

DOMSTOLENS DOM

11. november 1997 *

I sag C-409/95,

angående en anmodning, som Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Tyskland) i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Hellmut Marschall

mod

Land Nordrhein-Westfalen,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 1 og 4, i 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 (EFT L 39, s. 40),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G. C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene C. Gulmann, H. Ragnemalm og M. Wathelet samt dommerne G. F. Mancini,

* Processprog: tysk.

J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn (refererende dommer), J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann og L. Sevón,

generaladvokat: F. G. Jacobs

justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Land Nordrhein-Westfalen ved Bezirksregierung Arnsberg ved professor Juliane Kokott, Heinrich Heine Universität, Düsseldorf

— den spanske regering ved direktør Alberto José Navarro González, Direktoratet for EF-spørgsmål, bistået af statens advokat, Gloria Calvo Díaz, Sekretariatet for EF-ret, som befuldmægtigede

— den franske regering ved kontorchef Catherine de Salins og fuldmægtig Anne de Bourgoing, begge Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved kontorchef Wolf Okressek, Forbundskanslerens Kontor, som befuldmægtiget

— den finske regering ved konsulent Tuula Pynnä, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— den svenske regering ved afdelingschef Lotty Nordling, Handelsafdelingen, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

- Det Forenede Kongeriges regering ved Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af barrister Eleanor Sharpston

- den norske regering ved fungerende afdelingschef Beate B. Ekeberg, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Jürgen Grunwald og Marie Wolfcarius, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 11. marts 1997 er afgivet mundtlige indlæg af Land Nordrhein-Westfalen ved Juliane Kokott, af den nederlandske regering ved kommitteret Hans van den Oosterkamp, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, af den finske regering ved afdelingschef Holger Rotkirch, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, af den svenske regering ved Lotty Nordling, af Det Forenede Kongeriges regering ved Lindsey Nicoll, Eleanor Sharpston og Michael Beloff, QC, og af Kommissionen ved Jürgen Grunwald og Marie Wolfcarius,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. maj 1997,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 21. december 1995, indgået til Domstolen den 29. december 1995, har Verwaltungsgericht Gelsenkirchen i medfør af EF-traktatens artikel 177

forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, stk. 1 og 4, i 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 (EFT L 39, s. 40, herefter »direktivet«).

2 Spørgsmålet er blevet rejst under en sag, som Hellmut Marschall har anlagt mod delstaten Nordrhein-Westfalen (herefter »delstaten«) vedrørende hans ansøgning om en forfremmelsesstilling ved enhedsskolen i Schwerte (Tyskland).

3 § 25, stk. 5, andet punktum, i delstatens Beamtengesetz (tjenestemandslov), som affattet i bekendtgørelse af 1. maj 1981 (*Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen*, GVNW, s. 234), senest ændret ved artikel 1 i Siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften af 7. februar 1995 (GVNW, s. 102, herefter »den omtvistede bestemmelse«), lyder således:

»Såfremt der inden for den kompetente forfremmelsesmyndigheds område i en stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal der ved lige egnethed, kundskaber og faglig indsats gives en fortrinstillig til kvinder, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøger person, der vejer tungere.«

4 Delstaten gør gældende, at der ved den i bestemmelsen indeholdte regel om fortrinstillig er indført et yderligere forfremmelseskriterium — nemlig det at være kvinde — som sigter mod at afskaffe bestående uligheder mellem kvindelige ansøgere og deres mandlige konkurrenter. I tilfælde af lige kvalifikationer er arbejdsgiveren således tilbøjelig til at forfremme en mand i stedet for en kvinde på grundlag af visse traditionelle forfremmelseskriterier, der i praksis stiller kvinder ringere, såsom alder, anciennitet eller den betragtning, at manden er familiefar og alene om at forsørge familien.

