

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. TESAURO
van 6 april 1995 *

1. Is een nationale regeling volgens welke vrouwen bij aanwerving en/of promotie met voorrang in aanmerking moeten komen, wanneer zij dezelfde kwalificaties hebben als hun mannelijke medekandidaten en in de betrokken loongroep ondervertegenwoordigd zijn — dat wil zeggen niet minstens de helft van het personeel uitmaken —, verenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zoals dat in de relevante gemeenschapsregeling verankerd is? Met andere woorden, vormt een quotaregeling ten gunste van vrouwen, ook al gelden daarbij de zoëven genoemde voorwaarden, een ingevolge het gemeenschapsrecht verboden discriminatie op grond van geslacht, of vormt zij een toelaatbare positieve actie omdat zij de daadwerkelijke gelijkheid van kansen in het beroepsleven beoogt te bevorderen?

Dit is in hoofdzaak de strekking van de prejudiciële vragen die het Bundesarbeitsgericht heeft gesteld met betrekking tot de uitlegging van artikel 2, leden 1 en 4, 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.¹

2. Luidens artikel 1, lid 1, beoogt deze richtlijn „de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid”. Artikel 2, lid 1, bepaalt vervolgens: „Het beginsel van gelijke behandeling (...) houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.” Volgens artikel 2, lid 4, waarvan thans om uitlegging wordt verzocht, vormt deze richtlijn evenwel geen belemmering voor de Lid-Staten om maatregelen vast te stellen en/of te handhaven „die beoogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden”.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1976, L 39, blz. 40.

Artikel 2, lid 4, wordt uitdrukkelijk aangehaald in de considerans van aanbeveling 84/635/EEG van de Raad van 13 december 1984 betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen², waarin de noodzaak wordt onderstreept van gelijktijdige maatregelen „ten einde de nadelige gevolgen te ondervangen die voor de vrouwen in het arbeidsproces voortvloeien uit attitudes, gedragspatronen en sociale structuren”, daar de bestaande rechtsnormen inzake gelijke behandeling „ontoereikend zijn voor de opheffing van alle feitelijke ongelijkheden”.³ De aanbeveling nodigt de Lid-Staten dan ook uit, „een beleid van positieve actie aan te nemen, dat ten doel heeft de feitelijke ongelijkheden die vrouwen in het beroepsleven ondervinden, weg te nemen en een gemengde werkgelegenheid te bevorderen” (punt 1) en, inzonderheid, er zorg voor te dragen dat de positieve acties zoveel mogelijk acties omvatten die betrekking hebben op „het stimuleren van sollicitaties, aanwerving en bevordering van vrouwen in sectoren, in beroepen en op niveaus waar zij ondervertegenwoordigd zijn, met name op verantwoordelijke posten” (punt 4, zesde streepje). Kortom, ten aanzien van *feitelijke ongelijkheden* worden de Lid-Staten opgeroepen, sollicitaties, aanwervingen en bevorderingen van vrouwen te *stimuleren*.

Ten slotte zij eraan herinnerd, dat een bepaling die in hoofdzaak hetzelfde doel heeft als artikel 2, lid 4, is opgenomen in artikel 6, lid 3, van de als Protocol nr. 14 aan het Verdrag van Maastricht gehechte overeenkomst betreffende de sociale politiek gesloten tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeen-

schap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Volgens deze bepaling belet het beginsel van gelijke beloning namelijk niet, „dat een Lid-Staat maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door vrouwen te vergemakkelijken of om nadelen in hun beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren”.

3. Wat de toepasselijke nationale wetgeving betreft, staat hier het Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen⁴ (Landesgleichstellungsgesetz, hierna: „LGG”) van 20 november 1990 centraal, waarvan § 4 luidt als volgt:

„Aanwerving, overgang en promotie

1. Bij de aanwerving, inclusief de aanstelling als ambtenaar of als rechter, anders dan met het oog op opleiding, moeten vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waar zij ondervertegenwoordigd zijn bij voorrang in aanmerking worden genomen.

2 — PB 1984, L 331, blz. 34.

3 — Zie derde overweging.

4 — *Bremisches Gesetzblatt*, blz. 433.

2. Bij de overgang naar een functie in een hogere loon- of salarisgroep moeten vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten met voorrang in aanmerking worden genomen, wanneer zij ondervertegenwoordigd zijn. Dit geldt ook bij overgang naar een andere post en bij promotie.

3. (...)

4. De kwalificaties mogen uitsluitend worden getoetst aan de vereisten van het beroep, de te bezetten post of de loopbaan. Specifieke ervaring en bekwaamheden, bij voorbeeld opgedaan bij huishoudelijk werk, in sociaal engagement of onbezoldigde werkzaamheden, behoren tot de in de leden 1 en 2 bedoelde kwalificaties zover zij voor de uitoefening van de betrokken werkzaamheden relevant zijn.

