CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 6 juli 2000 *

1. Verzetten de communautaire bepalingen inzake gelijke behandeling zich tegen een nationaal voorschrift, dat bepaalt dat wanneer het aantal gekwalificeerde kandidaten voor de op een bepaalde datum beginnende juridische stage groter is dan het aantal beschikbare plaatsen, binnen bepaalde tijdelijke grenzen voorrang wordt verleend aan diegenen die voldoen aan in algemene termen gedefinieerde „hardheids"-criteria, terwijl aan een specifiek voorbeeld daarvan — het vervuld hebben van militaire dienst — alleen door mannen kan worden voldaan? Dit is in wezen de vraag die in het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main wordt gesteld.

De richtlijn gelijke behandeling

2. Richtlijn 76/207/EEG van de Raad [1] is vastgesteld om in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten uitvoer te leggen, onder meer ten aanzien van de toegang tot de beroepsopleiding (artikel 1). Volgens artikel 2, lid 1, houdt het beginsel van gelijke behandeling in dat „iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect". Naast andere uitzonderingen bepaalt artikel 2, lid 4, echter 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 (...) nadelig beïnvloeden" op de gebieden waarop de richtlijn betrekking heeft.

3. Artikel 4 luidt:

„De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de toegang tot alle types en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en bij- en omscholing, houdt in dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om te bereiken dat:

a) de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken;

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Richtlijn 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 (PB L 39, blz. 40).

(...)

c) de beroepskeuzevoorlichting, de beroepsopleiding, de voortgezette beroepsopleiding en de bij- en omscholing (...) toegankelijk zijn overeenkomstig dezelfde criteria en op dezelfde niveaus, zonder discriminatie op grond van het geslacht."

4. Artikel 6 bepaalt:

„De lidstaten 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."

Nationale bepalingen en hun context

5. De opleiding voor juridische beroepen is in Duitsland grondig en langdurig. Zij verloopt — ook al lopen de details van deelstaat tot deelstaat uiteen — in het algemeen volgens het volgende schema.

6. Na een voltooide middelbareschoolopleiding is een universitaire rechtenstudie van vier jaar vereist, gevolgd door het eerste juridische staatsexamen dat normaliter nog een semester vergt. Ofschoon er in deze fase wel een beperkt aantal carrièremogelijkheden voor lagere functies bestaat, moeten de meeste aankomende juristen daarna een onder supervisie van de rechterlijke macht staande praktische opleiding en stage op verschillende gebieden volgen, die in het algemeen twee jaar duurt. Gedurende die periode worden zij betaald en verkrijgen zij pensioenaanspraken in de hoedanigheid van ambtenaar in tijdelijke dienst. Aansluitend dienen zij het tweede juridische staatsexamen af te leggen en als zij daarvoor slagen zijn zij volledig gekwalificeerd voor elk juridisch beroep.

7. Het onderhavige geval betreft de toegang tot de juridische stage van de deelstaat Hessen. In de relevante periode (maart 1998) was deze geregeld bij §§ 23 en 24 van het Hessische Juristenausbildungsgesetz (wet betreffende de juristenopleiding; hierna: „JAG") en § 14a van de Juristische Ausbildungsordnung (reglement betreffende de juristenopleiding; hierna: „JAO"), een uitvoeringsverordening.

8. Volgens § 23, lid 1, JAG wordt eenieder die voor het eerste juridische staatsexamen is geslaagd, toegelaten tot de juridische stage. § 24, lid 1, bepaalt dat aanstelling om de twee maanden geschiedt op de eerste werkdag van de maanden januari, maart, mei, juli, september en november van elk jaar. Krachtens afzonderlijke budgettaire voorschriften is het aantal beschikbare

plaatsen voor iedere aanstellingsdatum beperkt tot 140. Situaties waarin het aantal kandidaten groter is dan de beschikbare opleidingsplaatsen, worden geregeld door § 24, lid 2, JAG, destijds luidende:

„Indien voor een bepaalde aanstellingsdatum het aantal tijdig ingediende verzoeken om toelating tot de juridische stage groter is dan de beschikbare stageplaatsen, kan de aanstelling maximaal twaalf maanden worden uitgesteld. Dit geldt niet, indien het uitstel een bijzondere onbillijkheid zou betekenen. De selectie van de personen wier aanstelling zal worden uitgesteld, geschiedt door loting."

9. § 14a JAO definieerde de gevallen van „bijzondere onbillijkheid" als volgt:

„1) Er is sprake van een bijzondere onbillijkheid in de zin van § 24, lid 2, van het Juristenausbildungsgesetz, indien het uitstel voor de aanvraagster of aanvrager nadelen meebrengt, die bij toepassing van een strenge maatstaf aanzienlijk verder gaan dan de mate van de gewoonlijk aan de afwijzing verbonden nadelen.