- 5 Ved at bestemme, at kvinder skal gives en fortrinsstilling, »medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere«, har lovgiver ifølge delstaten bevidst valgt et upræcist retligt begreb for at sikre den fornødne smidighed og navnlig give forvaltningen et skøn, således at den kan tage hensyn til alle de forhold, der måtte være knyttet til ansøgenes person. Forvaltningen kan således uanset reglen om fortrinsstilling altid foretrække en mandlig ansøger, enten ud fra traditionelle eller ikke-traditionelle forfremmelseskriterier.
- 6 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Hellmut Marschall er tjenestemandsansat lærer i delstaten og indplaceret på første løntrin i lønklasse A 12.
- 7 Den 8. februar 1994 ansøgte han om en forfremmelsesstilling i lønklasse A 13 (»lærer, der er kvalificeret til at undervise på mellemskoleniveau og til at beklæde en sådan stilling«) ved enhedsskolen i Schwerte. Bezirksregierung Arnsberg meddelte ham imidlertid, at man havde til hensigt at besætte stillingen med en kvindelig medansøger.
- 8 Hellmut Marschall indgav en klage, som Bezirksregierung Arnsberg den 29. juli 1994 afviste med den begrundelse, at den valgte kvindelige medansøger skulle forfremmes i medfør af den omtvistede bestemmelse, idet hun og Hellmut Marschall under hensyn til de relevante tjenstlige bedømmelser var lige kvalificerede til stillingen, og der på det tidspunkt, hvor stillingen blev opslået, var færre kvinder end mænd i lønklasse A 13.
- 9 Hellmut Marschall anlagde derfor sag ved Verwaltungsgericht Gelsenkirchen med påstand om, at delstaten tilpligtes at forfremme ham til den omhandlede stilling.

- 10 Ifølge den forelæggende ret må det lægges til grund, at Hellmut Marschall og den valgte kvindelige medansøger er lige kvalificerede til den ledige stilling, og at afgørelsen af sagen således beror på, om den omtvistede bestemmelse er forenelig med direktivets artikel 2, stk. 1 og 4.
- 11 Verwaltungsgericht Gelsenkirchen bemærker i denne forbindelse under henvisning til Domstolens dom af 17. oktober 1995 i Kalanke-sagen (sag C-450/93, Sml. I, s. 3051), at den fortrinsstilling, den omtvistede bestemmelse som udgangspunkt giver kvinder, synes at udgøre en forskelsbehandling i direktivets artikel 2, stk. 1's forstand. Det ændrer ikke noget herved, at der undtagelsesvis kan foretrækkes en mandlig ansøger.
- 12 Den nationale ret finder det tvivlsomt, om den omtvistede bestemmelse falder inden for anvendelsesområdet for den undtagelse, der er fastsat i direktivets artikel 2, stk. 4, og som angår foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder. Der er tale om en usaglig begrænsning af grundlaget for bedømmelsen af ansøgerne, idet der alene lægges vægt på antallet af mænd og kvinder på det pågældende niveau. Desuden sætter den omtvistede bestemmelse ifølge retten ikke kvinder i stand til bedre at kunne konkurrere på arbejdsmarkedet og gøre karriere på lige fod med mænd, idet den foreskriver et bestemt resultat, mens direktivets artikel 2, stk. 4, kun tillader foranstaltninger til fremme af lige muligheder.
- 13 Verwaltungsgericht Gelsenkirchen har på den baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådet for De Europæiske Fællesskabers direktiv 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 (76/207/EØF) til hinder for en national lovgivning, hvorefter der inden for det offentlige, såfremt der i den enkelte stillingsgruppe, hvortil

forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal gives kvinder en fortrinsstilling, når mandlige og kvindelige ansøgere er lige kvalificerede (med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats), medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere ('sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen')?«

