FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 6 juli 2000 *

1. Utgör de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om likabehandling hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken, när antalet behöriga sökande till notarietjänstgöring överstiger antalet tillgängliga platser vid en särskild antagning, inom vissa tidsfrister förtur ges till dem som uppfyller vissa allmänt definierade "svårighetskriterier", varav ett angivet exempel — att ha fullgjort värnplikt — i själva verket endast kan uppfyllas av män? Detta är i huvudsak den fråga som Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (förvaltningsdomstolen i Frankfurt am Main) har ställt i sin begäran om förhandsavgörande.

Likabehandlingsdirektivet

2. Rådets direktiv 76/207 [1] antogs för att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män, bl.a. i fråga om tillgång till yrkesutbildning (artikel 1). Enligt artikel 2.1 innebär principen om likabehandling att det inte får förekomma "någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt". Bland andra undantag föreskrivs emellertid i artikel 2.4 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 omfattas av direktivet.

3. I artikel 4 stadgas följande:

"Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om tillgång till alla typer och alla nivåer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning innebär att medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att

a) alla lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen avskaffas,

* Originalspråk: engelska.

1 — 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 (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

...

c) ... yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning blir tillgänglig på basis av samma normer och på samma nivåer utan någon diskriminering på grund av kön."

4. I artikel 6 föreskrivs följande:

"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."

Nationella bestämmelser och bakgrund

5. I Tyskland är utbildningen till yrken inom rättsväsendet grundlig och lång. Även om detaljer kan skilja mellan en delstat och en annan ser det i allmänhet ut på följande sätt.

6. Efter avslutade gymnasiestudier krävs det fyra års universitetsstudier i juridik. Dessa åtföljs av den första statliga juristexamen, vilken i allmänhet kräver ytterligare en termins studier. Även om ett begränsat antal underordnade tjänster kan erhållas på detta stadium, måste de flesta framtida jurister under överinseende av rättsväsendet härefter genomgå praktiktjänstgöring inom skilda områden under i allmänhet två år. Under denna tid erhåller de betalning och intjänar pensionsrätt på sätt som gäller för tillfälligt anställda tjänstemän. När denna tid har gått till ända förvärvar de sin andra statliga juristexamen, vilken ger behörighet att tjänstgöra inom samtliga juristyrken.

7. Detta mål rör antagning till notarietjänstgöring i delstaten Hessen. Denna reglerades under aktuell tid (mars 1998) i 23 och 24 §§ i Juristenausbildungsgesetz (lagen om juristutbildning, nedan kallad JAG) och 14a § i tillämpningsföreskriften Juristische Ausbildungsordnung (nedan kallad JAO).

8. Enligt 23 § första stycket JAG, är var och en som har blivit godkänd i den första statliga juristexamen garanterad antagning till notarietjänstgöring. I 24 § första stycket stadgas att antagning skall ske varannan månad, nämligen den första arbetsdagen i januari, mars, maj, juli, september och

november varje år. Antalet tillgängliga platser vid varje antagningstillfälle är, enligt särskilda budgetbestämmelser, begränsat till 140. I den vid den aktuella tidpunkten tillämpliga lydelsen av 24 § andra stycket JAG stadgades om förfarandet när antalet ansökningar överstiger antalet tillgängliga platser:

"Om antalet ansökningar om antagning till notarietjänstgöring som inkommit inom den frist som har föreskrivits för en anställningsperiod överstiger antalet tillgängliga utbildningsplatser, kan anställningen senareläggas med upp till tolv månader. Detta gäller inte om senareläggningen skulle medföra särskilda svårigheter. Det avgörs genom lottdragning vilka personer som skall anställas senare."

9. "Särskilda svårigheter" har definierats i 14a § JAO:

"1) Särskilda svårigheter i den mening som avses i 24 § andra stycket JAG föreligger om den senarelagda anställningen skulle medföra sådana nackdelar för sökanden som avsevärt överstiger de nackdelar som i strikt avseende normalt är förbundna med en sådan senareläggning.

2) Som särskilda svårigheter betraktas i synnerhet

1. styrkt svårt handikapp,

2. särskilda sociala och familjemässiga omständigheter som skall styrkas genom myndighetsintyg,

3. tidsförlust vid antagande till och genomförande av studier, vilken inte kan räknas sökanden till last, i synnerhet sådan tidsförlust som har uppkommit till följd av genomförandet av en andra utbildning eller engagemang i studentkåren,

4. fullgörande av värnplikt enligt 12a § första eller andra stycket i Grundgesetz [den tyska grundlagen] eller en minst tvåårig tjänstgöring som biståndsarbetare i den mening som avses i Entwicklungshelfergesetz [lagen om biståndsarbetare]..., eller fullgörande av ett år som frivillig socialarbetare i den mening som avses i Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozia-

len Jahres [lagen om främjande av ett frivilligt år som socialarbetare]...".

