FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 6. juli 2000 *

1. Er fællesskabsbestemmelserne om ligebehandling af mænd og kvinder til hinder for en national bestemmelse, der medfører, at såfremt antallet af kvalificerede ansøgere til ansættelse med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed overstiger antallet af ledige uddannelsespladser ved en bestemt ansættelsestermin, gives der inden for visse tidsmæssige grænser fortrinsstilling til personer, der opfylder visse generelt beskrevne kriterier om »særlig urimelighed«, når det alene er mænd, som rent faktisk kan opfylde et af de udtrykkeligt opregnede kriterier, nemlig aftjening af værnepligt? Det er hovedspørgsmålet i denne anmodning om præjudiciel afgørelse, som Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tyskland) har indgivet.

Ligebehandlingsdirektivet

2. Rådets direktiv 76/207/EØF [1] blev vedtaget med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i medlemsstaterne bl.a. med hensyn til adgang til erhvervsuddannelse (artikel 1). Ifølge artikel 2, stk. 1, indebærer princippet om ligebehandling, at der ikke finder »nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte«. Der findes dog visse undtagelser til princippet, bl.a. bestemmer artikel 2, stk. 4, at direktivet ikke er »til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder« på de i direktivet anførte områder.

3. Artikel 4 bestemmer:

»Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår adgang til erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling af enhver art og på ethvert niveau indebærer, at medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til,

a) at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves

* Originalsprog: engelsk.

1 — Direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

...

c) at give adgang til erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse og erhvervsmæssig videreuddannelse samt omskoling efter samme kriterier og på samme niveau uden forskelsbehandling på grundlag af køn ...«

4. Det bestemmes i artikel 6:

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

De nationale bestemmelser og deres baggrund

5. Juristuddannelsen i Tyskland er grundig og langvarig. Der kan være mindre forskelle fra delstat til delstat, men grundkravene kan beskrives på følgende måde.

6. Efter gymnasieuddannelse kræves fire års universitetsstudier i jura, hvorefter der skal aflægges en første juridisk statsprøve, som almindeligvis tager et yderligere semester. Der står et begrænset antal karrieremuligheder til rådighed på dette stadium, men de fleste fremtidige jurister er herefter henvist til i normalt to år at udøve praktisk juridisk virksomhed/være juridisk praktikant under tilsyn fra domstolene. Praktikanterne modtager løn i denne periode og optjener pension som midlertidigt offentligt ansatte. Ved afslutningen af perioden aflægger de den anden juridiske statsprøve, og hvis de består denne, har de adgang til alle juridiske løbebaner.

7. Denne sag angår adgangen til udøvelse af praktisk juridisk virksomhed i delstaten Hessen. Virksomheden var på det relevante tidspunkt (marts 1998) reguleret ved §§ 23 og 24 i Hessens Juristenausbildungsgesetz (lov om juristuddannelse, herefter »JAG«) og § 14 a i Juristenausbildungsordnung (herefter »JAO«), som indeholder visse gennemførelsesbestemmelser.

8. I henhold til JAG's § 23, stk. 1, ansættes den, der har bestået den første juridiske statsprøve, med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed. § 24, stk. 1, bestemmer, at praktikanter ansættes hver anden måned med virkning fra den første arbejdsdag i månederne januar, marts, maj,

juli, september og november. Som følge af forskellige budgetbestemmelser kan der ved hver ansættelsestermin højst ansættes 140 personer. Såfremt antallet af ansøgere overstiger antallet af ledige pladser, bestemte JAG's § 24, stk. 2, på det relevante tidspunkt:

»Såfremt antallet af rettidige ansøgninger om ansættelse med henblik på udøvelse af praktisk virksomhed til en ansættelsestermin overstiger antallet af disponible uddannelsespladser, kan ansættelsen udsættes i op til tolv måneder. Dette gælder ikke, hvis udsættelsen ville indebære særlig urimelighed. Det afgøres ved lodtrækning, hvilke personers ansættelse der skal udsættes.«

9. »Særlig urimelighed« defineres i JAG's § 14 a:

»1) Der er tale om særlig urimelighed som omhandlet i JAG's § 24, stk. 2, såfremt udsættelsen for ansøgeren ville være forbundet med ulemper, der efter en streng målestok går væsentligt ud over de ulemper, der normalt er forbundet med et sådant afslag.