- 14 Delstaten, den østrigske, den spanske, den finske, den norske og den svenske regering samt Kommissionen er af den opfattelse, at en national regel som den omtvistede bestemmelse udgør en foranstaltning til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, der falder inden for anvendelsesområdet for direktivets artikel 2, stk. 4.
- 15 Delstaten har nærmere anført, at den fortrinsstilling, der gives kvindelige ansøgere, skal danne modvægt mod de traditionelle forfremmelseskriterier, men ikke træde i stedet for dem. Den østrigske regering finder, at en national regel som den i sagen omhandlede sigter mod at ændre nogle diskriminerende personaleudvælgelsesprocesser.
- 16 Den finske, den svenske og den norske regering har tilføjet, at den omhandlede nationale regel giver kvinder bedre muligheder for at opnå ansvarsfulde stillinger og således bidrager til at skabe balance på arbejdsmarkedet, der stadig i høj grad er opdelt efter køn, for så vidt som kvinder navnlig er beskæftiget i lavere stillinger. Ifølge den finske regering viser erfaringen bl.a., at tiltag, der alene vedrører kvinders valg af erhverv og deres faglige uddannelse eller fordelingen af de arbejdsmæssige og familiemæssige forpligtelser, ikke er tilstrækkelige til at bringe denne opdeling af arbejdsmarkedet til ophør.
- 17 Endelig har delstaten og alle disse regeringer anført, at den omtvistede bestemmelse ikke giver kvinder en absolut og ubetinget fortrinsstilling. Den ligger således inden for de grænser, Domstolen opstillede i Kalanke-dommen.

- 18 Den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering er derimod af den opfattelse, at den omtvistede bestemmelse ikke er omfattet af undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 4.
- 19 De har i denne forbindelse gjort gældende, at bestemmelsen ved at give kvindelige ansøgere en fortrinsstilling går videre end til at fremme lige muligheder, idet den tilsigter at skabe lige repræsentation af mænd og kvinder. De betragtninger, der dannede grundlag for Kalanke-dommen, gør sig således også gældende i det foreliggende tilfælde.
- 20 Den franske regering og Det Forenede Kongeriges regering har tilføjet, at den omstændighed, at der findes en fravigelsesmulighed, ikke ændrer noget ved, at den omtvistede bestemmelse er diskriminerende. Denne mulighed benyttes kun rent undtagelsesvis og har således ingen betydning i et »normalt« tilfælde, hvor der ikke er forhold, der er særligt knyttet til den mandlige ansøgers person, og som kan veje tungere end den generelle forpligtelse til at forfremme en kvindelig ansøger. Desuden er den i strid med retssikkerhedsprincippet, idet den er formuleret generelt og upræcist.
- 21 Det bemærkes, at det fremgår af direktivets artikel 1, stk. 1, at det tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse. Dette princip om ligebehandling indebærer ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, »at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte«.
- 22 Ifølge artikel 2, stk. 4, er direktivet »ikke 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 artikel 1, stk. 1, anførte områder«.

- 23 I Kalanke-dommen, præmis 16, fastslog Domstolen, at en national bestemmelse, hvorefter kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, ved forfremmelse automatisk gives en fortrinsstilling på områder, hvor der er færre kvinder end mænd på det pågældende stillingsniveau, indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn.
- 24 Det skal imidlertid bemærkes, at til forskel fra de i Kalanke-dommen omhandlede regler indeholder den omtvistede bestemmelse i nærværende sag en regel, hvorefter kvinder ikke skal gives en fortrinsstilling, såfremt der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere (»Öffnungsklausel«, herefter »fravigelsesmuligheden«).
- 25 Det skal herefter undersøges, om en national regel, hvorefter der er en sådan mulighed, er en foranstaltning til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder som omhandlet direktivets artikel 2, stk. 4.
- 26 Sidstnævnte bestemmelse har det præcise og afgrænsede formål at tillade foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som reelt fjerner eller reducerer de uligheder, der faktisk er i samfundet (jf. dom af 25.10.1988, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 15, og Kalanke-dommen, præmis 18).
- 27 Den tillader således nationale foranstaltninger på området for adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, der, idet de særligt begunstiger kvinder, har til formål at sætte dem i stand til bedre at kunne konkurrere på arbejdsmarkedet og gøre karriere på lige fod med mænd (Kalanke-dommen, præmis 19).
- 28 Som Rådet har anført i tredje betragtning til dets henstilling 84/635/EØF af 13. december 1984 om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder (EFT L 331, s. 34), er »de gældende bestemmelser om ligebehandling, der har til formål at sikre den enkeltes rettigheder ... ikke tilstrækkelige til at afskaffe alle de faktiske

uligheder, medmindre regeringerne, arbejdsmarkedets parter og andre implicerede organer sideløbende træffer foranstaltninger med henblik på at modvirke de negative virkninger, som kvinder på arbejdsmarkedet udsættes for som følge af samfundsbestemte holdninger, adfærd og struktur« (Kalanke-dommen, præmis 20).