10. Hänvisningen till värnplikt avser såväl värnplikt (12a § första stycket i Grundgesetz), vilken omfattar tio månader, som civilplikt (12a § andra stycket), vilken omfattar tretton månader. De båda tjänstgöringsformerna omfattar endast män. Jag kommer att i det följande använda den gemensamma benämningen tjänstgöringsplikt.

11. Lagstiftningen i Land Hessen ändrades i maj 1998, varefter i huvudsak 50 procent av platserna skall fördelas på grundval av kvalifikationer och examensbetyg, 15 procent på grund av "särskilda svårigheter" och 35 procent med hänsyn till den tid som har förflutit sedan den första ansökan inlämnades. Definitionen av "särskilda svårigheter" förblev i huvudsak oförändrad, även om tredje och fjärde stycket bytte plats, och det preciserades att, om antalet personer som åberopat "särskilda svårigheter" överstiger 15 procent av antalet tillgängliga platser, fall enligt första stycket skall gå först, följt av fall enligt andra stycket och att eventuellt återstående platser skall fördelas bland de övriga genom lottdragning.

Förfarandet i den nationella domstolen och begäran om förhandsavgörande

12. Julia Schnorbus klarade i oktober 1997 den första statliga juristexamen och ansökte om att bli antagen till notarietjänstgöring i januari 1998. Vid detta tillfälle var hon en av 360 sökande, varför 24 § andra stycket JAG kom att tillämpas för att avgöra hur de 140 tillgängliga platserna skulle fördelas. Efter att "svårighetsregeln" hade tillämpats drogs det lott om de återstående platserna, vilket utföll till Julia Schnorbus nackdel. Vid antagningen i mars 1998 sökte hon återigen men lyckades inte heller denna gång utan placerades efter lottning på reservlistans 250:e plats. Efter förnyad lottning fick hon slutligen en plats vid antagningen i maj 1998.

13. Under tiden hade emellertid Julia Schnorbus inlett rättsliga och administrativa förfaranden genom att överklaga avslagsbeslutet av den 11 februari 1998 avseende mars månads antagning.

14. Dels ansökte hon om att Verwaltungsgericht Frankfurt am Main skulle fatta ett interimistiskt beslut om att hon skulle bli anställd som notarie från och med den första arbetsdagen i mars 1998. Denna ansökan bifölls den 23 februari 1998, men efter överklagande upphävdes beslutet fyra

dagar senare av Hessische Verwaltungsgerichtshof (delstaten Hessens förvaltningsdomstol).

15. Dels överklagade hon avslagsbeslutet. Överklagandet avslogs den 2 april 1998 med motiveringen att förfarandet inte utgör någon olaglig direkt diskriminering av kvinnor och att bestämmelsen i fråga, som avsåg dem som har fullgjort tjänstgöringsplikt, var grundad på ett objektivt särskiljningskriterium.

16. Julia Schnorbus väckte då talan vid Verwaltungsgericht för att få fastställt att avslaget var rättsstridigt och kränkte hennes rättigheter. (Efter att hon hade fått en tjänstgöringsplats i maj 1998 tog hon tillbaka ett yrkande om att tilldelas en sådan plats.) Det är mot denna bakgrund som Verwaltungsgericht har begärt ett förhandsavgörande av EG-domstolen avseende åtta frågor som kan sammanfattas enligt följande:

Omfattas den förtur som ges män som har fullgjort tjänstgöringsplikt (ett villkor som inte kan uppfyllas av kvinnor) av direktiv 76/207/EEG (fråga 1)? Om frågan besvaras jakande, utgör detta direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön i den mening som avses i artikel 2.1 i direktivet (frågorna 2 och 3)?

Är det uteslutet att motivera regleringen utifrån artikel 2.4 i direktivet, antingen eftersom den automatiskt gynnar män, utan föregående prövning av omständigheterna i det enskilda fallet eller andra relevanta faktorer, och därmed går längre än att vara en åtgärd för främjande av lika möjligheter (fråga 4), eller eftersom bestämmelsen endast tillåter sådana åtgärder som innebär främjande av kvinnors lika möjligheter (fråga 5)?

Om frågan besvaras nekande, är den omständigheten att endast män omfattas av tjänstgöringsplikt en tillräcklig "befintlig ojämlikhet" — till nackdel för män — i den mening som avses i artikel 2.4, eller skall även de nackdelar som kvinnor på grund av sitt kön kan förväntas utsättas för i arbetslivet också beaktas (fråga 6)? Eller är det tillräckligt att motivera regleringen utifrån artikel 2.4 redan av det skälet att det innebär kompensation för nackdelar som inte drabbar kvinnor eftersom de inte omfattas av tjänstgöringsplikt (fråga 7)?

Följer, slutligen, av artikel 6 i direktivet en rätt till tillgång till utbildning när skälet till att utbildningsplats förvägrades grundar sig

på diskriminering och det inte finns någon rätt till kompensation (fråga 8)?

17. Skriftliga yttranden har ingetts av Land Hessen (svarande i målet i den nationella domstolen) och av kommissionen. Julia Schnorbus har inte gett in något yttrande, men hennes argument har behandlats utförligt i Verwaltungsgerichts begäran om förhandsavgörande, varvid Verwaltungsgericht synes ha delat hennes uppfattning. Det har inte hållits någon muntlig förhandling.

Bedömning

Upptagande till sakprövning

18. Land Hessen har ifrågasatt huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Land Hessen menar att eftersom lagstiftningen har varit föremål för ändringar saknar en prövning av huruvida den är förenlig med gemenskapsrätten betydelse i framtida fall. En sådan prövning skulle även sakna betydelse för utfallet i målet i den nationella domstolen. Eftersom Julia Schnorbus efter lottdragning kom på 250:e plats skulle hon inte ha kunnat tilldelas någon plats även om hon inte hade haft någon medsökande som hade företräde framför henne. Vidare kan hennes talan om fastställelse inte tas upp till sakprövning eftersom hon inte har något berättigat intresse av att få saken prövad.

19. Det är sant att det i detta fall inte är mycket som synes bero på hur gemenskapsrätten tolkas. Det är även sant att Verwaltungsgericht i sin begäran om förhandsavgörande uttryckligen har angett att ett av skälen bakom begäran var att de ställda frågorna kommer att vara av betydelse i framtida fall avseende andra bestämmelser, oavsett utfallet i detta mål, vilket tyder på att dess intresse av att få saken prövad till viss grad är hypotetiskt.

20. Jag anser emellertid inte att det finns några verkliga hinder mot att i sak pröva begäran om förhandsavgörande.

21. Att lagstiftningen har ändrats saknar härvidlag betydelse. EG-domstolen har i målet Pierrel[2] anfört att artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) "ger EG-domstolen behörighet att tolka gemenskapsrätten... varför ändringar i den nationella lagstiftningen som äger rum efter begäran om förhandsavgörande inte kan påverka denna tolkning". Situationen i detta fall är i huvudsak densamma (även om ändringen i lagstiftningen ägde rum *innan* begäran om förhandsavgörande), i så måtto att den nationella domstolen har att tillämpa inhemsk lag så som den löd före ändringen och att det är mot denna bakgrund den har begärt en tolkning av

2 — Dom av den 7 december 1993 i mål C-83/92, Pierrel m.fl. (REG 1993, s. I-6419), punkt 32.

gemenskapsrätten. Eftersom frågorna är att hänföra särskilt till villkoret om fullgörande av tjänstgöringsplikt och eftersom detta villkor kvarstår efter lagändringen, om än med mer begränsade återverkningar, har frågornas ursprungliga relevans inte gått förlorad.

22. För övrigt har Verwaltungsgericht gjort klart att Julia Schnorbus enda kvarstående yrkande är fastställelse av att avslaget var rättsstridigt och kränkte hennes rättigheter. Det är inte EG-domstolens sak att ta ställning till huruvida detta yrkande kan prövas i sak — att hon har rätt att framställa yrkandet framgår av artikel 6 i direktivet [3] — och de flesta av de ställda frågorna synes inte vara utan betydelse för beslutet som skall fattas. Även den nationella domstolens åttonde fråga kan, trots att det kan synas som om den inte direkt är av betydelse för ifrågavarande problemställning, vara nödvändig av processuella skäl i samband med en eventuellt kommande skadeståndstalan i allmän domstol.

Domen i målet Kreil

23. Den 11 januari 2000, efter att det skriftliga förfarandet i detta mål hade avslutats, meddelade EG-domstolen dom i målet Kreil [4], ett mål som i förstone kan synas vara av viss betydelse för detta mål. Vid en närmare granskning visar sig detta emellertid inte vara fallet.

24. I målet Kreil var frågan huruvida direktiv 76/207 utgör hinder för tillämpningen av sådana nationella bestämmelser som de tyska bestämmelserna i fråga, vilka utestänger kvinnor från vapentjänst inom militären och som endast tillåter kvinnor att tjänstgöra som sjukvårdare och militärmusiker. EG-domstolens svar var jakande.

25. Denna dom avsåg emellertid inte den värn- och civilplikt som endast omfattar män, vilken är i fråga i detta mål, utan rörde den bestämmelse som förvägrar kvinnor all rätt till frivillig vapentjänst inom militären. Den diskriminering som man fann föreligga var således helt skild från sådan diskriminering som kan vara för handen i detta mål.

3 — Betydelsen av denna bestämmelse har EG-domstolen betonat i en rad rättsfall, med början i dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), och fram till dom av den 22 september 1998 i mål C-185/97, Coote (REG 1998, s. I-5199).

4 — Mål C-285/98, Kreil mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Frågorna i detta mål

— Faller de omtvistade bestämmelserna inom tillämpningsområdet för direktiv 76/207?

26. Den nationella domstolen anser att direktiv 76/207 är tillämpligt på den turordning som det stadgas om i den omtvistade lagstiftningen, eftersom den endast påverkar tidpunkten för tillgång till yrkesutbildning och inte själva rätten till sådan utbildning. Land Hessen menar att direktivet inte är tillämpligt eftersom bestämmelserna i fråga inte påverkar någon persons rätt till tillgång till yrkesutbildning utan snarare reglerar den eventuella väntetidens längd. Kommissionen menar emellertid att "likabehandling i fråga om tillgång" inte bara avser "om" utan också "när". Varje dröjsmål som en person utsätts för när det gäller tillgång till yrkesutbildning, och därmed till den därpå följande yrkesverksamheten, kan utgöra en diskriminerande nackdel i förhållande till dem som inte har utsatts för sådant dröjsmål och kan även, om dröjsmålet blir alltför långt, leda till att tillgång nekas. Det är viktigt att säkerställa att direktivets bestämmelser inte kringgås.

27. Jag är ense med den nationella domstolen och kommissionen. Det är uppenbart att en sökande till en betald yrkesutbildning som antas omgående behandlas mer gynnsamt än den som måste vänta, om än inte längre än 12 månader. Särbehandling på detta stadium medför inte bara ett visst mått av tillfälliga ekonomiska svårigheter utan får även under viss tid återverkningar på karriären. Vidare kan varje dröjsmål i denna fas i juridikstudierna vara en påtaglig störning för det fortsatta tillägnandet och aktiva bibehållandet av kunskap, särskilt om det består i hela 12 månader. När resursbrist medför att bestämmelser måste utformas för att avgöra vilka sökande som skall antas omgående och vilka som måste vänta, är direktiv 76/207, och särskilt artikel 4, helt och fullt tillämpligt på dessa bestämmelser, som därför inte får innebära någon diskriminering, direkt eller indirekt, på grund av kön.

— Den aktuella bestämmelsen

28. I vissa av de yttranden som har ingetts till EG-domstolen, av såväl Land Hessen som kommissionen, betonas det förhållandet att, i de omtvistade bestämmelserna i JAG och JAO, förtur ges i fall med "svårigheter" i allmänhet och att fullgörande av tjänstgöringsplikt endast utgör ett av flera exempel som finns upptagna på en inte uttömmande lista på sådana fall. Vidare anges att andra fall, vare sig de är särskilt nämnda i bestämmelserna eller inte, kan vara lika tillämpliga på kvinnor, och därav dras vissa slutsatser om huruvida dessa bestämmelser är av diskriminerande natur.

29. Jag anser att detta förhållningssätt är felaktigt. Den nationella domstolens frågor rör uttalat och explicit huruvida den förtur som ges till dem som har fullgjort tjänstgöringsplikt är laglig mot bakgrund av direktivet. En bedömning måste göras av huruvida särbehandling, i form av att under sådana förhållanden ge företräde, utgör olaga diskriminering eller om den kan motiveras.[5] Det är för dessa frågeställningar utan betydelse att förtur kan ges i andra fall utan att ge upphov till olaga diskriminering. Det skulle å andra sidan vara av betydelse om, exempelvis, kvinnor var ålagda en skyldighet av jämförbart slag utan att ha getts förtur på samma sätt. Julia Schnorbus grundar emellertid inte sin talan på något sådant påstående. Inte heller har det i den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande framkommit något som tyder på en sådan situation. Jag skall därför begränsa min analys till den specifika bestämmelse som här är i fråga, vilken ger förtur till dem som har fullgjort tjänstgöringsplikt.

— Direkt och indirekt diskriminering på grund av kön: allmänna överväganden och möjliga motiveringar

30. Det är inte alltid nödvändigt att skilja på direkt och indirekt diskriminering på grund av kön. Exempelvis har det inte gjorts någon åtskillnad däremellan i artikel 119 i EG-fördraget (nu artikel 141 EG i ändrad lydelse) eller i likalönedirektivet.[6] Ordalydelsen i direktiv 76/207 ("någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt") synes snarare vara avsedd att vara vittomfattande än att skilja ut två olika fall av diskriminering.

31. Skillnaden synes emellertid, såsom kommer att framgå nedan, vara av betydelse för frågan vilka motiveringar som är möjliga.

32. En legal definition av begreppet indirekt diskriminering, vilken i huvudsak innefattar den utveckling i rättspraxis som har varit för handen sedan åtskillnaden först gjordes av EG-domstolen, står att finna i artikel 2.2 i direktiv 97/80[7]: "... indirekt diskriminering [föreligger] när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan

5 — Här föreligger en terminologisk svårighet. "Diskriminering", i en betydelse, innebär inte mer än ett särskiljande. Enligt gemenskapsrätten föreligger emellertid diskriminering när "olika regler tillämpas på jämförbara situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer" (se till exempel dom av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401, punkt 39). Ytterligare förvirring kan vid diskussion uppstå om huruvida diskriminering, i den senare betydelsen, kan "motiveras", något jag skall diskutera nedan.

6 — Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva; område 13, volym 4, s. 78).

7 — Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6); se även nittonde övervägandet i ingressen. Detta direktiv är tillämpligt på situationer som bland annat omfattas av direktiv 76/207, men införlivandefristen går inte ut förrän den 1 januari 2001.

motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön".

33. Kort sagt kan det uttryckas så att diskriminering på grund av kön föreligger när personer av ett kön behandlas mer förmånligt än personer av det andra. Diskrimineringen är direkt när särbehandlingen grundar sig på ett kriterium som antingen uttryckligen avser själva könet eller ett som med nödvändighet är förbundet med en egenskap som inte går att särskilja från könet. Diskrimineringen är indirekt när något annat kriterium tillämpas men då en väsentligt större andel personer av ena könet än av det andra påverkas av det i praktiken.

34. Särbehandling kan "motiveras" på två sätt. Dels utgör, enligt EG-domstolens rättspraxis, inte särbehandling som "motiveras av objektiva faktorer som saknar samband med all diskriminering på grund av kön" [8], olaga diskriminering. Dels stadgas i ett antal bestämmelser vari diskriminering förbjuds att de inte utgör hinder för vidtagandet av vissa åtgärder som anses vara nödvändiga eller i allmänhetens intresse. [9] I synnerhet återfinns i artikel 2.4 i direktiv 76/207 en undantagsbestämmelse, vilken berörs i frågorna 4 till 7 i den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande, nämligen undantaget för "åtgärder som främjar lika möjligheter för män och kvinnor, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter" — med andra ord "positiv särbehandling".

35. Dessa två slags motiveringar skiljer sig i grunden åt. Den förra hänvisar till själva definitionen för olaga diskriminering. Om en sådan motivering föreligger, rör det sig inte om olaga diskriminering och någon ytterligare prövning är därmed inte nödvändig. Den senare är ett möjligt "försvar" att pröva om det har konstaterats att olaga diskriminering föreligger. Vidare synes den förra endast kunna tillämpas på indirekt diskriminering, eftersom vid direkt diskriminering kriteriet för särbehandling per definition måste avse kön, medan den senare synes kunna tillämpas på såväl direkt som indirekt diskriminering.

— Medför bestämmelsen i fråga direkt diskriminering på grund av kön?

36. Verwaltungsgericht har uppfattningen att det föreligger direkt diskriminering på grund av kön eftersom bestämmelsen i fråga främjar en kategori som endast kan omfatta män. Såväl Land Hessen som kommissionen anser att direkt diskriminering inte föreligger och framhåller i huvudsak de olika kategorier som omnämns i

8 — Se till exempel dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkterna 60 och 65.

9 — Se till exempel artiklarna 4.2 och 7 i rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (EGT L 6, s. 24; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 111), eller (nu) artikel 141.4 EG. Se även rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

14a § andra stycket JAO, vilka kan omfatta kvinnor.

37. Jag anser att det inte föreligger någon direkt diskriminering på grund av kön, om än inte, vilket jag har förklarat ovan, av de skäl som Land Hessen och kommissionen har anfört, eftersom det endast är den särskilda förtur som har getts dem som har fullgjort tjänstgöringsplikt som här är i fråga.

38. Enligt tysk rätt är det visserligen så att kvinnor inte kan ges förtur enligt bestämmelsen i fråga medan en överväldigande majoritet män kan det, och detta som en direkt följd av att det tillämpade kriteriet — fullgörande av tjänstgöringsplikt — hänvisar till en skyldighet som enligt lag åligger samtliga män och endast män.

39. Detta kan jämföras med förhållandena vid graviditet. EG-domstolen har, i ett flertal fall vilka inleddes med målet Dekker [10], fastslagit att eftersom endast kvinnor kan förvägras anställning på grund av graviditet utgör en sådan vägran direkt diskriminering på grund av kön.

40. Åtskillnad måste emellertid göras mellan ett kriterium som grundar sig på en skyldighet enligt lag som endast omfattar personer av ett kön och ett kriterium som grundar sig på fysiska egenskaper hos endast personer av det ena könet. Ingen lagstiftning i världen kan förse män med förmågan att föda barn, medan man med lagstiftning med lätthet skulle kunna avlägsna all särbehandling mellan män och kvinnor när det gäller tjänstgöringsplikten.

41. I detta fall föreligger det därför inte någon direkt diskriminering eftersom bestämmelsen i fråga gör skillnad mellan dem som har och dem som inte har fullgjort en lagstadgad tjänstgöringsplikt, och inte mellan män och kvinnor som sådana.

— Medför bestämmelsen i fråga indirekt diskriminering på grund av kön?

42. Den nationella domstolen anser att det under alla förhållanden föreligger indirekt diskriminering, en uppfattning som den grundar på statistiska uppgifter som har tillhandahållits av Land Hessen. Av 394

10 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555), punkt 12. Se även dom av den 8 november 1990 i mål C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (REG 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, volym 10, s. 567), punkt 13, dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657), punkt 15, dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. 35), punkt 19, och dom av den 3 februari 2000 i mål C-207/98, Mahlburg (REG 2000, s. I-549), punkt 20.

sökanden till antagning till notarietjänstgöring i mars 1998 var 157 män och 237 kvinnor. Av de 140 sökanden som antogs var 94 män och 46 kvinnor. Av dessa 140 hade 107 antagits enligt svårighetsregeln, 84 män (67 av dessa hade fullgjort tjänstgöringsplikt) och 23 kvinnor. En avsevärt större andel kvinnor än män hade således missgynnats, utan att denna skillnad berodde på något objektivt kriterium som inte hade samband med kön. Land Hessen uttalar sig inte särskilt i denna fråga i sina yttranden till EG-domstolen, men ifrågasätter betydelsen av statistiska uppgifter som avser ett enstaka antagningstillfälle. Till skillnad från förhållandena i mars 1998 var andelen kvinnor som antogs till notarietjänstgöring vid antagningen i juli 1997 51,2 procent och vid antagningen i september 1997 50,9 procent. Kommissionen är i detta avseende, mot bakgrund av de siffror som anges i begäran om förhandsavgörande, ense med Verwaltungsgericht, men påpekar att den nationella domstolen måste utreda nödvändiga sakomständigheter. Kommissionen hänvisar till EG-domstolens rättspraxis enligt vilken indirekt diskriminering föreligger när en bestämmelse påverkar "väsentligt färre", "en betydligt lägre procentandel" eller en "betydligt större andel" av det ena könet än det andra. [11]

43. Återigen anser jag att det inte är ett riktigt förhållningssätt att utgå från de övergripande statistiska uppgifterna. De uppgifter vi måste utgå ifrån är antalet sökande som antas till notarietjänstgöring med stöd av bestämmelsen i fråga, det vill säga på grund av fullgjord tjänstgöringsplikt.

44. I detta sammanhang betonar EG-domstolens rättspraxis att det måste röra sig om en "väsentlig" procentuell skillnad för att indirekt diskriminering skall föreligga. [12] Vad gäller kriteriet fullgörande av tjänstgöringsplikt är skillnaden klart "väsentlig". 100 procent av dem som uppfyller det är med nödvändighet män och 0 procent är kvinnor.

45. Från denna utgångspunkt har jag inte någon som helst svårighet att dra slutsatsen att bestämmelsen i fråga vid en första anblick synes medföra indirekt diskriminering på grund av kön.

46. Om man emellertid skulle utgå från de övergripande statistiska uppgifterna, vilket medför en bedömning av svårighetsregeln sedd som en helhet i stället för bara den bestämmelse som är i fråga, skulle det vara oklokt att grunda någon slutsats på endast bruttosiffrorna från mars 1998. Såsom kommissionen har föreslagit, skulle den nationella domstolen ha varit tvungen att undersöka förhållandena närmare innan den skulle kunna dra någon riktig slutsats, vilket skulle kräva en granskning av andra

11 — Se dom av den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911; svensk specialutgåva, volym 6, s. 53), punkt 13, dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), punkt 29, dom av den 6 februari 1996 i mål C-457/93, Lewark (REG 1996, s. I-243), punkt 28, och dom av den 7 mars 1996 i mål C-278/93, Freers och Speckmann (REG 1996, s. I-1165), punkt 22.

12 — Se till exempel domen i det ovan i fotnot 8 nämnda målet Seymour-Smith och Perez, punkterna 63 och 64, där skillnaden mellan 77,4 procent män och 68,9 procent kvinnor inte ansågs "betydlig".

antagningstillfällen. Jag anser emellertid att inte heller de andra statistiska uppgifter som Land Hessen har presenterat bevisar något. Om, vilket synes vara fallet här, de huvudsakliga examenstillfällena för den första statliga juridikexamen äger rum en eller två gånger per år, medan antagning till notarietjänstgöring sker varannan månad, och om påstådd diskriminering föreligger, kan man förvänta sig att en högre andel män antas vid de antagningstillfällen som följer omedelbart efter ett sådant examenstillfälle och en högre andel kvinnor vid den därpå följande antagningen. Om man bortser från det antal män som ges förtur i enlighet med enbart kriteriet fullgörande av tjänstgöringsplikt, tilldelades i mars 1998 27 män platser (17 med stöd av svårighetsregler) jämfört med 46 kvinnor (23 av dem med stöd av svårighetsregler). Dessa uppgifter synes således inte blotta någon annan diskriminering än i förhållande till bestämmelsen i fråga, rörande vilken slutsatsen är oundviklig.

— Kan bestämmelsen i fråga "motiveras av objektiva faktorer som saknar samband med all diskriminering på grund av kön"?

47. EG-domstolens sedvanliga formulering kan tyckas vara en truism. Att det inte föreligger någon diskriminering på grund av kön när särbehandling motiveras av faktorer som inte har samband med diskriminering på grund av kön synes uppenbart. I enlighet med definitionen i direktiv 97/80 [13], gör jag tolkningen att (indirekt) diskriminering inte är olaglig när särbehandlingen motiveras av objektiva faktorer som inte i sig (det vill säga inte direkt) är hänförliga till kön.

48. Här kan det vara på sin plats att understryka att svårighetsreglerna i allmänhet inte medför en särbehandling av en viss grupp, som i övrigt lyder under samma villkor. Särbehandlingen är föranledd av behovet att vid varje antagningstillfälle begränsa antalet sökande som antas till notarietjänstgöring. När antalet behöriga sökande inte överstiger antalet tillgängliga platser, behandlas samtliga sökande lika. När det inte finns tillräckligt antal platser i förhållande till antalet behöriga sökande, måste vissa behandlas mindre gynnsamt än andra. I svårighetsreglerna stadgas om förtur i en rad fall, och den princip som ligger till grund därför är en klar avsikt att sprida de oundvikliga nackdelarna så rättvist som möjligt genom att — i denna särskilda situation — behandla dem som redan har haft en viss nackdel mer gynnsamt och dem som inte har haft en sådan nackdel mindre gynnsamt. Det är också värt att påminna om att den förtur som ges endast påverkar tidpunkten för tilldelning av notarietjänstgöringsplats, och då endast inom vissa definierade tidsfrister.

13 — Se ovan, punkt 32.

49. Kriteriet fullgörande av tjänstgöringsplikt motiveras av objektiva faktorer som — liksom kriteriet självt — inte direkt är att hänföra till kön. Bestämmelsen i fråga är ägnad att kompensera för (eller kanske snarare att undvika ytterligare) dröjsmål om ungefär ett år innan juridikstudierna påbörjas. Nackdelen har definierats på ett objektivt sätt och omfattar endast personer av det ena könet, av det skälet att den enligt lag (för närvarande) endast berör personer av det ena könet. Åtgärder som vidtas för att mildra dess effekter omfattas således inte av definitionen olaga diskriminering — såvida det inte antingen finns någon annan jämförbar nackdel som endast drabbar personer av det andra könet och beträffande vilken det inte har vidtagits några jämförbara åtgärder (och, vilket jag har anfört ovan, någon sådan föreligger inte i detta fall) eller åtgärderna går utöver vad som är nödvändigt för att kompensera för nackdelen (och bestämmelsen i fråga kan endast ge en fördel i 12 månader, vilket är det dröjsmål som uppstår till följd av fullgörandet av tjänstgöringsplikt).

50. Jag är medveten om att bakom den nationella domstolens sjätte och sjunde fråga finns en oro för att det dröjsmål som drabbar mäns karriärer till följd av fullgörande av tjänstgöringsplikt inte skall kompenseras på kvinnornas bekostnad eftersom kvinnorna senare kommer att åsamkas ännu längre dröjsmål som är förknippade med moderskapet. Bestämmelsen i fråga har emellertid samband med redan åsamkade objektivt bestämda nackdelar och inte med statistiskt sett troliga, men ännu osäkra, framtida nackdelar.

