FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 15 maj 1997 *

1. Utgör artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (likabehandlingsdirektivet eller direktivet) [1] hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken kvinnor, inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp, skall ges företräde vid befordran, i fall då de män och kvinnor som ansöker om befordran till en tjänst i denna tjänstegrupp har likvärdiga meriter (lämplighet, kvalifikationer, yrkesskicklighet), om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med den manlige sökandens person finns övervägande skäl att välja denne? Detta är den fråga som har förts vidare till domstolen från Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (en förvaltningsdomstol).

Likabehandlingsdirektivet

2. I artikel 1.1 i likabehandlingsdirektivet föreskrivs följande:

"Syftet med detta direktiv är att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor ... Denna princip kallas härefter *likabehandlingsprincipen*."

3. I artikel 2 föreskrivs i de avsnitt som här är relevanta följande:

"1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

...

4. Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1."

* Originalspråk: engelska.

1 — EGT L 39, 1976, s. 40.

4. I artikel 3.1 föreskrivs:

"Tillämpningen av likabehandlingsprincipen in-nebär att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön i villkoren, som t. ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar i någon som helst sektor eller verksamhetsgren och på alla nivåer."

5. I artikel 6 föreskrivs:

"Medlemsstaterna skall i sina respektive länders rättsordning vidta nödvändiga åtgärder för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats enligt vad som sägs i artiklarna 3, 4 och 5 att göra sina rättigheter gällande vid domstol efter att eventuellt ha hänvänt sig till andra behöriga myndigheter."

Bakgrund och nationell lagstiftning

6. I lagen om offentlig anställning i delstaten Nordrhein-Westfalen föreskrivs följande:

"Om färre kvinnor än män är anställda i den tjänstegrupp till vilken befordran är aktuell vid en myndighet, skall kvinnor ges företräde om de sökande har samma lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att välja denne." [2]

7. Enligt delstatens skriftliga yttrande har denna nationella bestämmelse till syfte att motverka den strukturella diskriminering som kvinnor annars skulle mötas av. Om denna regel inte fanns, skulle arbetsgivare, på grund av vissa traditionella andrahandskriterier, vid likvärdiga meriter förmodligen tendera att välja en man framför en kvinna a) på grund av att mannen förmodligen är äldre och har fler tjänsteår bakom sig till följd av att han har haft färre avbrott i sin karriär och b) av "sociala" skäl — det vill säga tendensen att erbjuda en tjänst till en man som har försörjningsansvar, snarare än till en kvinna som är gift med en man som arbetar. Den omtvistade nationella bestämmelsen innehåller ett ytterligare kriterium, nämligen egenskapen att vara kvinna, vilket i allmänhet skall gå före de traditionella andrahandskriterierna.

8. Regeln innehåller dock en möjlighet till undantag: "om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att

2 — Den första delen av den första meningen i § 25.5 i Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, i den version som publicerades den 1 maj 1981 (Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GV. NW) s. 234), senast ändrad genom artikel 1 i Siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften av den 7 februari 1995 (GV. NW s. 102).

välja denne". Den exakta innebörden av denna möjlighet till undantag är inte omedelbart uppenbar. Det är kanske inte en slump: Enligt delstatens skriftliga yttrande ville lagstiftaren genom att använda uttrycket "omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person", välja en oprecis rättslig term för att garantera tillräcklig flexibilitet och, särskilt, för att göra det möjligt för myndigheten att beakta alla sorters omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person. Det framgår emellertid av delstatens skriftliga och muntliga yttranden att nämnda skäl åtminstone innefattar de traditionella andrahandskriterier som har nämnts ovan, det vill säga tjänsteår och "sociala skäl". Detta väcker i sig tvivel — som jag kommer att återkomma till — om huruvida undantagsregeln i sig kan vara diskriminerande och således rättsstridig.

9. Hellmut Marschall, som är lärare, ansökte om en högre tjänst. Han upplystes om att en kvinnlig kandidat skulle utses till tjänsten. Eftersom de två kandidaterna var lika lämpade och eftersom färre kvinnor än män var anställda inom den lönegrad och tjänstegrupp som var i fråga, måste den kvinnliga kandidaten ges företräde enligt lagen om offentlig anställning i delstaten Nordrhein-Westfalen. Hellmut Marschall väckte talan och yrkade att den svarande myndigheten skulle utse honom till denna tjänst. Verwaltungsgericht Gelsenkirchen var tveksam till huruvida den tyska lagstiftningen var förenlig med artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet och vilandeförklarade därför målet och hänsköt den ovan angivna frågan till domstolen för förhandsavgörande.

10. Delstaten Nordrhein-Westfalen, den österrikiska, den finska, den franska, den nederländska, den norska [3], den spanska, den svenska och den brittiska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission har avgivit skriftliga yttranden. Delstaten Nordrhein-Westfalen, den finska, den nederländska, den norska, den svenska och den brittiska regeringen samt kommissionen deltog i sammanträdet.

Domstolens rättspraxis

11. Det skall inledningsvis anmärkas att, såsom framgår av tolkningsfrågans ordalydelse, domstolen inte har ombetts — och det vore inte heller riktigt att be domstolen — att avgöra om positiv diskriminering eller positiv särbehandling [4] generellt sett är önskvärd. Den fråga som domstolen har att ta ställning till är endast om den aktuella nationella regeln är förenlig med två konkreta bestämmelser i direktivet. I sin nyligen avkunnade dom i målet Kalanke [5], som rörde en liknande nationell lagstiftning, behandlade domstolen uteslutande — oaktat den inställning som framgick av en del av doktrinens

3 — Enligt artikel 20 i EG-stadgan för domstolen, i dess lydelse enligt förklaring av Europeiska gemenskapen om EFTA-staternas rättigheter vid EG-domstolen, bilagd slutakten om antagande av överenskommelsen om det europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 523).

4 — För en kommentar till denna terminologi, se generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i mål C-450/93, Kalanke (REG 1995, s. I-3051), särskilt punkt 8. Se också meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om tolkningen av EG-domstolens dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen, KOM (96) 88 slutlig, s. 3.