- 29 Som det er blevet påpeget af delstaten og af flere af de regeringer, der har afgivet indlæg, synes der at være en tendens til, at selv om mandlige og kvindelige ansøgere til en forfremmelsesstilling er lige kvalificerede, vælger man en mandlig ansøger, bl.a. ud fra bestemte fordomme og stivnede forestillinger om kvindens rolle og evner på arbejdsmarkedet, og f.eks. fordi man er bange for, at kvinder oftere vil afbryde deres karriereforløb, at de som følge af deres hjemlige og familiemæssige forpligtelser ikke kan tilrettelægge deres arbejdstid lige så fleksibelt, eller at de oftere er fraværende på grund af graviditet, fødsel og amningsperioder.
- 30 Det forhold, at to ansøgere af forskelligt køn er lige kvalificerede, indebærer derfor ikke i sig selv, at de har lige muligheder.
- 31 Det følger heraf, at en national regel, hvorefter kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, i forbindelse med en forfremmelse — med forbehold af fravigelsesmuligheden — gives en fortrinsstilling på områder, hvor de er underrepræsenteret, kan falde inden for anvendelsesområdet for direktivets artikel 2, stk. 4, idet en sådan regel kan være med til at danne modvægt mod de negative virkninger, som kvindelige ansøgere er udsat for som følge af de ovenfor beskrevne holdninger og former for adfærd, og således reducere de uligheder, der faktisk er i samfundet.
- 32 Det skal imidlertid bemærkes, at eftersom artikel 2, stk. 4, er en undtagelse fra en ved direktivet hjemlet subjektiv rettighed, kan en sådan national regel, der særligt begunstiger kvindelige ansøgere, ikke give kvinder en absolut og ubetinget fortrinsstilling ved forfremmelse, uden at den overskrider grænserne for den i direktivbestemmelsen fastsatte undtagelse (Kalanke-dommen, præmis 21 og 22).

- 33 I modsætning til den i Kalanke-dommen omhandlede regel overskrider en national regel, der — som den i hovedsagen omhandlede — er forbundet med en fravigelsesmulighed, ikke disse grænser, hvis den i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgers fortrinsstilling, såfremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes. Det skal dog herved understreges, at disse kriterier ikke må være diskriminerende over for de kvindelige ansøgere.
- 34 Det er den nationale ret, der på baggrund af en undersøgelse af rækkevidden af den omtvistede bestemmelse, således som den anvendes af delstaten, skal afgøre, om disse betingelser er opfyldt.
- 35 Det forelagte spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, ikke er til hinder for en national regel, hvorefter der inden for det offentlige, såfremt der i den enkelte stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal gives kvinder en fortrinsstilling, når ansøgere af forskelligt køn er lige kvalificerede med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere, forudsat
- at reglen i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgers fortrinsstilling, såfremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes, og
 - at disse kriterier ikke er diskriminerende over for de kvindelige ansøgere.

Sagens omkostninger

- 36 De udgifter, der er afholdt af den spanske, den franske, den nederlandske, den østrigske, den finske, den svenske, Det Forenede Kongeriges og den norske regering samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Verwaltungsgericht Gelsenkirchen ved kendelse af 21. december 1995, for ret:

Artikel 2, stk. 1 og 4, i 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 er ikke til hinder for en national regel, hvorefter der inden for det offentlige, såfremt der i den enkelte stillingsgruppe, hvortil forfremmelse kan ske, er beskæftiget færre kvinder end mænd, skal gives kvinder en fortrinsstilling, når ansøgere af forskelligt køn er lige kvalificerede med hensyn til egnethed, kundskaber og faglig indsats, medmindre der er forhold knyttet til en mandlig medansøgers person, der vejer tungere, forudsat

— at reglen i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgers fortrinsstilling, såfremt en mandlig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes, og

— at disse kriterier ikke er diskriminerende over for de kvindelige ansøgere.

Rodríguez Iglesias	Gulmann	Ragnemalm	Wathelet	
Mancini	Moitinho de Almeida	Kapteyn	Murray	
Edward	Puissochet	Hirsch	Jann	Sevón

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. november 1997.

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident