet hetzij impliciet, dat de in casu in geding zijnde nationale regeling niet in strijd is met die verdragen en dat artikel 2, lid 4, van de richtlijn in overeenstemming met die verdragen moet worden uitgelegd.

59 — Verdrag nr. 111 van 25 juni 1958 met betrekking tot de discriminatie ten aanzien van werkgelegenheid en beroep, *United Nations Treaty Series*, deel 362, blz. 31.

60 — Resolutie 34/180 van de Algemene Vergadering van 18 december 1979.

55. De bepalingen van de verdragen waarop een beroep is gedaan zijn zonder meer vaag: het is geenszins duidelijk, of zij betrekking hebben op een voorkeursbehandeling als in de hier in geding zijnde regeling is opgenomen. In zoverre kunnen zij dus niet worden gebruikt als hulpmiddel bij de uitlegging van de specifiekere bepalingen van artikel 2, lid 4.

56. De bewoordingen van de betrokken verdragen zijn bovendien zonder meer facultatief en niet dwingend. De door mij voorgestane uitlegging van artikel 2, lid 4, van de richtlijn leidt daarom niet tot rechtstreekse conflicten met de verdragen, hetgeen bijvoorbeeld wel het geval zou zijn, indien zij de Lid-Staten uitdrukkelijk verplichtten tot het soort positieve actie als waarvan in deze zaak sprake is. Bijgevolg behoeft niet te worden onderzocht, hoe de situatie zou zijn, indien er wel sprake was van een conflict. Dit zou een reeks lastige vragen over de rechtstreekse werking van de verdragen en de werkingssfeer van artikel 234 EG-Verdrag opleveren. [61]

57. Wat de meer algemene vraag van de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, van de richtlijn betreft, ben ik van mening, dat het soort maatregelen dat mijns inziens krachtens artikel 2, lid 4, is toegestaan, in elk geval het soort maatregelen is dat de verdragen moeten vergemakkelijken.

Conclusie

58. Ik geef het Hof daarom in overweging, de prejudiciële vraag van het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2, leden 1 en 4, van 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, verzet zich tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan, bij gelijke kwalificaties van kandidaten van verschillend geslacht (wat hun geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestatie betreft), in openbare diensten waarin in een te bekleden hoger ambt van een loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, vrouwelijke kandidaten bij voorrang moeten worden bevorderd, tenzij met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen zwaarder wegen."

61 — Zie recentelijk arrest van 14 januari 1997 (zaak C-124/95, Centro-Com, Jurispr. 1997, blz. I-81, r. o. 55-60).