2) Van een bijzondere onbillijkheid is met name sprake bij:

1. aangetoonde ernstige invaliditeit,

2. door officiële verklaringen aangetoonde bijzondere sociale- of gezinsomstandigheden,

3. verloren tijd bij de aanvang of de vervulling van de studie, die niet aan de aanvraagster of aanvrager te wijten zijn, in het bijzonder verloren tijd als gevolg van het volgen van een tweede opleiding of het lidmaatschap van een universitair bestuursorgaan of van een bestuursorgaan van studenten,

4. de vervulling van een dienstplicht krachtens artikel 12a leden 1 en 2, Grundgesetz of een werkzaamheid van ten minste twee jaar als ontwikkelingshelper in de zin van het Entwicklungshelfer-Gesetz (...) of het volbrengen van een vrijwillig

sociaal jaar in de zin van het Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres (...)"

10. De verwijzing naar de dienstplicht betreft de verplichte militaire dienst (artikel 12a, lid 1, van het Grundgesetz), die tien maanden duurt, en de vervangende burgerdienst (artikel 12a, lid 2), die dertien maanden duurt. Beide gelden alleen voor mannen. Ik zal beide gezamenlijk „nationale dienstplicht" noemen.

11. De wettelijke bepalingen in Hessen werden later gewijzigd in mei 1998. Sindsdien wordt in wezen 50 % van de plaatsen voor iedere aanvangstermijn toegekend op grond van de kwalificaties en prestaties van de kandidaten, 15 % op grond van het „hardheids"-criterium en 35 % op grond van de tijd die na het eerste verzoek om toelating is verstreken. De definitie van „bijzondere onbillijkheid" bleef in wezen ongewijzigd, ofschoon de volgorde van de sub 3 en 4 genoemde voorbeelden werd omgedraaid; voorts werd gespecificeerd dat wanneer het aantal personen dat zich op „bijzondere onbillijkheid" beroept 15 % van de beschikbare plaatsen overtreft, aan de sub 1 genoemde gevallen voorrang moet worden verleend, gevolgd door de gevallen sub 2, terwijl om de overblijvende plaatsen wordt geloot.

Het hoofdgeding en de verwijzingsbeschikking

12. Schnorbus slaagde in oktober 1997 voor het eerste juridische staatsexamen en verzocht te worden toegelaten tot de juridische stage die in januari 1998 zou beginnen. Zij was toen één van de 360 kandidaten zodat voor de beslissing over de toewijzing van de 140 beschikbare plaatsen § 24, lid 2, JAG moest worden toegepast. Nadat de „hardheids"-regel was toegepast, werden de overgebleven plaatsen bij loting toegewezen en daarbij had mevrouw Schnorbus geen succes. Zij diende voor de stage die in maart 1998 begon wederom een verzoek in doch had opnieuw geen succes, omdat zij na de loting de 250e plaats op de lijst innam. Ten slotte werd haar, wederom na loting, een plaats toegekend voor de in mei 1998 beginnende stage.

13. Intussen had Schnorbus echter een gerechtelijke en een administratieve procedure aangespannen, waarin zij opkwam tegen de weigering van 11 februari 1998 om haar een plaats toe te kennen voor de stage die in maart zou beginnen.

14. Enerzijds vorderde zij bij het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main in kort geding, op de eerste werkdag van maart 1998 te worden aangesteld als Rechtsreferendarin. Die vordering werd op 23 febru-

ari 1998 toegewezen, maar vier dagen later in hoger beroep door het Hessische Verwaltungsgerichtshof vernietigd.

15. Anderzijds tekende zij tegen de weigering administratief bezwaar aan, dat op 2 april 1998 werd afgewezen op grond dat de procedure geen onrechtmatige directe discriminatie van vrouwen opleverde en de regeling voor degenen die hun nationale dienstplicht hadden vervuld, verband hield met een objectief onderscheidingscriterium.

16. Vervolgens stelde zij beroep in bij het Verwaltungsgericht, waarbij zij een verklaring voor recht vorderde dat de afwijzing van haar bezwaar onwettig was en haar rechten schond. (Een verzoek tot een bevel dat haar een plaats zou worden toegewezen voor de stage die in mei 1998 begon, werd ingetrokken toen haar een dergelijke plaats werd toegewezen.) In het kader van deze procedures heeft het Verwaltungsgericht het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht met betrekking tot acht vragen die als volgt kunnen worden samengevat:

„Valt de voorrang die wordt toegekend aan mannen die hun nationale dienstplicht hebben vervuld (een voorwaarde waaraan vrouwen niet kunnen voldoen), binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207/EEG? (vraag 1) Zo ja: vormt deze een directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 2, lid 1, daarvan? (vragen 2 en 3)

Is een rechtvaardiging krachtens artikel 2, lid 4, van de richtlijn uitgesloten, hetzij omdat de voorrang automatisch ten gunste van mannen werkt zonder dat rekening wordt gehouden met individuele omstandigheden of andere relevante factoren en derhalve verder gaat dan een maatregel ter bevordering van de gelijkheid van kansen (vraag 4), hetzij omdat krachtens die bepaling alleen maatregelen zijn toegestaan die bestemd zijn om de gelijke kansen van vrouwen te bevorderen? (vraag 5)

Zo neen: vormt de omstandigheid dat de nationale dienstplicht enkel voor mannen geldt, een voldoende ‚feitelijke ongelijkheid' — ten nadele van mannen — in de zin van artikel 2, lid 4, of moet hierbij ook rekening worden gehouden met de nadelen die vrouwen in de regel in het beroepsleven ondervinden op grond van hun geslacht? (vraag 6) Of kan, subsidiair, de voorrang worden gerechtvaardigd op grond van artikel 2, lid 4, alleen al omdat zij nadelen compenseert die vrouwen niet ondervinden omdat zij niet dienstplichtig zijn? (vraag 7)

Ten slotte, kan op grond van artikel 6 van de richtlijn aanspraak worden gemaakt op toelating tot een opleiding, indien de weige-

ring tot toelating op een discriminatie berust en er geen recht op schadevergoeding bestaat? (vraag 8)"

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de deelstaat Hessen (verweerder in het hoofdgeding) en door de Commissie. Mevrouw Schnorbus heeft geen opmerkingen ingediend, ofschoon haar argumenten omstandig zijn uiteengezet in de verwijzingsbeschikking van het Verwaltungsgericht, dat geneigd schijnt te zijn deze positief te beoordelen. Een terechtzitting heeft niet plaatsgehad.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

18. De deelstaat Hessen betwijfelt of de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn. Hij betoogt, dat aangezien de nationale bepalingen zijn gewijzigd, een uitspraak over hun verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht voor toekomstige gevallen zonder belang is. Die uitspraak zou ook geen invloed hebben op de afloop van het hoofdgeding: aangezien Schnorbus in de loting op de 250e plaats kwam, kon haar geen plaats worden toegewezen ook al zouden er geen voorrangskandidaten zijn geweest; bovendien is haar beroep tot vaststelling van de onrechtmatigheid niet-ontvankelijk omdat zij daarbij geen procesbelang heeft.

19. Het is juist dat de uitlegging van het gemeenschapsrecht in het onderhavige geval slechts een ondergeschikte rol lijkt te spelen. Eveneens is het juist dat het Verwaltungsgericht in zijn verwijzingsbeschikking uitdrukkelijk verklaart dat een van zijn overwegingen voor zijn verwijzing was, dat de te beantwoorden vragen ook voor toekomstige gevallen betreffende andere wettelijke voorschriften relevant konden zijn, ongeacht de afloop van de onderhavige procedures, hetgeen impliceert dat zijn interesse tot op zekere hoogte van hypothetische aard is.

20. Ik geloof echter niet dat er overwegende bezwaren tegen de ontvankelijkheid van de verwijzing bestaan.

21. De wijziging van de wetgeving is in dit opzicht irrelevant. Het Hof heeft in het arrest Pierrel e.a.[2] geoordeeld, dat ingevolge artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) „het Hof bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen, en dat bijgevolg wijzigingen in de nationale wetgeving die na de prejudiciële verwijzing zijn ingevoerd, die uitlegging niet kunnen beïnvloeden". De onderhavige situatie is niet wezenlijk anders (ook al vond de wijziging in de wetgeving *vóór* de verwijzingsbeschikking plaats), omdat de nationale rechter het nationale recht moet toepassen in de versie van voor de wijziging en in die context om de uitlegging van het gemeenschapsrecht heeft verzocht. Aangezien de

2 — Arrest van 7 december 1993, (C-83/92, Jurispr. blz. I-6419, punt 32).

vragen specifiek betrekking hebben op het criterium van de vervulling van een nationale dienstplicht en dat criterium in de gewijzigde wetgeving is gehandhaafd, zij het met beperktere gevolgen, verandert de wijziging niets aan de oorspronkelijk bestaande relevantie.

22. Overigens heeft het Verwaltungsgericht verduidelijkt dat mevrouw Schnorbus enkel nog een verklaring voor recht vordert, dat de beslissing op haar bezwaarschrift onwettig is en haar rechten schendt. Het staat niet aan het Hof om te oordelen over de ontvankelijkheid van die vordering — die zij moet kunnen instellen op grond van artikel 6 van de richtlijn [3] — en het komt mij voor dat de meeste gestelde vragen voor de beslissing daarover niet irrelevant zijn. Zelfs de achtste vraag van de nationale rechter zou, zelfs indien zij misschien niet onmiddellijk relevant is voor de nog te beslissen kwestie, om processuele redenen noodzakelijk kunnen zijn in verband met een eventuele latere schadevergoedingsvordering voor de gewone rechter.

Het arrest Kreil

23. Op 11 januari 2000, nadat de schriftelijke behandeling in de onderhavige zaak was beëindigd, heeft het Hof arrest gewezen in de zaak Kreil [4], dat de indruk kan wekken in casu van enige relevantie te zijn. Bij nadere beschouwing verdwijnt die indruk echter gezwind.

24. In de zaak Kreil ging het om de vraag, of richtlijn 76/207 zich verzet tegen de toepassing van nationale bepalingen als die van het Duitse recht, die vrouwen uitsluiten van functies in de gewapende dienst van de krijgsmacht, en hun enkel toegang verlenen tot de geneeskundige dienst en de militaire muziekcorpsen. Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend.

25. Dat oordeel had echter geen betrekking op de alleen op mannen rustende verplichting om militaire of vervangende burgerdienst te vervullen, waarom het in het onderhavige geval gaat, doch op de globale uitsluiting van vrouwen van het vrijwillig vervullen van functies in de gewapende dienst van de krijgsmacht. De toen geconstateerde discriminatie verschilt derhalve volledig van een eventuele discriminatie waarvan in het onderhavige geval sprake zou kunnen zijn.

3 — Het belang daarvan is door het Hof beklemtoond in een reeks van zaken beginnende met het arrest van 10 april 1984, Von Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen (14/83, Jurispr. blz. 1891) tot het arrest van 22 september 1998, Coote (C-185/97, Jurispr. blz. I-5199).

4 — C-285/98, Jurispr. blz. I-69.

De geschilpunten in de onderhavige zaak

— Vallen de litigieuze bepalingen binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207?

26. De nationale rechter is van mening dat richtlijn 76/207 van toepassing is op het in de litigieuze wetgeving neergelegde voorrangsstelsel omdat dit van invloed is op het tijdstip van toegang tot de beroepsopleiding, ook al beïnvloedt het niet het recht op toegang als zodanig. De deelstaat Hessen meent dat dit niet het geval is: de omstreden voorschriften doen geen afbreuk aan het recht van een ieder op een beroepsopleiding maar regelen slechts de duur van de eventuele wachttijd. Daarentegen is de Commissie van mening dat „gelijke behandeling ten aanzien van de toegang" niet alleen de vraag „of" maar ook de vraag „wanneer" betreft; elke vertraging waarmee iemand toegang tot een beroepsopleiding verkrijgt en derhalve in aansluiting daarop het beroep kan gaan uitoefenen, kan een discriminatoir nadeel opleveren ten opzichte van degenen die niet met een dergelijke vertraging werden geconfronteerd, en zou zelfs, indien bovenmatig, kunnen neerkomen op een weigering van toegang. Het is van belang te verzekeren dat de bepalingen van de richtlijn niet worden omzeild.

27. Ik ben het eens met de nationale rechter en de Commissie. Het spreekt vanzelf dat een kandidaat voor een bezoldigde beroepsopleiding die onmiddellijk wordt toegelaten gunstiger wordt behandeld dan iemand die moet wachten, ook al is dat niet meer dan twaalf maanden. Het verschil in behandeling in deze fase leidt niet alleen tot een aantal tijdelijke financiële problemen doch zal ook gedurende een bepaalde periode repercussies hebben op het carrièreverloop. Bovendien kan elke vertraging in deze fase van de juridische opleiding zeer storend werken, omdat zij, vooral wanneer zij de volledige twaalf maanden beloopt, afbreuk doet aan de ononderbroken verwerving en het effectieve behoud van kennis. Wanneer als gevolg van ontoereikende middelen bepalingen moeten worden vastgesteld om uit te maken welke kandidaten onmiddellijk worden toegelaten en welke moeten wachten, is richtlijn 76/207 — met name artikel 4 — zonder meer van toepassing op die regeling, die derhalve iedere directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht moet vermijden.

— De litigieuze regeling

28. In sommige door zowel de deelstaat Hessen als de Commissie bij het Hof ingediende opmerkingen wordt de nadruk gelegd op het feit dat de litigieuze bepalingen van het JAG en de JAO voorrang verlenen in gevallen van „bijzondere onbillijkheid" in het algemeen en dat de vervulling van de nationale dienstplicht slechts één van de verschillende gevallen is die in een niet-uitputtende lijst van zulke gevallen worden genoemd. Zij merken op dat andere, al dan niet specifiek in de bepalingen vermelde gevallen op gelijke wijze voor vrouwen kunnen gelden en zij trekken daaruit bepaalde conclusies met betrekking tot het al dan niet discriminerend karakter van die bepalingen.

29. Ik acht deze benadering onjuist. De vragen van de nationale rechter betreffen, gelet op de richtlijn, specifiek en uitdrukkelijk de rechtmatigheid van de voorrang die wordt verleend aan diegenen die hun nationale dienstplicht hebben vervuld. Beoordeeld moet worden, of iedere ongelijke behandeling bij de verlening van voorrang in zulke omstandigheden een onwettige discriminatie vormt dan wel of deze kan worden gerechtvaardigd. [5] Voor deze vragen is het irrelevant dat in andere situaties voorrang kan worden verleend zonder dat daarbij sprake is van onwettige discriminatie. Anderzijds zou het relevant zijn indien, bijvoorbeeld, aan vrouwen een vergelijkbare verplichting zou worden opgelegd zonder dat een gelijke voorrang wordt verleend. Schnorbus baseert haar vordering echter niet op een dergelijke stelling en in de verwijzingsbeschikking van de nationale rechter is evenmin een aanwijzing voor een dergelijke situatie te vinden. Ik zal daarom mijn onderzoek beperken tot de hier specifiek ter discussie staande regeling die voorrang verleent aan diegenen die hun nationale dienstplicht hebben vervuld.

— Directe en indirecte discriminatie op grond van geslacht: algemene overwegingen en mogelijke rechtvaardigingen

30. Er behoeft niet altijd onderscheid te worden gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie op grond van geslacht. Dit onderscheid wordt bijvoorbeeld niet gemaakt in artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) of in de richtlijn gelijke beloning. [6] De in richtlijn 76/207 gebezigde formulering („iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect") lijkt eerder alle gevallen te willen omvatten dan twee verschillende categorieën van discriminatie in het leven te willen roepen.

31. Zoals zal blijken, kan het onderscheid echter relevant zijn voor de vraag, welke rechtvaardiging mogelijk is.

32. Een wettelijke definitie van indirecte discriminatie, waarin veel is overgenomen van hetgeen in de rechtspraak is ontwikkeld vanaf het moment dat dit onderscheid voor het eerst door het Hof werd gemaakt, kan worden gevonden in artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80/EG [7]: „Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan worden gerecht-

5 — Hier doet zich een terminologisch probleem voor. Een van de betekenissen van „discriminatie" impliceert niet meer dan de erkenning van verschillen. In het gemeenschapsrecht is echter van discriminatie sprake „wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties" (zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van 27 oktober 1998, Boyle e.a., C-411/96, Jurispr. blz. I-6401, punt 39). Verdere verwarring kan ontstaan bij de vraag of discriminatie in laatstgenoemde zin kan worden „gerechtvaardigd", een onderwerp waarop ik hierna zal ingaan.

6 — Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45, blz. 19).

7 — Richtlijn van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (PB L 14, blz. 6); zie eveneens de negentiende overweging van de considerans. Deze richtlijn geldt meer voor situaties die onder meer onder richtlijn 76/207 vallen, waarvoor de omzettingstermijn echter eerst op 31 december 2000 verstrijkt.

vaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht."

33. Eenvoudig gezegd: er is sprake van discriminatie op grond van geslacht, wanneer de leden van het ene geslacht gunstiger worden behandeld dan de leden van het andere. Er is sprake van directe discriminatie wanneer het verschil in behandeling is gebaseerd op een criterium dat óf uitdrukkelijk dat van het geslacht is, óf noodzakelijkerwijs verband houdt met een kenmerk dat onlosmakelijk aan dat geslacht is verbonden. Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ander criterium wordt toegepast, dat echter in feite een aanzienlijk groter gedeelte van het ene geslacht raakt dan van het andere.

34. Een ongelijke behandeling kan op twee manieren worden „gerechtvaardigd". Volgens de rechtspraak van het Hof levert enerzijds een ongelijke behandeling die „gerechtvaardigd is door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht" [8] geen discriminatie op. Anderzijds wordt in een aantal bepalingen die discriminatie verbieden, verklaard dat zij zich niet verzetten tegen bepaalde maatregelen die in het algemeen belang noodzakelijk worden geacht. [9] In het bijzonder bevat artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 een voorbehoud waarop de vragen 4 tot en met 7 van de nationale rechter betrekking hebben, te weten de uitzondering 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 (...) nadelig beïnvloeden" — met andere woorden: „positieve discriminatie".

35. De twee types van rechtvaardiging verschillen van aard. Het eerste type rechtvaardiging houdt verband met de definitie van onwettige discriminatie zelf; bij deze rechtvaardiging is er geen discriminatie en is verder onderzoek overbodig. Het tweede type rechtvaardiging is een mogelijke „verdediging" die moet worden onderzocht wanneer het bestaan van een dergelijke discriminatie is vastgesteld. Bovendien schijnt het eerstgenoemde type alleen op indirecte discriminatie betrekking te kunnen hebben, omdat dat criterium bij directe discriminatie per definitie noodzakelijkerwijs met het geslacht verband houdt, terwijl het laatstgenoemde op beide vormen van discriminatie betrekking schijnt te kunnen hebben.

— Leidt de litigieuze regeling tot een directe discriminatie op grond van geslacht?

36. Het Verwaltungsgericht is van oordeel dat sprake is van directe discriminatie op grond van geslacht, omdat de litigieuze regeling strekt ten faveure van een groep die alleen uit mannen kan bestaan. De deelstaat Hessen en de Commissie ontkennen dit en verwijzen in wezen naar de verschillende in § 14a, lid 2, JAO ge-

8 — Zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punten 60 en 65).

9 — Zie bijvoorbeeld de artikelen 4, lid 2, en 7, van richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB L 6, blz. 24) of (thans) artikel 141, lid 4, EG; zie eveneens richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (PB L 348, blz. 1).

noemde groepen waaronder ook vrouwen kunnen vallen.

37. Mijns inziens is geen sprake van directe discriminatie op grond van geslacht — ofschoon, zoals ik supra heb uiteengezet, niet op grond van de redenen die door de deelstaat Hessen en de Commissie zijn aangevoerd, omdat het in casu alleen gaat om de specifieke voorrang die wordt verleend aan diegenen die hun nationale dienstplicht hebben vervuld.

38. Het is juist dat volgens het geldende Duitse recht aan vrouwen krachtens de litigieuze regeling geen voorrang kan worden verleend terwijl dit ten aanzien van de overgrote meerderheid van mannen wel het geval is, zulks als rechtstreeks gevolg van het feit dat het toegepaste criterium — de vervulling van een nationale dienstplicht — betrekking heeft op een wettelijke verplichting die op alle mannen, en alleen op mannen, rust.

39. Dit kan worden vergeleken met de situatie bij zwangerschap. Het Hof heeft in een reeks van zaken, beginnend met de zaak Dekker [10], geoordeeld dat, daar enkel aan vrouwen een aanstelling kan worden geweigerd wegens zwangerschap, een dergelijke weigering een directe discriminatie op grond van geslacht oplevert.

40. Er moet echter onderscheid worden gemaakt tussen een criterium dat is gebaseerd op een verplichting die bij wet op slechts één geslacht rust, en een criterium dat is gebaseerd op een lichamelijke eigenschap die slechts aan één geslacht eigen is. Geen enkele wetgeving, hoe omvangrijk ook, kan het mannen mogelijk maken kinderen te baren, terwijl wetgeving zonder meer elke discriminatie tussen mannen en vrouwen met betrekking tot de nationale dienstplicht kan elimineren.

41. Daarom is in het onderhavige geval geen sprake van directe discriminatie, omdat de litigieuze regeling onderscheid maakt tussen degenen die hun nationale dienstplicht wel en niet hebben vervuld op grond van een wettelijke verplichting, en niet tussen mannen en vrouwen als zodanig.

— Leidt de litigieuze regeling tot indirecte discriminatie op grond van geslacht?

42. De nationale rechter is van mening dat hoe dan ook sprake is van indirecte discriminatie, welk oordeel hij baseert op het door de deelstaat Hessen verstrekte cijfermateriaal: van de 394 kandidaten voor

10 — Arrest van het Hof van 8 november 1990, Dekker (177/88, Jurispr. blz. I-3941, punt 12); zie eveneens arresten van het Hof van 8 november 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Jurispr. blz. I-3979, punt 13); 5 mei 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Jurispr. blz. I-1657, punt 15); 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567, punt 19), en 3 februari 2000, Mahlburg/Land Mecklenburg-Vorpommern (C-207/98, Jurispr. blz. I-549, punt 20).

toelating tot de stage die in maart 1998 zou beginnen, waren er 157 mannelijk en 237 vrouwelijk. Van de 140 toegelaten personen waren er 94 mannelijk en 46 vrouwelijk; 107 van de 140 kandidaten waren toegelaten op grond van de regeling inzake bijzondere onbillijkheden: 84 mannen (van wie er 67 hun nationale dienstplicht hadden vervuld) en 23 vrouwen. Bijgevolg werd een aanzienlijk groter aantal vrouwen benadeeld dan mannen, zonder dat het verschil berust op een objectief criterium dat geen verband houdt met het geslacht. De deelstaat Hessen gaat in zijn bij het Hof ingediende opmerkingen niet specifiek in op deze kwesties, doch het acht één enkele reeks cijfers niet relevant; in tegenstelling tot de situatie in maart 1998 bijvoorbeeld, bedroeg het aandeel van vrouwen dat een plaats verwierf voor de in juli 1997 beginnende stage 51.2 % en voor die van september 1997 50.9 %. De Commissie is het op basis van de cijfers die in de verwijzingsbeschikking zijn vermeld, op dit punt eens met het Verwaltungsgericht, doch wijst erop dat de nationale rechter de noodzakelijke feitelijke vaststellingen moet doen. Zij verwijst naar de rechtspraak van het Hof volgens welke van indirecte discriminatie sprake is wanneer een regeling „een aanzienlijk kleiner percentage", een „percentage dat aanzienlijk lager is" of „een aanzienlijk hoger percentage" van het ene geslacht raakt dan van het andere. [11]

43. Wederom ben ik van mening dat het niet de juiste aanpak is om van de totale cijfers uit te gaan. Relevant is het aantal kandidaten aan wie volgens de litigieuze regeling — dat wil zeggen op grond van de vervulling van een nationale dienstplicht — een stageplaats werd toegekend.

44. In dit verband wordt er in de rechtspraak van het Hof de nadruk op gelegd dat voor de vaststelling van indirecte discriminatie sprake moet zijn van een „aanzienlijk" procentueel verschil. [12] Ten aanzien van het criterium van de vervulling van de nationale dienstplicht is het verschil duidelijk „aanzienlijk": 100 % van degenen die hieraan voldoen zijn mannen en 0 % vrouwen.

45. Vanuit dit gezichtspunt heb ik geen enkel probleem met de conclusie dat de litigieuze regeling op het eerste gezicht tot een indirecte discriminatie op grond van geslacht leidt.

46. Onderzoekt men daarentegen de totale statistieken — en beoordeelt men dus de hardheidsregels als geheel en niet alleen de litigieuze regel —, dan zou het onverstandig zijn om enigerlei conclusie louter te baseren op de totale cijfers voor maart 1998. Zoals de Commissie oppert, zou de nationale rechter de situatie nader moeten onderzoeken alvorens hij een gefundeerd oordeel zou kunnen vellen; andere aanvangsdata zouden moeten worden onderzocht. Ik ben evenwel van mening dat de

11 — Zie arresten Hof van 31 maart 1981, Jenkins (96/80, Jurispr. blz. 911, punt 13); 13 mei 1986, Bilka (170/84, Jurispr. blz. 1607, punt 29); 6 februari 1996, Lewark (C-457/93, Jurispr. blz. I-243, punt 28), en 7 maart 1996, Freers en Speckmann (C-278/93, Jurispr. blz. I-1165, punt 22).

12 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez, aangehaald in voetnoot 8, punten 63 en 64, waarin het Hof een verschil tussen 77,4 % mannen en 68,9 % vrouwen niet „aanzienlijk" achtte.

andere door de deelstaat Hessen overgelegde cijfers evenmin iets concreets aantonen. Wanneer — zoals ik meen het geval te zijn — de examens voor het eerste juridische staatsexamen een of tweemaal per jaar kunnen worden afgelegd, terwijl de juridische stage iedere twee maanden begint, en wanneer de discriminatie bestaat als gesteld, zou het percentage mannen op de aanvangsdata onmiddellijk volgend op een dergelijke examenperiode hoger zijn en het percentage vrouwen hoger op de aanvangsdata die aan de volgende examenperiode voorafgaan. Wanneer evenwel geen rekening wordt gehouden met het aantal mannen waaraan voorrang werd verleend op grond van alleen het criterium van de vervulling van de nationale dienstplicht, waren er in maart 1998 27 mannen met toegewezen plaatsen (waarvan 17 krachtens de „hardheids"-regeling) in vergelijking met 46 vrouwen (waarvan 23 krachtens de „hardheids"-regeling). Deze getallen lijken derhalve niet te laten zien, dat er een andere discriminatie was dan die welke verband hield met de litigieuze regeling, ten aanzien waarvan de conclusie onvermijdbaar is.

— Wordt de litigieuze regeling „gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht"?

47. De formulering die door het Hof pleegt te worden gebruikt, kan een cirkelredenering lijken. Dat van discriminatie op grond van geslacht geen sprake is wanneer een ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd door factoren die niets met discriminatie op grond van geslacht van doen hebben, lijkt vanzelfsprekend. In overeenstemming met de definitie in richtlijn 97/80 [13] ga ik er echter van uit dat zij betekent dat (indirecte) discriminatie niet onwettig is wanneer het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niet per se (dat wil zeggen, niet rechtstreeks) verband houden met het geslacht.

48. Hier kan het van nut zijn, op te merken dat de „hardheids"-regels" in het algemeen niet tot gevolg hebben dat een ongelijke behandeling wordt opgelegd aan alle leden van een bevolking waarvoor anders dezelfde voorwaarden zouden kunnen gelden. De ongelijke behandeling is het gevolg van de noodzaak om voor iedere aanvangsdatum het aantal kandidaten waaraan een stageplaats wordt toegekend, te beperken. Wanneer het aantal gekwalificeerde kandidaten het aantal beschikbare plaatsen niet overtreft, worden alle kandidaten gelijk behandeld. Wanneer er meer gekwalificeerde kandidaten zijn dan beschikbare plaatsen, moeten sommigen van hen ongunstiger worden behandeld dan anderen. De „hardheids"-regels voorzien in een reeks van prioriteiten die duidelijk gebaseerd zijn op het beginsel van een zo billijk mogelijke verdeling van de onvermijdelijke nadelen door — op dit speciale moment — diegenen die al een bepaald nadeel hebben geleden, gunstiger te behandelen dan diegenen waarbij dit niet het geval is. Het is eveneens nuttig te bedenken dat de verleende voorrang alleen het tijdstip van toekenning van een stageplaats betreft en dan slechts binnen bepaalde tijdelijke grenzen.

13 — Zie, supra, punt 32.

49. Voor het criterium van de vervulling van de nationale dienstplicht bestaat een op objectieve factoren gebaseerde rechtvaardiging die — evenals het criterium zelf — niet rechtstreeks verband houdt met het geslacht. De litigieuze regeling beoogt een vertraging van ongeveer een jaar bij het begin van de juridische opleiding te compenseren (of misschien beter gezegd te voorkomen dat deze nog groter wordt). Dat nadeel is objectief gedefinieerd en geldt alleen voor de leden van één geslacht, omdat de wet het (voorlopig nog) alleen oplegt aan de leden van één geslacht. Daarom vallen pogingen om de gevolgen ervan te matigen niet onder de definitie van onwettige discriminatie — tenzij de leden van het andere geslacht een ander vergelijkbaar nadeel ondervinden ten aanzien waarvan geen soortgelijke maatregelen worden genomen (zoals ik hierboven heb aangegeven, is dit in casu niet het geval) dan wel deze verdergaan dan nodig is om het nadeel te compenseren (waarbij de litigieuze regeling geen soelaas van meer dan twaalf maanden kan bieden, overeenkomende met de vertraging dat het gevolg is van het vervullen van de nationale dienstplicht).

50. Ik ben mij ervan bewust dat aan de zesde en de zevende vraag van de verwijzende rechter de zorg ten grondslag ligt dat de vertraging in de carrière van mannen als gevolg van de nationale dienstplicht niet zou moeten worden gecompenseerd ten koste van vrouwen, aangezien vrouwen later nog grotere vertragingen kunnen ondervinden als gevolg van moederschap. De litigieuze regeling betreft evenwel reeds ondervonden, objectief vaststelbare nadelen en niet statistisch waarschijnlijke maar nog onzekere toekomstige nadelen.

51. Daarmede wil niet gezegd zijn dat passende maatregelen om nadelen te compenseren die het gevolg zijn van moederschap, een onwettige discriminatie zouden opleveren. Het is duidelijk dat dit niet het geval is — zij zouden geoorloofd zijn krachtens artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 en thans krachtens artikel 141, lid 4, EG. Het feit dat zulke maatregelen, wanneer genomen, wettig — en lovenswaardig — zouden zijn, betekent nog niet dat zonder deze maatregelen andere maatregelen om de gevolgen van andere, objectief gedefinieerde vertragingen te matigen onwettig zouden zijn.

— Kan de litigieuze regeling worden gerechtvaardigd op grond van artikel 2, lid 4, van de richtlijn (positieve actie)?

52. Mijns inziens leidt de litigieuze regeling niet tot een onwettige discriminatie omdat het onderscheid in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niet rechtstreeks verband houden met het geslacht. Daarom behoeft naar mijn mening niet op artikel 2, lid 4, te worden ingegaan. Elk onderzoek van een mogelijke

rechtvaardiging op grond van die bepaling [14] zal sterk rekening moeten houden met dezelfde overwegingen als ik hierboven met betrekking tot de objectieve rechtvaardiging heb uiteengezet.

53. Het lijkt hoe dan ook duidelijk te zijn, dat de nationale rechter ten onrechte suggereert dat artikel 2, lid 4, alleen betrekking heeft op maatregelen ten gunste van vrouwen. Terecht wijst de Commissie erop dat de richtlijn van toepassing is op gelijke behandeling van zowel mannen als vrouwen en dat de verwijzing naar „feitelijke ongelijkheden (...) welke de kansen van de vrouwen (...) nadelig beïnvloeden" slechts een voorbeeld is. Dat in dat voorbeeld alleen vrouwen worden genoemd, is ongetwijfeld een gevolg van het feit dat, zoals algemeen bekend, de meeste bestaande directe of indirecte discriminaties op grond van geslacht hun tot nadeel strekken.

— Kan op grond van artikel 6 van de richtlijn aanspraak worden gemaakt op toelating tot een stage, indien geen aanspraak op schadevergoeding bestaat?

54. Gezien de conclusie waartoe ik op het punt van de discriminatie ben gekomen, behoeft mijns inziens de laatste vraag van de nationale rechter niet te worden beantwoord.

55. Mocht het Hof deze echter toch willen beantwoorden, dan is het mijns inziens zinvol te verwijzen naar de duidelijke rechtspraak op grond waarvan een ieder aanspraak heeft op een daadwerkelijke rechtsbescherming tegen inbreuken op het beginsel van gelijke behandeling. [15] Volgens de verklaringen van het Hof betreffende de betekenis en de werkingssfeer van artikel 6 van de richtlijn in het arrest Marshall II [16], moeten er passende maatregelen zijn om de gelijkheid te herstellen wanneer deze niet in acht is genomen; in casu zouden zulke maatregelen hetzij een niet-discriminerende toegang tot de stage hetzij, wanneer dit niet mogelijk is, een passende financiële schadevergoeding moeten inhouden, waarmee de door de onwettige discriminatie werkelijk geleden schade conform de van toepassing zijnde nationale bepalingen volledig kan worden vergoed.

14 — Of op grond van artikel 141, lid 4, EG, wanneer dit ratione temporis van toepassing was geweest.

15 — Zie bijvoorbeeld het arrest Coote, aangehaald in voetnoot 3, punt 22.

16 — Arrest Hof van 2 augustus 1993, (C-271/91, Jurispr. blz. I-4367, punten 17-26 inz. 24-26).

Conclusie

56. Mitsdien ben ik van mening dat het Hof de door het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main gestelde vragen dient te beantwoorden als volgt:

„Wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat die de mate van prioriteit voor de toegang tot een stage regelen, vallen binnen de werkingssfeer 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, en moeten in overeenstemming zijn met het daarin vervatte beginsel van gelijke behandeling.

Een regeling die bij toegang tot een stage voorrang verleent aan al diegenen die een wettelijke, aan de leden van slechts één geslacht opgelegde verplichting hebben vervuld, levert geen directe discriminatie op grond van geslacht op, maar kan een indirecte discriminatie op grond van geslacht vormen.

Een dergelijke regeling wordt niettemin gerechtvaardigd door objectieve factoren die met het geslacht niets van doen hebben, wanneer zij niet verder gaat dan een al als gevolg van het vervullen van de litigieuze wettelijke verplichting opgelopen vertraging te compenseren, en wanneer de leden van het andere geslacht niet met een vergelijkbare vertraging worden geconfronteerd waarvoor geen gelijkwaardige compensatie bestaat; in dergelijke omstandigheden levert de ongelijke behandeling geen onwettige discriminatie op."