2) Der kan navnlig antages at foreligge særlig urimelighed, såfremt:

1. ansøgeren har et dokumenteret alvorligt handicap

2. der foreligger særlige sociale og familiemæssige omstændigheder, som skal dokumenteres ved erklæringer fra myndighederne

3. der er indtrådt forsinkelser i forbindelse med optagelsen på og gennemførelsen af studiet, som ikke kan tilregnes ansøgeren, navnlig på grund af en senere genoptagelse af et tidligere uddannelsesforløb eller som følge af deltagelse i universitets- eller studenterorganer

4. ansøgeren har aftjent værnepligt efter artikel 12 a, stk. 1 eller 2, i Grundgesetz, eller i mindst to år har virket som ulandsfrivillig som omhandlet i Entwicklungshelfergesetz ... eller har udført frivilligt socialt arbejde i et år som omhandlet i Gesetz zur Förderung eines

freiwilligen sozialen Jahres [den tyske lov om frivilligt socialt arbejde i et år] ...«

10. Den i artikel 12 a, stk. 1, i Grundgesetz omhandlede værnepligt varer i ti måneder, og den i artikel 12 a, stk. 2, omhandlede civilarbejdstjeneste varer i tretten måneder. Begge former for tjeneste omfatter alene mænd. Jeg omtaler dem samlet som »værnepligt«.

11. Lovbestemmelserne i Land Hessen er efterfølgende, i maj 1998, blevet ændret. Herefter skal 50% af ansættelserne ved hver ansættelsestermin ske på grundlag af ansøgernes kvalifikationer og resultater, 15% på grundlag af »urimelighed« og 35% på grundlag af, hvor lang tid den pågældende har ventet siden den første ansøgning. Definitionen af »urimelighed« er stort set uændret, dog er rækkefølgen af punkt 3 og 4 byttet om, og det er blevet præciseret, at såfremt antallet af personer, der påberåber sig »urimelighed«, overstiger 15% af de ledige pladser, skal de i punkt 1 nævnte personer gives en fortrinsstilling, fulgt af personerne i punkt 2, hvorefter der skal trækkes lod mellem de øvrige med hensyn til eventuelt resterende pladser.

Hovedsagen og forelæggelseskendelsen

12. Julia Schnorbus bestod i oktober 1997 den første juridiske statsprøve og ansøgte om ansættelse som praktikant med virkning fra januar 1998. Hun var en af 360 ansøgere til denne ansættelsestermin, hvorfor fordelingen af de 140 ledige pladser blev foretaget i henhold til JAG's § 24, stk. 2. Efter anvendelse af bestemmelsen om »urimelighed« blev der trukket lod om de resterende pladser, og Julia Schnorbus havde ikke heldet med sig. Hun ansøgte atter om ansættelse i forbindelse med ansættelsesterminen med virkning fra marts 1998, men fik igen afslag, idet hun ved lodtrækningen blev nr. 250. Hun fik endelig ansættelse med virkning fra maj 1998, atter efter lodtrækning.

13. I mellemtiden havde Julia Schnorbus indledt retslige og administrative procedurer med henblik på at anfægte afslaget af 11. februar 1998 på hendes ansøgning om ansættelse med virkning fra martsterminen.

14. Hun indgav for det første begæring om foreløbige forholdsregler til Verwaltungsgericht Frankfurt am Main med påstand om, at hun skulle ansættes med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed fra marts 1998. Retten tog ved kendelse af 23. februar 1998 hendes begæring til følge,

men afgørelsen blev fire dage senere ophævet efter appel til Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

15. For det andet indgav Julia Schnorbus en administrativ klage over afslaget. Klagen blev afvist den 2. april 1998 med den begrundelse, at proceduren ikke var diskriminerende over for kvinder, og at bestemmelsen om personer, der har aftjent værnepligt, var baseret på et sagligt kriterium.

16. Julia Schnorbus anlagde derefter sag ved Verwaltungsgericht for at få fastslået, at afslaget på hendes klage var retsstridigt og udgjorde en tilsidesættelse af hendes rettigheder. (Hun frafaldt sin påstand om ansættelse med virkning fra maj 1998, da hun ved denne ansættelsestermin fik tildelt en plads). Det er i forbindelse med denne retssag, at Verwaltungsgericht har anmodet Domstolen om præjudiciel afgørelse af otte spørgsmål, som kan sammenfattes på følgende måde:

»Falder den fortrinsstilling, som tillægges mænd, der har aftjent værnepligt (en betingelse, som kvinder ikke kan opfylde), inden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207/EØF? (spørgsmål 1). Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, indebærer fortrinsstillingen en direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 2, stk. 1? (spørgsmål 2 og 3).

Er det i sig selv udelukket, at bestemmelserne kan være berettigede i medfør af direktivets artikel 2, stk. 4, fordi mænd automatisk opnår en fortrinsstilling, uden at der tages hensyn til konkrete omstændigheder eller andre relevante faktorer, hvilket indebærer, at bestemmelserne går ud over foranstaltninger til fremme af lige muligheder (spørgsmål 4), eller fordi artikel 2, stk. 4, kun tillader foranstaltninger til fremme af lige muligheder til fordel for kvinder? (spørgsmål 5).

Såfremt det foregående spørgsmål besvares benægtende, er den blotte omstændighed, at værnepligt kun påhviler mænd, en sådan 'faktisk ulighed' — til ulempe for mænd — som omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 4, eller skal der også tages hensyn til de ulemper, der gør sig gældende for kvinder på arbejdsmarkedet på grund af deres køn? (spørgsmål 6). Eller kan fortrinsbehandlingen anses for berettiget i medfør af direktivets artikel 2, stk. 4, allerede fordi den kompenserer for ulemper, som kvinder ikke er udsat for, da der ikke påhviler dem nogen værnepligt? (spørgsmål 7).

Kan endelig direktivets artikel 6 danne grundlag for et krav på adgang til uddannelse, såfremt et afslag på en sådan adgang

beror på en ulovlig forskelshandling, og der ikke er ret til erstatning? (spørgsmål 8).«

17. Land Hessen (sagsøgte i hovedsagen) og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Julia Schnorbus har ikke indgivet noget indlæg, men hendes synspunkter er udførligt beskrevet i Verwaltungsgericht's forelæggelseskendelse, hvoraf også fremgår, at Verwaltungsgericht er tilbøjelig til at give hende medhold. Der er ikke blevet afholdt noget retsmøde.

Analyse

Formaliteten

18. Land Hessen har rejst det problem, om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Land Hessen har anført, at de anfægtede bestemmelser er blevet ændret, og at det derfor ikke er relevant for fremtidige sager, om de er forenelige med fællesskabsretten. En sådan afgørelse er også uden betydning for udfaldet af hovedsagen: Eftersom Julia Schnorbus ved lodtrækningen blev nr. 250, kunne hun ikke have fået tildelt en plads, selv om der ikke havde været nogen, der havde fået fortrinsstilling. Hertil kommer, at anerkendelsessøgsmålet ikke kan realitetsbehandles, da hun ikke har nogen interesse i at få fastslået en eventuel retsstridighed.

19. Det er rigtigt, at det virker som om, at fortolkningen af fællesskabsretten ikke spiller en væsentlig rolle i den foreliggende sag. Det er også rigtigt, at Verwaltungsgericht udtrykkeligt fastslår i forelæggelseskendelsen, at en af grundene til at forelægge de præjudicielle spørgsmål var, at besvarelsen af spørgsmålene, uanset udfaldet af den foreliggende sag, vil være af betydning for fremtidige sager vedrørende andre lovbestemmelser, hvilket indebærer, at problemet til en vis grad er af hypotetisk karakter.

20. Alligevel mener jeg ikke, at der er tilstrækkelig grund til at afvise de præjudicielle spørgsmål.

21. Det er uden betydning, at lovgivningen er blevet ændret. Domstolen fastslog i Pierrel m.fl.-dommen [2], at der ved EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) »er tillagt Domstolen kompetence til at fortolke fællesskabsretten, og at ændringer af den nationale lovgivning, der er sket efter forelæggelsen, derfor ikke kan påvirke denne fortolkning«. Den foreliggende sag adskiller sig ikke væsentligt herfra (selv om lovændringen fandt sted *inden* forelæggelsen), eftersom den nationale ret skal anvende lovgivningen, som den var inden ændringen, og har anmodet om en fortolkning af fællesskabsretten i denne sammenhæng. Da spørgsmålene særligt vedrører

2 — Dom af 7.12.1993, sag C-83/92, Sml. I, s. 6419, præmis 32.

kriteriet om aftjening af værnepligt, og da dette kriterium er opretholdt i den ændrede lovgivning, omend i mere begrænset omfang, indebærer ændringen heller ikke, at det oprindelige problem forsvinder.

22. I øvrigt har Verwaltungsgericht gjort klart, at Julia Schnorbus' eneste resterende krav er at få fastslået, at afslaget på hendes klage var retsstridigt og tilsidesatte hendes rettigheder. Det tilkommer ikke denne Domstol at bedømme, om dette krav — som hun i henhold til direktivets artikel 6 har ret til at fremsætte [3] — kan realitetsbehandles, og de fleste af de stillede spørgsmål forekommer ikke irrelevante for den afgørelse, der skal træffes i denne henseende. Selv om den nationale rets ottende spørgsmål ikke umiddelbart virker relevant for det foreliggende problem, kan en besvarelse være nødvendigt af processuelle grunde samt af hensyn til behandlingen af et eventuelt efterfølgende erstatningssøgsmål.

Kreil-dommen

23. Den 11. januar 2000, efter at den skriftlige procedure i den foreliggende sag var afsluttet, afsagde Domstolen dom i Kreil-sagen [4], som kan forekomme at være af betydning her. Nærmere undersøgelser viser dog hurtigt, at dette ikke er tilfældet.

24. Spørgsmålet i Kreil-sagen var, om direktiv 76/207 er til hinder for nationale bestemmelser som de tyske regler, hvorefter kvinder inden for militæret kun må beskæftiges i lægekorpset og korpset for militærmusik, men ikke må gøre tjeneste i stillinger, der medfører brug af våben, og Domstolen besvarede dette spørgsmål bekræftende.

25. Denne dom har imidlertid ikke betydning for den i denne sag omhandlede pligt, der alene påhviler mænd, til at aftjene militær eller civil værnepligt, men angik en generel udelukkelse af kvinder fra frivillig ansættelse i militære stillinger, som medfører brug af våben. Den konstaterede forskelsbehandling var således helt forskellig fra den forskelsbehandling, som muligvis foreligger i denne sag.

3 — Domstolen har fremhævet betydningen heraf i en række sager fra dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, til dom af 22.9.1998, sag C-185/97, Coote, Sml. I, s. 5199.

4 — Sag C-285/98.

De i denne sag relevante spørgsmål

— Falder de anfægtede bestemmelser inden for direktiv 76/207's anvendelsesområde?

26. Den nationale ret giver udtryk for den opfattelse, at de anfægtede bestemmelser om fortrinsstilling falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207, selv om de ikke berører selve kravet på ansættelse med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed, eftersom de angår ventetiden inden en sådan ansættelse. Land Hessen har den modsatte opfattelse: Bestemmelserne vedrører ikke retten til ansættelse, men alene ventetiden forud ansættelsen. Kommissionen derimod mener, at »ligebehandling for så vidt angår adgang til beskæftigelse« ikke blot omfatter spørgsmålet »om«, men også spørgsmålet »hvornår«; den tid, en person må vente, for at få adgang til en erhvervsuddannelse og dermed til en efterfølgende erhvervsudøvelse, kan udgøre en diskriminerende ulempe i forhold til personer, som ikke har måttet vente, og kan i særlige tilfælde endda føre til manglende adgang. Det er vigtigt at sikre, at direktivets bestemmelser ikke omgås.

27. Jeg tilslutter mig den nationale rets og Kommissionens opfattelse. Det er klart, at en ansøger til en lønnet erhvervsuddannelse, som får plads med det samme, behandles mere fordelagtigt end den ansøger, som må vente, selv om ventetiden ikke overstiger tolv måneder. Forskelsbehandlingen på dette stadium indebærer ikke blot midlertidige økonomiske vanskeligheder, men har også indflydelse på karriereforløbet i en vis periode. Hertil kommer, at ventetid på dette stadium af den juridiske uddannelse giver et betydeligt afbræk, der kan forstyrre den fortsatte teoretiske og praktiske indlæring, særlig hvis ventetiden bliver på hele tolv måneder. Når manglende ressourcer fører til, at der må vedtages bestemmelser med henblik på at bestemme, hvilke ansøgere som kan ansættes straks, og hvilke ansøgere som må vente, finder direktiv 76/207 — særlig artikel 4 — anvendelse uden forbehold, og bestemmelserne må derfor ikke medføre nogen form for forskelsbehandling, hverken direkte eller indirekte, på grundlag af køn.

— Den anfægtede bestemmelse

28. Såvel Land Hessen som Kommissionen har fremhævet i deres indlæg for Domstolen, at de anfægtede bestemmelser i JAG og JAO generelt giver fortrinsstilling, når der foreligger »urimelighed«, og at aftjening af værnepligt blot er et af flere andre eksempler i en ikke udtømmende opregning. De har anført, at andre eksempler, uanset om disse nævnes udtrykkeligt i lovgivningen eller ikke, i lige høj grad omfatter kvinder, og på denne baggrund udledes, om bestemmelserne indebærer forskelsbehandling eller ikke.

29. Efter min opfattelse er denne argumentation fejlagtig. Den nationale ret spørger specifikt og udtrykkeligt, om det er lovligt i henhold til direktivet, at der gives fortrinsstilling til personer, der har aftjent værnepligt. Der skal således tages stilling til, om den forskelsbehandling, som fortrinsstilling under disse omstændigheder medfører, er udtryk for ulovlig forskelsbehandling, eller om den kan begrundes [5]. Det er ikke relevant for besvarelsen af disse spørgsmål, at der under andre omstændigheder kan gives fortrinsstilling, uden at det giver anledning til ulovlig forskelsbehandling. Derimod ville det være relevant, hvis kvinder f.eks. skulle være underkastet en tilsvarende pligt uden at få samme fortrinsstilling. Julia Schnorbus' påstand bygger imidlertid ikke på et sådant grundlag, og noget sådant fremgår heller ikke af den nationale rets forelæggelseskendelse. Jeg begrænser derfor min analyse til at omfatte den anfægtede bestemmelse, som giver fortrinsstilling til personer, som har aftjent værnepligt.

— Direkte og indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn: generelle betragtninger og mulig begrundelse

30. Det er ikke altid nødvendigt at sondre mellem direkte og indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Sondringen fremgår f.eks. hverken af EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF) eller af ligelønsdirektivet [6]. Formuleringen i direktiv 76/207 (»at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte«) synes snarere at omfatte alle situationer end at skabe to forskellige kategorier af forskelsbehandling.

31. Sondringen synes dog at være relevant for så vidt angår spørgsmålet om begrundelse.

32. Fællesskabslovgivningen indeholder i artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80/EF [7] en definition af indirekte forskelsbehandling, som dækker meget af udviklingen i retspraksis, fra sondringen første gang blev fastslået af Domstolen: »Der [er] tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral(t), stiller et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere, medmindre denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis er hensigtsmæssig(t) og nødvendig(t) og

5 — Vi står over for et terminologisk problem. »Forskelsbehandling« indebærer i en betydning ikke andet end, at der foretages en sondring. Begrebet er imidlertid inden for fællesskabsretten defineret som, »at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer« (jf. f.eks. dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 39). Det giver anledning til yderligere forvirring, når det desuden diskuteres om »forskelsbehandling« i denne sidste betydning kan »begrundes«, hvilket jeg skal tage stilling til nedenfor.

6 — Rådets direktiv 75/117/EØF af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

7 — Rådets direktiv af 15.12.1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (EFT 1998 L 14, s. 6). Jf. også 19. betragtning. Direktivet omfatter bl.a. situationer, som også omfattes af direktiv 76/207, men fristen for gennemførelsen udløber først den 1.1.2001.

kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer.«

33. Noget forenklet kan man sige, at forskelsbehandling på grundlag af køn foreligger, når personer af det ene køn stilles mere fordelagtigt end de andre. Der er tale om direkte forskelsbehandling, når forskelsbehandlingen er baseret på et kriterium, der enten udtrykkeligt er kønsrelateret eller nødvendigvis er forbundet med en kønsrelateret faktor. Indirekte forskelsbehandling foreligger, når der anvendes et andet kriterium, men dette rent faktisk berører et væsentligt større antal personer af det ene køn end af det andet.

34. Forskelsbehandling kan »begrundes« på to måder. På den ene side er der ifølge Domstolens praksis ikke tale om ulovlig forskelsbehandling, hvis »den anfægtede regel er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn« [8]. På den anden side fremgår det af en række bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling, at bestemmelserne ikke er til hinder for visse undtagelser, som anses for at være nødvendige eller i almenhedens interesse [9]. Jeg henviser navnlig til undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, som den nationale ret omtaler i spørgsmål 4 til 7, om »foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder« — med andre ord »fortrinsbehandling« eller »positiv særbehandling«.

35. De to former for begrundelse er af forskellig karakter. Den første henviser til selve definitionen af ulovlig forskelsbehandling; hvis begrundelse foreligger, er der ikke tale om ulovlig forskelsbehandling, og undersøgelsen kan afsluttes. Den anden form for begrundelse er et muligt »forsvar«, som skal undersøges, når det er blevet fastslået, at der foreligger ulovlig forskelsbehandling. Desuden ser det ud til, at den første begrundelse alene er relevant med hensyn til indirekte forskelsbehandling, eftersom kriteriet ved direkte forskelsbehandling per definition er kønsrelateret, hvorimod den anden form for begrundelse synes at kunne anvendes ved såvel direkte som indirekte forskelsbehandling.

— Er den anfægtede bestemmelse udtryk for direkte forskelsbehandling på grundlag af køn?

36. Verwaltungsgericht er af den opfattelse, at der foreligger direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, eftersom bestemmelsen begunstiger en gruppe personer, som alene kan være mænd. Både Land Hessen og Kommissionen har anført, at dette ikke er tilfældet, eftersom der er flere andre

8 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 60 og 65.

9 — Jf. f.eks. artikel 4, stk. 2, og artikel 7 i Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT L 6, s. 24) eller (nu) artikel 141, stk. 4, EF; jf. også Rådets direktiv 92/85/EØF af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (EFT L 348, s. 1).

eksempler i JAO's § 14 a, stk. 2, der omfatter kvinder.

37. Efter min opfattelse foreligger der ikke direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, men som tidligere anført ikke af den grund, som Land Hessen og Kommissionen anfører, eftersom den anfægtede bestemmelse alene og specielt omhandler personer, der har aftjent værnepligt.

38. Det er rigtigt, at kvinder ifølge tysk lov ikke kan få fortrinsstilling i henhold til denne bestemmelse, hvilket en betydelig del af mændene kan, men dette er et direkte resultat af den omstændighed, at det anvendte kriterium — aftjening af værnepligt — henviser til en pligt, som i henhold til lov pålægges alle mænd og kun mænd.

39. Dette kan eventuelt sammenlignes med situationen for gravide. Domstolen har i en række sager, første gang i Dekker-sagen [10], udtalt, at eftersom alene kvinder kan blive nægtet ansættelse på grund af, at de er gravide, udgør et sådant afslag direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

40. Der må dog sondres mellem et kriterium, der er baseret på en forpligtelse, der i henhold til lov alene påhviler det ene køn, og et kriterium, der er baseret på et fysisk karakteristika, der alene gælder et køn. Ingen lovbestemmelse kan sætte mænd i stand til at føde børn, hvorimod lovgiver let kan ophæve forskelsbehandlingen mellem mænd og kvinder med hensyn til værnepligt.

41. Der er derfor ikke i den foreliggende sag tale om direkte forskelsbehandling, eftersom den anfægtede bestemmelse sondrer mellem personer, som i henhold til lov har aftjent værnepligt, og personer, som ikke har gjort dette, og således ikke sondrer mellem mænd og kvinder som sådan.

— Er den anfægtede bestemmelse udtryk for indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn?

42. Ifølge den nationale ret foreligger der under alle omstændigheder indirekte forskelsbehandling, hvilket støttes på de oplysninger, der er fremlagt af Land Hessen: Der var i alt 394 personer, der ansøgte om

10 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Sml. I, s. 3941, præmis 12. Jf. også Domstolens dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Sml. I, s. 3979, præmis 13, af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, præmis 15, af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, præmis 19, og af 3.2.2000, sag C-207/98, Mahlburg, Sml. I, s. 549, præmis 20.

ansættelse med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed til terminen marts 1998, herunder 157 mandlige og 237 kvindelige ansøgere. Af de 140 ansatte var 94 mænd og 46 kvinder. Blandt disse blev i alt 107 ansøgere ansat på grundlag af bestemmelserne om særlig urimelighed, 84 mandlige (hvoraf 67 havde aftjent værnepligt) og 23 kvindelige ansøgere. Der var således en betydeligt større andel af kvinderne end af mændene, som blev stillet ringere, uden at dette havde noget at gøre med et ikke-kønsrelateret kriterium. Land Hessen berører ikke selv udtrykkeligt spørgsmålet i sit indlæg til Domstolen, men bestrider, at man kan drage nogen generelle konklusioner på grundlag af et enkelt antal ansøgere. I modsætning til situationen i marts 1998 var procentdelen af kvinder, som fik ansættelse f.eks. ved juli 1997 termin, 51,2%, og ved september 1997 termin, 50,9%. Kommissionen deler her Verwaltungsgericht's opfattelse med hensyn til de i forelæggelseskendelsen nævnte tal, men fremhæver, at det tilkommer den nationale ret at bedømme de relevante faktiske omstændigheder. Den henviser til Domstolens praksis, hvorefter der er tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse berører »en betydeligt mindre procentdel«, »et betydeligt lavere antal« eller »procentvis betydeligt flere« af det ene køn end af det andet [11].

43. Igen er det min opfattelse, at den rigtige fremgangsmåde ikke består i at bedømme de samlede tal. Det tal, som skal bedømmes, er det antal ansøgere, som i henhold til den anfægtede bestemmelse fik tildelt en plads, det vil sige fik plads, fordi de havde aftjent værnepligt.

44. Det fremhæves i Domstolens retspraksis i denne forbindelse, at der skal være »betydelig« forskel på procentdelen, for at indirekte forskelsbehandling kan antages at foreligge [12]. Forskellen er imidlertid klart »betydelig« med hensyn til kriteriet om aftjening af værnepligt: 100% af dem, der kan opfylde kriteriet, er nødvendigvis mænd, 0% er kvinder.

45. Under denne synsvinkel har jeg ingen vanskeligheder med at konkludere, at den anfægtede bestemmelse umiddelbart medfører indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

46. Hvis man derimod skulle vælge at undersøge den samlede statistik — og dermed foretage en samlet bedømmelse af bestemmelserne om urimelighed i stedet for af den enkelte anfægtede bestemmelse — ville det være uklogt at drage nogle konklusioner alene på grundlag af

11 — Jf. Domstolens dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 13, af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 29, af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, præmis 28, og af 7.3.1996, sag C-278/93, Freers og Speckman, Sml. I, s. 1165, præmis 22.

12 — Jf. f.eks. Seymour-Smith og Perez-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 63 og 64, hvor en forskel på 77,4% mænd og 68,9% kvinder ikke ansås som »betydelig«.

tallene for marts 1998. Som Kommissionen har anført, må den nationale ret i så fald undersøge de faktiske omstændigheder nærmere, før den kan drage nogen fornuftig konklusion; andre ansættelsesterminer må også tages i betragtning. Jeg mener dog heller ikke, at de øvrige tal, som Land Hessen har anført, kan tages som bevis for noget som helst. Hvis den første statsprøve afholdes en eller to gange om året — hvilket jeg har fået indtryk af — men der foretages ansættelser med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed hver anden måned, og hvis forskelsbehandling foreligger som påstået, må man forvente at finde en større procentdel mænd ved ansættelserne umiddelbart efter prøven og en større procentdel kvinder ved de næste ansættelser. Men hvis vi ser bort fra det antal mænd, som fik fortrinsstilling i henhold til kriteriet om aftjening af værnepligt, blev der i marts 1998 ansat 27 mænd (17 i henhold til bestemmelserne om »urimelighed«) og 46 kvinder (23 i henhold til bestemmelserne om »urimelighed«). Der synes ikke at foreligge nogen forskelsbehandling på grundlag af disse tal, ud over den forskelsbehandling som uundgåeligt fremgår af den anfægtede bestemmelse.

— Kan den anfægtede bestemmelse begrundes i »objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn«?

47. Domstolens sædvanlige formulering kan forekomme cirkulær. At der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af køn, når forskelsbehandlingen kan begrundes i faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, er åbenbart. I overensstemmelse med definitionen i direktiv 97/80 [13] mener jeg, at meningen er, at (indirekte) forskelsbehandling ikke er ulovlig, når forskelsbehandlingen kan begrundes i objektive faktorer, som ikke i sig selv (dvs. ikke direkte) er kønsrelaterede.

48. Det kan her være nyttigt at påpege, at bestemmelserne om »urimelighed« generelt set ikke har til virkning at skabe forskelsbehandling i en situation, hvor alle berørte personer ellers ville blive behandlet på samme måde. Forskelsbehandlingen sker, fordi det er nødvendigt at begrænse antallet af ansøgere, som kan ansættes ved hver ansættelsestermin. Når antallet af kvalificerede ansøgere ikke overstiger antallet af ledige pladser, behandles alle ansøgere lige. Når der ikke er tilstrækkelig mange pladser til de kvalificerede ansøgere, må visse behandles mindre fordelagtigt end andre. Bestemmelserne om »urimelighed« indeholder en række regler, hvis formål klart er ønsket om at fordele de uundgåelige ulemper så retfærdigt som muligt ved — på dette bestemte stadium — at begunstige visse personer, som allerede på en eller anden måde er blevet stillet ringere, og dermed behandle alle andre mindre fordelagtigt. Man må her påminde om, at fortrinsstillingen alene vedrører ventetiden forud for ansættelsen, og at ventetiden er tidsmæssigt begrænset.

13 — Jf. ovenfor i punkt 32.

49. Kriteriet om aftjening af værnepligt kan begrundes i objektive faktorer, som — ligesom kriteriet selv — ikke er direkte kønsrelaterede. Den anfægtede bestemmelse har til formål at godtgøre (eller måske snarere at undgå at forværre), at den berørte person ikke kunne begynde sine jura-studier før efter en forsinkelse på omkring et år. Ulempen er objektivt afgrænset og gælder kun personer af det ene køn, fordi det (for tiden) i henhold til lov alene er dette køn, som skal aftjene værnepligt. Foranstaltninger med henblik på at formilde virkningerne heraf falder ikke inden for definitionen af ulovlig forskelsbehandling, medmindre der foreligger andre sammenlignelige ulemper, som alene personer af det andet køn udsættes for, og som der ikke gælder tilsvarende foranstaltninger for (og som anført ovenfor er der ikke tale herom i denne sag), eller medmindre foranstaltningerne går ud over, hvad der er nødvendigt for at kompensere ulempen (og der kan ikke i henhold til den anfægtede bestemmelse gives fortrin i mere end 12 måneder, hvilket overensstemmer med den forsinkelse, som aftjening af værnepligt giver anledning til).

50. Jeg er klar over, at der bag den nationale rets sjette og syvende spørgsmål ligger den tanke, at forsinkelsen af mænds karrieremuligheder på grund af værnepligt ikke skal kompenseres på kvinders bekostning, eftersom kvinder senere oplever endnu større forsinkelser i forbindelse med moderskab. Men den anfægtede bestemmelse tager sigte på ulemper, som kan konstateres objektivt og allerede er gennemlevet, hvilket ikke kan sammenlignes med statistisk sandsynlige, men alligevel usikre fremtidige ulemper.

51. Hermed være ikke sagt, at passende foranstaltninger med henblik på at kompensere for forsinkelser i forbindelse med moderskab skulle være ulovlig forskelsbehandling. Dette er klart ikke tilfældet — sådanne foranstaltninger ville kunne tillades i medfør af artikel 2, stk. 4 i direktiv 76/207 og nu artikel 141, stk. 4, EF. Den omstændighed, at sådanne foranstaltninger, hvis de træffes, ville være lovlige — og kan anbefales — betyder dog ikke, at andre foranstaltninger med henblik på at afhjælpe virkningerne af andre, objektivt afgrænsede forsinkelser bliver ulovlige, hvis de førstnævnte foranstaltninger ikke træffes.

— Kan den anfægtede bestemmelse begrundes i henhold til direktivets artikel 2, stk. 4 (positiv særbehandling)?

52. Det er min opfattelse, at den anfægtede bestemmelse ikke medfører ulovlig forskelsbehandling, eftersom forskelsbehandlingen er begrundet i objektive faktorer, der ikke direkte er kønsrelaterede. Jeg mener således, at der ikke er anledning til at undersøge artikel 2, stk. 4. Såfremt der alligevel skal foretages en bedømmelse af,

om bestemmelsen kan begrundes i henhold til denne bestemmelse [14], skal bedømmelsen i vidt omfang bygge på de samme betragtninger, som jeg har anført ovenfor med hensyn til den objektive begrundelse.

53. Under alle omstændigheder forekommer det klart, at den nationale ret tager fejl, når den foreslår, at artikel 2, stk. 4, alene omfatter foranstaltninger til fordel for kvinder. Det er med rette, at Kommissionen anfører, at direktivet gælder ligebehandling af både mænd og kvinder, og at henvisningen til »de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder«, blot er et eksempel. Den omstændighed, at alene kvinder nævnes i eksemplet, skyldes uden tvivl, at det er alment anerkendt, at de fleste former for forskelsbehandling på grundlag af køn, hvad enten forskelsbehandlingen er direkte eller indirekte, er til ulempe for kvinder.

— Kan der på grundlag af direktivets artikel 6 udledes et krav på ansættelse, hvis der ikke er ret til erstatning?

54. I lyset af min konklusion på spørgsmålet om forskelsbehandling anser jeg det for ufornødent at besvare den nationale rets sidste spørgsmål.

55. Men hvis Domstolen alligevel skulle besvare spørgsmålet, bør Domstolens klart formulerede praksis fremhæves, ifølge hvilken enhver person har ret til et effektivt retsmiddel ved tilsidesættelser af ligebehandlingsprincippet [15]. I overensstemmelse med Domstolens udtalelser vedrørende formålet med og rækkevidden af direktivets artikel 6 i Marshall-II dommen [16], skal der være adgang til foranstaltninger, som kan tilvejebringe ligebehandling, når princippet er blevet tilsidesat; i den foreliggende sag skulle sådanne foranstaltninger indebære enten adgang til uddannelsen uden forskelsbehandling, eller, hvis dette ikke er muligt, udbetaling i henhold til de gældende nationale bestemmelser af en passende økonomisk erstatning, der omfatter samtlige faktiske tab lidt som følge af den ulovlige forskelsbehandling.

14 — Eller artikel 141, stk. 4, EF, hvis denne bestemmelse havde været anvendelig ratione temporis.

15 — Jf. f.eks. Coote-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 22.

16 — Dom af 2.8.1993, sag C-271/91, Sml. I, s. 4367, præmis 17-26, særlig præmis 24, 25 og 26.

Forslag til afgørelse

56. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Frankfurt am Main stillede spørgsmål på følgende måde:

»Nationale bestemmelser, der indeholder bestemmelser om fortrinsstilling til en erhvervsuddannelse, falder inden for anvendelsesområdet for Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, og skal være i overensstemmelse med det i dette direktiv fastslåede princip om ligebehandling.

En bestemmelse, som giver enhver person, der har opfyldt en i henhold til lov obligatorisk forpligtelse, der alene påhviler et køn, fortrinsstilling til erhvervsuddannelse, indebærer ikke direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, men kan indebære indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

En sådan bestemmelse kan ikke desto mindre begrundes i objektive faktorer, som ikke er kønsrelaterede, såfremt bestemmelsen ikke går videre end til at kompensere for en forsinkelse, som allerede er indtrådt på grund af opfyldelse af en obligatorisk i henhold til lov pålagt forpligtelse, og såfremt personer af det andet køn ikke udsættes for tilsvarende forsinkelser, som der ikke ydes nogen tilsvarende kompensation for. Under disse omstændigheder er forskelsbehandlingen ikke udtryk for ulovlig forskelsbehandling.«