51. Detta innebär inte att lämpliga åtgärder som vidtas för att kompensera dröjsmål som åsamkas till följd av moderskap utgör olaga diskriminering. Det är uppenbart att sådana åtgärder inte skulle vara olagliga, utan de skulle vara tillåtna i enlighet med artikel 2.4 i direktiv 76/207 och, nu, artikel 141.4 EG. Den omständigheten att sådana åtgärder skulle vara lagliga, och lovvärda, innebär emellertid inte att avsaknaden av desamma kan medföra att andra åtgärder som vidtas för att mildra effekten av andra, objektivt bestämda, dröjsmål blir olagliga.

— Kan bestämmelsen i fråga motiveras med stöd av artikel 2.4 i direktivet (positiv särbehandling)?

52. Jag anser att bestämmelsen i fråga inte medför olaga diskriminering eftersom särbehandlingen motiveras av objektiva faktorer som inte direkt är att hänföra till kön. Jag anser således att det inte finns någon anledning att pröva bestämmelsen utifrån artikel 2.4. Vid en prövning av möjliga

motiveringar med stöd av denna bestämmelse [14], skulle man emellertid i stor utsträckning behöva beakta samma överväganden som jag har anfört ovan med avseende på en objektiv motivering.

53. Under alla förhållanden synes det stå klart att den nationella domstolen felaktigt har föreslagit att artikel 2.4 endast är tillämplig i förhållande till åtgärder till fördel för kvinnor. Kommissionen har med rätta påpekat att direktivet avser likabehandling till förmån för såväl män som kvinnor och att hänvisningen till "befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter" endast utgör ett exempel. Den omständigheten att endast kvinnor anges i exemplet har tveklöst sin grund i det allmänt kända förhållandet att de flesta fall av direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön är till nackdel för kvinnor.

— Kan artikel 6 i direktivet ge rätt till tillträde till utbildning om det inte finns någon rätt till kompensation?

54. Mot bakgrund av den slutsats jag har kommit fram till vad gäller frågan om diskriminering anser jag att den nationella domstolens sista fråga inte fordrar något svar.

55. Om EG-domstolen emellertid skulle ge ett svar på denna fråga vore det lämpligt att den i rättspraxis klart uttalade rätten till ett effektivt rättsmedel mot åsidosättanden av likabehandlingsprincipen betonas. [15] I enlighet med EG-domstolens tolkning av betydelsen och räckvidden av artikel 6 i direktivet i målet Marshall II [16], måste åtgärder vidtas för att återställa förhållandena när jämlikhet inte har respekterats. I detta fall skulle sådana åtgärder behöva innebära antingen att en icke-diskriminerande tillgång till yrkesutbildning säkerställs, eller, om det inte är möjligt, adekvat ekonomisk kompensation för den faktiskt lidna förlusten och skadan till följd av olaga diskriminering i enlighet med tillämpliga nationella bestämmelser.

14 — Eller, om den varit tillämplig av tidsmässiga skäl, *ratione temporis*, artikel 141.4 EG.

15 — Se till exempel domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Coote, punkt 22.

16 — Dom av den 2 augusti 1993 i mål C-271/91, Marshall (REG 1993, s. I-4367; svensk specialutgåva, volym 14, s. 315), punkterna 17—26, och i synnerhet punkterna 24—26.

Förslag till avgörande

56. Jag föreslår därför att EG-domstolen skall besvara de frågor som ställts av Verwaltungsgericht Frankfurt am Main enligt följande:

En medlemsstats lagar och andra författningar som reglerar turordning för tillgång till yrkesutbildning omfattas av rådets direktiv 76/207/EEG, och därmed av den däri stadgade likabehandlingsprincipen.

En bestämmelse som ger förtur till tillgång till yrkesutbildning till alla som har fullgjort en skyldighet enligt lag som endast åligger personer av det ena könet utgör inte direkt diskriminering på grund av kön men kan utgöra indirekt diskriminering på grund av kön.

En sådan bestämmelse kan inte desto mindre motiveras av objektiva faktorer som inte har samband med kön när den endast kompenserar ett dröjsmål som redan har åsamkats till följd av fullgörandet av den lagstadgade skyldigheten i fråga och när personer av det andra könet inte har åsamkats något jämförbart dröjsmål för vilket det inte finns någon motsvarande kompensation. Under sådana omständigheter utgör särbehandlingen inte olaga diskriminering.