5 — Se ovan, fotnot 4. Denna dom har varit föremål för många artiklar och kommentarer. Delstatens yttrande innehåller åtskilliga hänvisningar till de tyska publikationerna.

reaktioner på denna dom [6] — frågan om den då aktuella lagstiftningen var förenlig med samma bestämmelser. Jag kommer att återkomma till den vidare frågan om domstolens roll i rättspolitiska frågor.

12. Innan jag behandlar domen i målet Kalanke, skall jag först kort gå igenom de två domar där domstolen redan tidigare har gett vägledning i fråga om tillämpningsområdet för artikel 2.4, som är den avgörande bestämmelsen i det aktuella målet.

13. Domen i målet Hofmann [7] rörde frågan huruvida en nationell lagstiftning som begränsade möjligheten att få betald ledighet efter ett barns födelse till att endast gälla mödrar var förenlig med likabehandlingsdirektivet. Domstolen grundade inte sitt avgörande på artikel 2.4, utan i stället på artikel 2.3, i vilken föreskrivs att direktivet inte påverkar bestämmelserna om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap. Generaladvokaten Darmon undersökte dock artikel 2.4 och fann att

"[d]et framgår således av direktivets systematik att undantagen i punkt 2—4 i artikel 2 anger de exakta gränserna för den princip som anges i artikel 2.1. Detta arrangemang visar redan i sig vilken vikt gemenskapslagstiftaren fäst vid dessa undantag, vilket en granskning av dem kommer att visa.

Undantaget i artikel 2.4 intar en särställning. Denna bestämmelse öppnar möjligheten att vidta nationella åtgärder 'som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter'. Regeln förefaller endast utgöra ett undantag från principen: I syfte att kompensera existerande diskriminering vill den återskapa jämlikhet och inte inskränka den. Eftersom regeln med andra ord förutsätter att det förekommer en ojämlikhet som skall undanröjas måste detta undantag ges en vid tolkning." [8]

14. Det andra målet, kommissionen mot Republiken Frankrike [9], rörde frågan huruvida ett undantag i en nationell lag om likabehandling var förenligt med likabehandlingsdirektivet. Detta undantag syftade till att från förbudet mot diskriminering undanta anställningsavtal eller kollektivavtal där

6 — Se exempelvis Eva Brems kommentar i 2 *Columbia Journal of European Law*, 172 (1995/96), s. 177: "Men i stället för att komma till slutsatsen att alla tre modeller av positiv särbehandling måste kombineras återvänder Tesauro till direktivtexten" samt Anne Peters uttalande 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, att denna dom "illustrerar domstolens bristande vilja att erkänna de spänningar som uppstår genom mångfalden av paradigm".

7 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83 (Rec. 1984, s. 3047).

8 — Punkt 9 i förslaget till avgörande.

9 — Dom av den 25 oktober 1988 i mål 312/86 (Rec. 1988, s. 6315).

särskilda rättigheter ges till kvinnor. Bland dessa rättigheter fanns arbetstidsförkortning för kvinnor över 59 år eller kvinnor med speciella arbetsuppgifter såsom maskinskrivning eller bildskärmsarbete, lägre pensionsålder, ledighet för adoption av barn, ledighet för vård av sjukt barn, en ledig dag vid skolstart eller lediga timmar på Mors dag, bidrag för att hjälpa mödrar att klara av avgifter för daghem eller annan barnvård, förlängd föräldraledighet för kvinnor, ett antal extra semesterdagar för varje barn och extra pensionspoäng för varje barn efter det första barnet. [10]

15. Domstolen ansåg att dessa åtgärder inte kunde rättfärdigas på grundval av artikel 2.4, och fastslog att:

"undantaget i artikel 2.4 har till precist och avgränsat syfte att tillåta de åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället". [11]

16. Bland de mål där domstolen har undersökt artikel 2.4 är målet Kalanke [12] det senaste och mest relevanta för det aktuella målet. I målet Kalanke föreskrev den omtvistade lagen att kvinnor som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter som söker samma tjänst har skall ges företräde inom de områden där de är underrepresenterade och att underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda i den relevanta lönegraden i den berörda personalkategorin inom en verksamhet. [13] Denna regel hade inget undantag, men den nationella domstolen ansåg att den skulle tolkas i enlighet med Grundgesetz (den tyska grundlagen) på ett sådant sätt att företräde i princip skulle ges till kvinnor vid befordran, men att undantag måste göras i förekommande fall. [14]

10 — Se punkt 8 i domen och generaladvokaten Slynns förslag till avgörande, s. 6327.

11 — Punkt 15 i domen. Uttrycket "actual instances of inequality", som förekommer i den engelska språkversionen av domen, är kanske att föredra framför det uttryck som används i den engelska språkversionen av artikel 2.4, nämligen "existing inequalities". Detta uttryck ligger också närmare de andra språkversionerna av artikel 2.4. Generaladvokaten Slynn ansåg att åtgärderna i fråga inte kunde rättfärdigas enligt artikel 2.4, eftersom män aldrig hade haft denna typ av rättigheter, varför det inte förelåg ojämlikheter till deras favör som påverkade kvinnornas möjligheter. Denna syn förefaller dock bygga på en något bokstavlig tolkning av den engelska språkversionen av artikel 2.4.

12 — Se ovan, fotnot 4.

13 — Punkt 3 i domen.

14 — Punkt 9 i domen.

17. Eckhard Kalanke och Heike Glißmann hade föreslagits för befordran. Det var ostridigt att de var lika kvalificerade för tjänsten och att kvinnor var underrepresenterade inom den aktuella sektorn. Enligt den nationella lagstiftningen skulle tjänsten således erbjudas Heike Glißmann. Eckhard Kalanke väckte talan och gjorde bland annat gällande att denna regel i den nationella lagstiftningen var förenlig med tysk rätt i övrigt. Bundesarbeitsgericht ansåg att regeln var förenlig med de bestämmelser i inhemsk rätt som Eckhard Kalanke hade åberopat, men var tveksam till huruvida den var förenlig med likabehandlingsdirektivet och ställde frågor till domstolen avseende räckvidden av artikel 2.1 och 2.4.

18. Domstolens utgångspunkt var att en nationell föreskrift, vari föreskrivs att kvinnor, om de har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har, vid befordran automatiskt skall ha företräde inom de områden där de är underrepresenterade, medför en diskriminering på grund av kön. [15] Eftersom syftet med likabehandlingsdirektivet är att medlemsstaterna skall förverkliga principen om likabehandling av kvinnor och män bland annat i fråga om anställning, inbegripet befordran, och då principen om likabehandling enligt artikel 2.1 i direktivet innebär "att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt", stod det vid första påseendet klart att denna princip hade åsidosatts.

19. Domstolen undersökte därefter om den omtvistade lagstiftningen var tillåten enligt artikel 2.4. Med hänvisning till sin dom i målet kommissionen mot Republiken Frankrike [16], förklarade domstolen att denna bestämmelse har till precist och avgränsat syfte att tillåta de åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället. Sålunda tillåts i denna bestämmelse nationella åtgärder inom området för tillgång till anställning, inbegripet befordran, som speciellt gynnar kvinnor och har till syfte att förbättra deras möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på samma villkor som män. [17]

20. Domstolen ställde sig vidare bakom det uttalande som rådet gjorde i sin rekommendation om främjande av positiv särbehandling för kvinnor, [18] att "de gällande regler om likabehandling, som har till syfte att säkra den enskildes rättigheter, inte är tillräckliga för att avskaffa alla former av faktiska ojämlikheter om inte regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ dessutom vidtar åtgärder i syfte att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för som följd av attityder, beteenden och strukturer i samhället". [19] Domstolen förklarade vidare att det icke

15 — Punkt 16 i domen.

16 — Se ovan, fotnot 9.

17 — Punkterna 18 och 19 i domen.

18 — Rådets rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 (EGT L 331, s. 34, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå).

19 — Tredje övervägandet.

desto mindre bör klargöras att artikel 2.4, såsom undantag till en i direktivet fastställd rättighet för enskilda, skall tolkas restriktivt. [20]

21. Domstolen fann att en nationell reglering som undantagslöst och ovillkorligt garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran går längre än att bara främja lika möjligheter till en befordran och överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4 i direktivet. [21] Domstolen tillade att en sådan ordning — eftersom den har till syfte att uppnå en lika andel kvinnor och män inom samtliga löneskalor och tjänstenivåer — ersätter det befrämjande av lika möjligheter som föreskrivs i artikel 2.4 med det resultat som endast kan uppnås genom att en sådan jämlikhet förverkligas. [22] Svaret till den nationella domstolen blev således att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet hindrar en nationell reglering som i likhet med den i förevarande fall, när kandidater till en befordran har lika meriter och är av olika kön, automatiskt ger kvinnliga sökande företräde inom de områden där kvinnor är underrepresenterade enligt regelns definition. [23]

22. Eftersom domstolen hade funnit att den omtvistade nationella lagstiftningen var förbjuden enligt direktivet, behövde den inte pröva frågan om proportionalitet. Den kritik som vissa kommentatorer [24] har framfört på denna grund är därför ogrundad. Andra kommentatorer har felaktigt antagit att domstolen ansåg att den omtvistade lagstiftningen var oproportionell och att den fann regeln rättsstridig av detta skäl. [25]

Tillämpning av domen i målet Kalanke på det aktuella fallet

23. Jag erinrar om att domstolens utgångspunkt i domen i målet Kalanke var att en nationell föreskrift vari föreskrivs att kvinnor, om de har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har, vid befordran automatiskt skall ha företräde inom de områden där de är underrepresenterade emellertid medför en diskriminering på grund av kön och således i princip står i strid med direktivet. Enligt min mening är det tydligt att den aktuella omtvistade nationella bestämmelsen är diskriminerande på samma sätt och att den således står i strid

20 — Punkterna 20 och 21 i domen.

21 — Punkt 22 i domen.

22 — Punkt 23 i domen.

23 — Punkt 24 och domslutet. För den relevanta definitionen av "underrepresentation", se punkt 16, ovan.

24 — Se exempelvis, Louis Charpentier "L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité", 32 *Revue trimestrielle de droit européen* 281 (1996), s. 288; Anne Peters, "The many Meanings of Equality", se ovan, fotnot 6, s. 192—193.

25 — Se exempelvis, Jean-Louis Clergeries kommentar i *Recueil Dalloz-Sirey* (1996) (*Jurisprudence*) 221, s. 223; Eva Brems kommentar, se ovan i fotnot 6, s. 174 och 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 och 152.

med direktivet, om den inte kan anses som tillåten enligt artikel 2.4. Det står klart att den aktuella omtvistade nationella regeln inte uttryckligen ger kvinnor automatiskt företräde till befordran i de fall som den är tillämplig på, men regelns kärna är att kvinnan, utom i undantagsfall, skall befordras just för att hon är kvinna, vilket redan vid första påseendet uppenbart står i strid med likabehandlingsprincipen i direktivet. Jag hänvisar särskilt till artikel 3.1, [26] där det föreskrivs att tillämpningen av likabehandlingsprincipen in-nebär att det inte skall förekomma någon som helst diskrimine-ring på grund av kön i villkoren, *däri inbegripet urvalskriterier*, för exempelvis befordran.

24. Den grundläggande frågan är huruvida den omtvistade nationella bestämmelsen omfattas av artikel 2.4 och således är förenlig med direktivet. Den nationella domstolens fråga till domstolen föranleds av skillnaden mellan den aktuella nationella lagstiftningen och den omtvistade lagstiftningen i målet Kalanke. Den nationella domstolen har särskilt understrukit att domstolen i domen i målet Kalanke har förklarat att "[e]n nationell reglering som *undantagslöst och ovillkorligt* garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran" överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4 i direktivet [27], och den undrar om den möjlighet till undantag som finns i den nationella bestämmelsen som den har att ta ställning till gör att regeln är förenlig med direktivet.

26 — Återgiven i punkt 4.

27 — Punkt 22 i domen; min kursivering.

25. Den franska och den brittiska regeringen anser att den omstridda nationella bestämmelsen, trots denna möjlighet till undantag, står i strid med direktivet. Såsom förstahandsargument har dessa regeringar gjort gällande att eftersom denna bestämmelse syftar till att åstadkomma lika resultat snarare än lika möjligheter, är domstolens resonemang i domen i målet Kalanke tillämpligt.

26. Delstaten Nordrhein-Westfalen, den österrikiska, den finska, den norska, den spanska och den svenska regeringen samt kommissionen [28] är av motsatt åsikt. De har hävdat att den aktuella omtvistade nationella bestämmelsens flexibilitet — det vill säga möjligheten till undantag — utgör ett tillräckligt skäl för att avvika från domen i målet Kalanke: i det aktuella fallet finns det ingen garanti för undantagslöst och ovillkorligt företräde. [29]

27. Detta argument har enligt min mening flera brister.

28 — Se även det meddelande som nämns i fotnot 4, s. 9.

29 — Det kan anmärkas att Bundesarbeitsgericht som hade fört vidare frågan för förhandsavgörande i målet Kalanke även den, när den avgjorde målet med beaktande av domstolens dom, ansåg att den kritiska punkten i den nationella regel som den hade att ta ställning till var att regeln inte hade någon undantagsregel som den som nu är aktuell: se Sacha Prechals kommentar till domen i målet Kalanke, 33 *Common Market Law Review* 1245 (1996), s. 1256 och Linda Senden, "Positive Action in the EU Put to the Test", se ovan, fotnot 25, s. 157.

28. För det första var den nationella regel som domen i målet Kalanke rörde i själva verket varken undantagslös eller ovillkorlig: Domstolen anmärkte att den hänskjutande domstolen angett att regeln skulle tolkas "på ett sådant sätt att företräde i princip skall ges till kvinnan vid anställning men att billighetsskäl i vissa fall måste leda till undantag från detta privilegium". [30] Denna tolkning föranleddes av oron att regeln annars skulle vara oförenlig med artikel 3.2 och 3.3 i den tyska grundlagen, i vilken det vid denna tidpunkt föreskrevs att män och kvinnor skulle ha samma rättigheter och att varje diskriminering grundad på kön var förbjuden. [31] Eftersom domstolen i domen i målet Kalanke fastslog att regeln i fråga har vissa undantag, skall begreppet "automatiskt" företräde tolkas mot denna bakgrund.

29. Resonemanget i domen i målet Kalanke tyder även på att den aktuella bestämmelsen är rättsstridig. I punkt 23 i domen förklarade domstolen att "en sådan ordning — eftersom den har till syfte att uppnå en lika andel kvinnor och män ... — ersätter det befrämjande av lika möjligheter som föreskrivs i artikel 2.4 med det resultat som endast kan uppnås genom att en sådan jämlikhet förverkligas". Denna passage har kritiserats av vissa kommentatorer som menar att den är oklar. [32] Enligt min mening är dess innebörd emellertid klar. Artikel 2.4 rör enligt ordalydelsen åtgärder "för att främja lika möjligheter". Generaladvokaten Tesauro uttryckte sig på följande sätt i sitt förslag till avgörande i målet Kalanke:

"Att ge lika möjligheter kan enligt min mening inte innebära annat än att man gör det möjligt att uppnå jämlika resultat, således genom att återupprätta villkoren för jämlikhet mellan könen vid utgångspunkten. ... Jag finner det emellertid uppenbart att den omtvistade nationella lagstiftningen ingalunda syftar till att garantera jämlikhet som utgångspunkt. Själva den omständigheten att två sökande av olika kön har likvärdiga meriter antyder i själva verket att båda två per definition har och hade lika möjligheter. De är således jämlika vid utgångspunkten. Genom att ge kvinnorna företräde syftar den omtvistade nationella lagstiftningen till att skapa jämlikhet i fråga om resultat, eller snarare att skapa en jämlik fördelning enbart i fråga om antal tjänster mellan kvinnor och män. Detta förefaller varken överensstämma med syftet med eller ratio legis av artikel 2.4 i direktivet." [33]

30 — Punkt 9 i domen.

31 — Se även Linda Senden, "Positive Action in the EU Put to the Test", se ovan, fotnot 25, s. 149. En ny regel om statens mål ("Staatszielbestimmungen") har därefter införts i artikel 3.2 som innebär att staten "skall främja faktisk jämlikhet mellan män och kvinnor och avser att minska förekommande ojämlikheter". Se även Gilbert H. Gornig och Sven Reekewert, "The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law" (1997), *Public Law* 137, s. 147—149.

32 — Se exempelvis Georges Fridens kommentar i (1995) *Annales du droit luxembourgeois* 483, s. 488—490; Oliver de Schutter och 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. Omständigheten att två kandidater har likvärdiga meriter betyder förvisso inte nödvändigtvis att de har haft lika möjligheter tidigare, eftersom en av kandidaterna kan ha skaffat sig sina meriter under svårare förhållanden än den andre, eller har skaffat dem inom ramen för ett utbildningsprogram som är avsett att övervinna sådana svårigheter. (Delstaten tycks anta att kvinnan oftast är yngre eller har färre tjänsteår om en man och en kvinna har likvärdiga meriter för befordran. Man kan anta att kvinnan i en sådan situation skulle ha visat att hon har samma kapacitet som, eller högre kapacitet än, sin konkurrent och därför skulle vara det naturliga valet.) Denna aspekt förefaller mig inte vara relevant för den fråga som domstolen har att ta ställning till: Eftersom den nationella regeln endast är tillämplig när kandidaterna har likvärdiga meriter, kvarstår faktum att det när den är tillämplig finns kandidater som har likvärdiga meriter och som per definition har samma möjlighet att bli befordrade om urvalsförfarandet inte är diskriminerande.

31. I sitt förslag till avgörande utvecklade generaladvokaten Tesauro sin förklaring av skillnaden mellan åtgärder som är tillåtna enligt artikel 2.4, det vill säga åtgärder som har till syfte att "undanröja de hinder som förhindrar kvinnor att på samma villkor uppnå samma resultat", och åtgärder som inte är det, det vill säga åtgärder "som syftar till att direkt tilldela kvinnorna dessa resultat, alltså att mer eller mindre ge dem företräde *enbart för att de är kvinnor*". [34] För mig står det helt klart att det är denna distinktion som ligger bakom domstolens uttalande i punkt 23 i domen i målet Kalanke. Oavsett om man talar om att undanröja hinder snarare än att föreskriva resultat, eller att säkerställa jämlikhet vid utgångspunkten snarare än slutpunkten, eller att garantera lika möjligheter snarare än lika resultat, är distinktionen begreppsmässigt klar, och det är enligt min mening därför normalt lätt att avgöra hur en viss åtgärd skall bedömas.

32. Det förefaller mig därför som om verkan av domen i målet Kalanke är att varje regel som går längre än att befrämja lika möjligheter och i stället syftar till att framtvinga det önskade resultatet i fråga om lika representation även faller utanför gränserna för undantaget i artikel 2.4 i direktivet, och således står i strid med likabehandlingsprincipen i artikel 2.1, och är i gemenskapsrättens nuvarande stadium rättsstridig. Denna uppfattning är enligt min mening helt förenlig med direktivets systematik. Det är självklart att lika möjligheter för kvinnor och män inte existerar i ett individuellt fall om, allt annat lika, en sökande anställs eller befordras framför en annan uteslutande på grund av sitt kön. Att direktivet avser skydd för individuella rättigheter framgår tydligt av artikel 6, [35] enligt vilken det fordras att medlemsstaterna ger tillgång till nödvändiga rättsmedel till "alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats enligt vad som sägs i artiklarna 3, 4 och 5". Om den

34 — Punkt 22.

35 — Återgiven i punkt 5 ovan.

nationella regel som var i fråga i målet Kalanke hade förklarats lagenlig, skulle män som arbetar i sektorer där regeln är tillämplig alltid förvägras lika behandling och lika möjligheter under sådana förhållanden. Oavsett vilket tillämpningsområde artikel 2.4 anses ha, kan ett sådant resultat knappast anses förenligt med likabehandlingsprincipen i artikel 2.1, eller med det främjande av lika möjligheter som sådana åtgärder som avses i artikel 2.4 måste innebära.

33. Enligt min mening påverkar den möjlighet till undantag som finns i den aktuella omtvistade nationella bestämmelsen inte slutsatsen att bestämmelsen är rättsstridig, och detta av följande skäl.

34. För det första ersätter undantagsregeln, såsom den nationella domstolen och den brittiska regeringen har påpekat, om den tillämpas, endast huvudregeln som ger kvinnor företräde i ett särskilt fall: Den förändrar inte denna regels allmänt diskriminerande natur.

35. Såsom den franska regeringen har anmärkt är tillämpningsområdet för den möjlighet till undantag som nu är i fråga oklart (och detta var uppenbarligen [36] lagstiftarens avsikt). Enligt fast rättspraxis innebär rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för enskilda, på de områden som omfattas av gemenskapsrätten, att medlemsstaternas rättsregler skall vara formulerade på ett otvetydigt sätt, så att de berörda personerna får en klar och precis uppfattning om sina rättigheter och skyldigheter och nationella domstolar ges möjlighet att säkerställa att dessa rättigheter och skyldigheter iakttas. [37]

36. Även om förekomsten av en möjlighet till undantag i princip skulle kunna göra en regel som den som nu är i fråga förenlig med direktivet, kan den i vilket fall som helst endast göra det om denna möjlighet till undantag själv är invändningsfri. Så förefaller inte vara fallet här. Till mina anmärkningar ovan kommer ytterligare ett problem som är knutet till undantagsregelns verkningar. Delstaten Nordrhein-Westfalen har angett att den omtvistade nationella bestämmelsen syftar till att "traditionella andrahandskriterier" skall sluta tillämpas i urvalsförfaranden som delstaten — utan tvekan med rätta [38] — anser vara diskriminerande. Undantagsregeln synes emellertid förutsätta att just dessa kriterier ändå mindre kan tillämpas när möjligheten till undantag åberopas, med följden att tjänsten kan ges till mannen enligt kriterier som

36 — Se punkt 8, ovan.

37 — Se exempelvis dom av den 21 juni 1988 i mål 257/86, kommissionen mot Italien (Rec. 1988, s. 3249, punkt 12).

38 — Jag återkommer till denna aspekt i punkt 40.

medges vara diskriminerande. [39] Om en absolut regel om företräde för kvinnor på grund av deras kön är rättsstridig, måste en villkorlig regel som antingen ger kvinnor företräde på grund av deras kön eller män företräde enligt erkänt diskriminerande kriterier i än högre grad anses vara diskriminerande.

37. Min slutsats är därför att den omtvistade nationella bestämmelsen, trots förekomsten av möjligheten till undantag, är rättsstridig med hänsyn till den dom som domstolen har meddelat i målet Kalanke. Jag vill som en allmän synpunkt tillägga att det är viktigt att motstå frestelsen att av inskränkt tekniska skäl se domen i målet Kalanke som ett särfall. Som jag redan har förklarat är domstolens skäl för denna dom klara och de gäller även för det aktuella målet. Att anstränga sig att till varje pris göra åtskillnad mellan liknande fall på grund av nyanser i den ifrågasatta lagstiftningen leder sannolikt till rättslig förvirring samt ett ökat antal processer med slumpmässigt resultat.

38. Det kan invändas [40] att en ogiltigförklaring av den omtvistade nationella regeln skulle leda till en återgång till de kriterier som den var avsedd att ersätta och som delstaten Nordrhein-Westfalen har medgett är diskriminerande, och en åtgärd med detta resultat kan knappast anses "realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning". [41]

39. Av förhållandet att de omtvistade nationella reglerna i det aktuella målet och i målet Kalanke står i strid med gemenskapsrätten följer emellertid inte att en myndighet lagligen kan tillämpa så kallade traditionella andrahandskriterier, som påstås tillämpas om sådana regler inte finns. [42] Det förefaller klart att dessa kriterier både tillämpas och att vissa anser dem acceptabla: Eckhard Kalanke sägs exempelvis vid de nationella domstolarna ha hävdat att även om det förutsattes att Heike Glißmann var lika kvalificerad, borde han ha befordrats av sociala skäl (nämligen att han var gift, att hans hustru inte arbetade och att han hade två barn). [43] Det synes även vara klart att tillämpningen av sådana kriterier i ett urvalsförfarande i sig utgör ett åsidosättande av likabehandlingsdirektivet: Det skall

39 — Enligt uppgift underströk Bundesarbeitsgericht, som begärde förhandsavgörande i målet Kalanke, att lagstiftaren i delstaten Bremen, som antagit den omtvistade regeln i det målet, avsiktligt avstått från att införa ett så vitt formulerat undantag som det som är aktuellt i detta fall, då den ansåg att det fanns för stora risker för att tillämpningen av detta undantag skulle leda till indirekt diskriminering: Se Sacha Prechals kommentar, ovan, fotnot 29, s. 1257. I det aktuella fallet angav delstaten vidare vid sammanträdet att klausulen kunde liknas vid ett "Damoklessvärd" och att den sällan åberopades på grund av rädsla att dess tillämpning skulle leda till rättstvister.

40 — Se exempelvis Dagmar Schick, "Positive Action in Community Law", 25 *Industrial Law Journal* 239 (1996), s. 241.

41 — Artikel 1.1 i direktivet.

42 — Se punkt 7 ovan.

43 — Se Dagmar Schick, "Positive Action in Community Law", ovan, fotnot 40, s. 240; Linda Senden, "Positive Action in the EU Put to the Test", ovan, fotnot 25, s. 147— 148 och Sacha Prechals kommentar, ovan, fotnot 29, s. 1246.

erinras om att artikel 2.1 föreskriver att "det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familje-status" och att artikel 3.1 uttryckligen förbjuder diskriminering "i villkoren, som t. ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar". En medlemsstat som tillåter att sådana diskriminerande kriterier tillämpas åsidosätter sina skyldigheter enligt likabehandlingsdirektivet och artiklarna 5 och 189 i fördraget, vilket även en medlemsstat gör som har underlåtit att göra det möjligt för alla som anser sig utsatta för diskriminering att "göra sina rättigheter gällande vid domstol" i enlighet med artikel 6 i direktivet. [44]

Tillämpningsområdet för artikel 2.4

40. Jag har av ovan beskrivna skäl kommit till slutsatsen att artikel 2.1 och 2.4 i likabehandlingsdirektivet utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken kvinnor, inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp, skall ges företräde vid befordran, i fall då de män och kvinnor som ansöker om befordran till en tjänst i denna tjänstegrupp har likvärdiga meriter (lämplighet, kvalifikationer, yrkesskicklighet), om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med den manlige sökandens person finns övervägande skäl att välja denne.

41. Det kan vara av nytta att tillägga några anmärkningar vad avser de typer av åtgärder som enligt min mening omfattas eller inte omfattas av artikel 2.4 i vilken, såsom nämnts ovan, föreskrivs att direktivet inte skall "hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1", nämligen tillgång till anställning, däri inbegripet befordran, yrkesutbildning och arbetsvillkor.

42. Det framgår klart av ordalydelsen i artikel 2.4 och av domstolens tolkning av denna bestämmelse att den rör främjande av lika möjligheter och inte upprättande av lika representation samt att medlemsstaterna bibehåller befogenheten att vidta åtgärder som framstår som diskriminerande, men som i själva verket syftar till att undanröja de hinder som kvinnor möter på arbetsmarknaden, i syfte att främja lika möjligheter för män och kvinnor och följaktligen förbättra kvinnors representation i arbetslivet. Proportionalitetsprincipen kräver emellertid att sådana åtgärder måste vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet.

43. En könsspecifik åtgärd står enligt min mening inte i proportion till målen att undanröja särskilda ojämlikheter som kvinnor möter i praktiken och att främja lika möjligheter, om samma resultat kan uppnås genom en könsneutral åtgärd. [45] Som exem-

44 — Se dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Elisabeth Kamann (Rec. 1984, s. 1891), punkt 18. Se även dom av den 22 april 1997 i mål C-180/95, Draehmpaehl (REG 1997, s. I-2195), punkt 24—27.

45 — Att förbehålla kvinnor förmånen av åtgärder, avseende särskilt barnomsorg, kan till och med anses strida mot målet att behandla män och kvinnor lika i arbetslivet, eftersom en sådan åtgärd stärker föreställningen att kvinnor bör ha huvudansvaret för barnomsorg: Se Ursula A. O'Hare, "Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93 *Kalanke* v *Freie Hansestadt Bremen*" [1996], *Web Journal of Current Legal Issues*, och Sacha Prechals ovannämnda kommentar, fotnot 29, s. 1253.

pel på en neutral bestämmelse kan nämnas att gemenskapsinstitutionerna vid sin personalrekrytering ofta tillåter att den åldersgräns som annars skulle gälla höjs till förmån för "sökande som under minst ett år inte har förvärvsarbetat utan i stället tagit hand om hemmavarande småbarn". [46]

44. Även om bestämmelsen är formulerad i könsneutrala ordalag, är den ägnad att i praktiken gynna avsevärt fler kvinnor än män. Trots denna indirekt diskriminerande verkan är bestämmelsen enligt min mening lagenlig enligt artikel 2.4.

45. Det kan emellertid finnas åtgärder som syftar till att undanröja särskilda nackdelar som kvinnor möter på arbetsmarknaden, vars syfte bättre uppnås om de uttryckligen utformas så att de endast gynnar kvinnor. Enligt min mening omfattas även sådana åtgärder av artikel 2.4. Detta tillvägagångssätt stöds av domstolens uttalande i domen i målet Kalanke, att i artikel 2.4 "tillåts ... nationella åtgärder inom området för tillgång till anställning, inbegripet befordran, som speciellt gynnar kvinnor och har till syfte att förbättra deras möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på samma villkor som män". [47] Direkt diskriminerande åtgärder som är tillåtna enligt artikel 2.4 "borde således syfta till att undanröja de hinder som står i vägen för kvinnors lika möjligheter, genom insatser för, till exempel, utbildningsvägledning och yrkesutbildning". [48]

Den rättspolitiska frågan

46. När jag förespråkar en tolkning av artikel 2.4 som utesluter åtgärder som ger direkt företräde för kvinnor vid befordran och anställning i sektorer där de är underrepresenterade, uttalar jag mig inte om huruvida sådana åtgärder är önskvärda i princip. Det är tveklöst så — såsom den brittiska regeringen [49] med rätta har gjort gällande i målet Kalanke — att kvinnornas underrepresentation är resultatet av en blandning av faktorer, och att det är möjligt att en sådan positiv särbehandling av kvinnor utgör ett medel för att

46 — Se exempelvis meddelande om allmänt uttagningsprov CJ/LA/18, EGT 268 A, 1996, s. 8, punkt 3 c (rekrytering av juristlingvister till domstolen); meddelande om allmänt uttagningsprov CC/A/6/96, EGT C 84 A, 1997, s. 5, punkt 1 b (rekrytering till statistiker till revisionsrätten).

47 — Punkt 19 i domen.

48 — Punkt 19 i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i målet Kalanke.

49 — Citerad av Ursula A. O'Hare, "Positive Action Before the European Court of Justice", se ovan, fotnot 45.

förbättra en av faktorerna (även om det kan anmärkas att de regler som var i fråga i målet Kalanke och de som är aktuella i detta mål har haft anmärkningsvärt liten inverkan, [50] vilket kanske inte är förvånande, eftersom skälen för undantag i allt väsentligt är desamma som de skäl som skulle vara tillämpliga om huvudregeln inte fanns). Att avgöra huruvida en sådan politik är önskvärd eller lämplig är en fråga för lagstiftaren och inte för denna domstol [51], vars roll i det aktuella fallet, liksom i målet Kalanke, är att tolka existerande lagstiftning. Domstolen bör motstå varje frestelse, hur lockande den än må vara, att anpassa utgången till politiska ståndpunkter. En brittisk arbetsdomstol har i en liknande fråga om en kvinnolista i valet av Labour-kandidater i vissa valkretsar fastställt följande:

"Det kan mycket väl vara så att många skulle se [ett avhjälpande av obalansen mellan de två könens representation i underhuset] som ett lovvärt skäl, men det är irrelevant för frågan huruvida det arrangemang som domstolen har att ta ställning till utgör direkt rättsstridig diskriminering av de två manliga kandidaterna". [52]

47. För mig är det helt klart att domen i målet Kalanke — oaktat mycken missriktad kritik — [53] överensstämmer med direktivtexten. Det medges att lagstiftningen utarbetades för tjugo år sedan och att den sociala utvecklingen under mellantiden kan betyda att en bestämmelse vars mål och tillämpningsområde var lämpliga vid den tidpunkt bestämmelsen antogs nu måste ses över. Omprövning av gemenskapslagstiftningen är dock även det en fråga för lagstiftaren och inte för domstolen. Det är intressant att anmärka att det för närvarande föreligger två parallella initiativ som, på olika sätt, söker lämna utrymme för vissa former av positiv särbehandling.

48. År 1996 föreslog kommissionen, på grund av domen i målet Kalanke, en ändring av artikel 2.4. [54] Efter ändring enligt förslaget skulle bestämmelsen ha följande lydelse:

"Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller [att] avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar det underrepresenterade könets möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1. Möjliga åtgärder skall inbegripa förtursförfarande vid anställning och befordran till förmån för en

50 — Delstatens anmärkningar i detta mål; Dagmar Schiek, "Positive Action", se ovan, fotnot 40, s. 244. Se allmänt Josephine Shaw, "Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems" i *Discrimination: The Limits of Law*, Bob Hepple and Erika Szyszczak, (London och New York: Mansell Publishing Ltd, 1992), s. 386.

51 — Oaktat vissa kommentatorers motsatta ståndpunkt: se exempelvis Eva Brems kommentar, se ovan, fotnot 6, s. 178.

52 — *Jepson v The Labour Party* [1996], Industrial Relations Law Reports 116, s. 117.

53 — Se exempelvis Titia Loenen och 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 — Förslag till ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT C 179, s. 8).

medlem av det underrepresenterad könet, under förutsättning att sådana åtgärder inte hindrar bedömningen av individuella omständigheter i det enskilda fallet." [55]

49. Kommissionen anser att dess förslag till ändring inte ändrar likabehandlingsdirektivets tillämpningsområde utan tvärtom endast är "tolkande", "fastställande" och "förtydligande", i enlighet med dess åsikt att domen i målet Kalanke inskränker sig till åtgärder för positiv särbehandling av den speciella typ som var i fråga i det målet. [56] Av de skäl som jag har anfört ovan delar jag inte denna bedömning; enligt min mening är den föreslagna ändringen mer nydanande än vad kommissionen vill låta påskina. Förslaget brister dessutom i klarhet. [57] Om det anses önskvärt att fastslå principen att vissa typer av positiv särbehandling är lagenliga, är det nödvändigt att denna princips tillämpningsområde definieras entydigt (även om det kanske, med beaktande av de vitt skilda åsikterna om vilken politik som är lämplig och de föränderliga ekonomiska och sociala förhållandena, vore lämpligt att lämna medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning i frågan om huruvida och i vilken mån de vill tillämpa undantaget).

50. Det andra initiativet är ett förslag till ändring av fördraget som framförts inom ramen för regeringskonferensen. Det förefaller som om den föreslagna ändringen skulle göra det klart att en medlemsstat, utan att åsidosätta principerna om lika behandling och lika möjligheter, kan föreskriva vissa former av positiv särbehandling. Vilket detta förslags exakta innehåll och politiska öde blir återstår att se. Sannolikt är förslaget tänkt att komplettera artikel 6.3 i protokoll nr 14 om socialpolitik. I denna bestämmelse anges att artikel 6 (vilken i ordalag som är närmast identiska med dem i artikel 119 i fördraget ger uttryck för principen om lika lön) "[inte skall] hindra en medlemsstat från att behålla eller införa särskilda förmåner för att göra det lättare för kvinnor att vara yrkesverksamma eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i deras yrkeskarriärer". Eftersom artikel 6.3 endast rör lika lön är den, även om kommissionen flyktigt har hänvisat till den, inte av någon nytta i det aktuella fallet.

Betydelsen av internationella överenskommelser

51. I flera av de skriftliga yttranden som inlämnats till domstolen [58] nämns internationella konventioner som påstås stödja ståndpunkten att artikel 2.4 i likabehandlingsdirektivet borde ges en så vid tolkning att

55 — Artikel 1 i förslaget till ändring i direktivet.

56 — Se motiveringen i KOM (96) 93 slutlig, s. 3, 4 och 7.

57 — Se även Ekonomiska och sociala kommitténs välformulerade kritik av den föreslagna ändringen i dess yttrande av den 25 september 1996, EGT C 30, 1997, s. 57, särskilt punkt 3.1 och 3.2.

58 — Se även kommissionens meddelande, ovan, fotnot 4, s. 7 och 8.

positiv särbehandling, såsom den omtvistade nationella regeln, ingår bland tillåtna åtgärder.

52. Delstaten Nordrhein-Westfalen och kommissionen har åberopat ILO-konventionen om diskriminering [59], som har ratificerats av samtliga medlemsstater med undantag av Irland, Luxemburg och Förenade kungariket. Artikel 5 i denna konvention har följande lydelse:

"1. Särskilda skydds- eller biståndsåtgärder, som angivits i andra av Internationella arbetsorganisationen antagna konventioner och rekommendationer skola icke anses såsom diskriminering.

2. Varje medlem må efter samråd med representativa arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer, där sådana finnas, besluta, att andra särskilda åtgärder, avsedda att tillgodose det speciella behovet hos personer, vilka av sådana skäl som kön, ålder, invaliditet, försörjningsbörda eller social eller kulturell nivå allmänt erkännas vara i behov av särskilt skydd eller bistånd, icke skola anses såsom diskriminering."

53. Delstaten Nordrhein-Westfalen, den österrikiska, den finska och den norska regeringen samt kommissionen har hänvisat till Förenta Nationernas konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, som har ratificerats av samtliga medlemsstater i Europeiska gemenskapen, [60] och särskilt till artikel 4.1, som har följande lydelse:

"Konventionsstaternas vidtagande av tillfälliga, särskilda åtgärder för att påskynda faktisk jämställdhet mellan män och kvinnor skall inte betraktas såsom diskriminering enligt denna konvention, men får inte medföra ett bibehållande av olikvärdiga eller skilda normer: dessa åtgärder skall upphöra när jämställdhet i fråga om möjligheter och behandling har uppnåtts."

54. De två ovannämnda konventionerna tillåter "särskilda åtgärder" i form av undantag från det grundläggande förbudet mot diskriminering som konventionerna innehåller, trots att de vid första påseendet förefaller diskriminerande. De parter som har åberopat konventionerna har uttryckligen eller underförstått hävdat att den nationella regel som är i fråga i det aktuella fallet inte står i strid med dessa konventioner och att artikel 2.4 i direktivet skall tolkas i enlighet med konventionerna.

59 — Konvention nr 111 av den 25 juni 1958 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, *United Nations Treaty Series*, Vol 362, s. 31.

60 — Generalförsamlingens resolution 34/180, antagen den 18 december 1979.

55. De konventionsbestämmelser som har åberopats är onekligen vaga: Det är inte alls uppenbart att de omfattar positiv särbehandling av den typ som framgår av den nationella lagstiftningen i det aktuella fallet. Av denna anledning är konventionerna inte till någon hjälp vid tolkningen av de mer specifika bestämmelserna i artikel 2.4.

56. De ifrågavarande konventionerna har dessutom formulerats i ordalag som är mer tillåtande än tvingande. Den tolkning av artikel 2.4 som jag förespråkar ger därför inte upphov till en direkt konflikt mellan artikeln och konventionerna på det sätt som skulle vara fallet om konventionerna exempelvis uttryckligen ålade staterna att utöva positiv särbehandling av den typ som är i fråga i det aktuella fallet. Det är således onödigt att ta ställning till vad som skulle ske vid en konflikt. En sådan konflikt skulle ge upphov till ett antal svåra frågor om konventionernas direkta effekt och tillämpningsområdet för artikel 234 i EG-fördraget. [61]

57. Vad gäller den mer allmänna frågan om tillämpningsområdet för artikel 2.4 i direktivet är de typer av åtgärder som enligt min mening är tillåtna enligt denna bestämmelse under alla omständigheter just sådana åtgärder som konventionerna förefaller vara tänkta att underlätta.

Förslag till avgörande

58. Således skall enligt min mening den fråga som Verwaltungsgericht Gelsenkirchen har fört vidare besvaras på följande sätt:

Bestämmelserna i artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken kvinnor, inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp, skall ges företräde vid befordran, i fall då de män och kvinnor som ansöker om befordran till en tjänst i denna tjänstegrupp har likvärdiga meriter (lämplighet, kvalifikationer, yrkesskicklighet), om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med den manlige sökandens person finns övervägande skäl att välja denne.

61 — Se senast domen av den 14 januari 1997 i mål C-124/95, Centro-Com (REG 1997, s. I-81), punkt 55—60.