5. Van ondervertegenwoordiging is sprake, wanneer in de verschillende loon- en salarisgroepen van de betrokken personeelscategorie van een dienst het personeel niet minstens voor de helft uit vrouwen bestaat. Dit geldt ook voor de in het organisatieschema voor-

ziene functieniveaus.”

4. Zo kom ik bij de feiten die aan onderhavige procedure zijn voorafgegaan. In juli 1990 maakte de stad Bremen een vacature bekend voor de functie van hoofd van afdeling 21 van de park- en plantsoendienst, een post in de rang IIa/Ib BAT.⁵ Geselecteerd werden de sollicitaties van de heer Kalanke en van mevrouw Glišman, respectievelijk sedert 1973 en 1979 bij afdeling 21 in dienst als technici in rang III BAT. Kalanke, tuin- en landschapsingenieur, was ten tijde van de feiten assistent van het afdelingshoofd. Glišman studeerde in 1967 af als tuinbouwingenieur en slaagde in 1983 voor het staatsexamen landschapsingenieur.

De algemene directie van de park- en plantsoendienst stelde voor Kalanke te bevorderen; hiertegen kwam de personeelsraad in verzet. De daaropvolgende bemiddelingspoging, die uitliep op een aanbeveling voor Kalanke, werd door de personeelsraad mislukt verklaard. Daarop verzocht deze om raadpleging van de verzoeningscommissie. Deze laatste besliste op 20 februari 1991, dat „beide sollicitanten over dezelfde kwalificatie voor de vacature beschikten, zodat op grond van het Landesgleichstellungsgesetz de vrouwelijke kandidaat voorrang moest krijgen”.

5 — Bundesangestelltentarifvertrag (collectieve arbeidsovereenkomst voor functionarissen in overheidsdienst).

5. Kalanke vocht deze beslissing aan voor het Arbeitsgericht Bremen met het betoog, dat de verzoeningscommissie had miskend dat hij betere kwalificaties had en dat § 4 LGG hoe dan ook in strijd was met de artikelen 3, leden 2 en 3, en 33, lid 2, Grundgesetz, artikel 2, lid 2, Verfassung van de deelstaat Bremen alsmede met § 611 BGB. Het Arbeitsgericht verwierp het beroep. Het hoger beroep voor het Landesarbeitsgericht werd eveneens afgewezen.

gericht vastgesteld, dat de verzoeningscommissie overeenkomstig § 4 LGG terecht heeft geweigerd in te stemmen met de promotie van Kalanke. Voorts heeft het vastgesteld, dat de quotaregeling van § 4 LGG in overeenstemming is met de nationale bepalingen die volgens Kalanke zijn geschonden.

Daarop stelde Kalanke beroep tot „Revision” in voor het Bundesarbeitsgericht. Dit heeft in de eerste plaats vastgesteld, dat de oplossing van het geschil hoofdzakelijk afhangt van de toepasbaarheid van § 4 LGG, daar de beslissing van de verzoeningscommissie alleen onwettig is, indien die commissie de betrokken wet ten onrechte heeft toegepast. In dat geval zou Glibßmann namelijk een uitsluitend op grond van het geslacht toegekend en derhalve ongerechtvaardigd voordeel hebben genoten. Aangezien volgens de vaststellingen van het Landesarbeitsgericht de beslissing van de verzoeningscommissie op het punt van de gelijkwaardigheid van de kwalificaties van de kandidaten niet in strijd is met enige rechtsregel en vrouwen in de betrokken sector inderdaad ondervertegenwoordigd zijn ⁶, heeft het Bundesarbeits-

6. Niettemin heeft het Bundesarbeitsgericht het zinvol geacht, de wettigheid van § 4 LGG ook te toetsen aan het beginsel van gelijke behandeling zoals neergelegd in het gemeenschapsrecht, inzonderheid aan artikel 2, leden 1 en 4 van de richtlijn. Het heeft het Hof derhalve verzocht om een prejudiciële beslissing over de vraag: a) of artikel 2, lid 4, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat het ook ziet op een nationale regeling zoals hierboven omschreven; b) ingeval het antwoord op die vraag ontkenkend luidt, of artikel 2, lid 1, van de richtlijn, het evenredigheidsbeginsel in aanmerking genomen, verlangt dat een dergelijke nationale regeling buiten toepassing wordt gelaten.

Beide vragen hangen in werkelijkheid nauw samen en kunnen, zoals hierna zal blijken, tezamen worden beantwoord. Aangezien artikel 2, lid 1, in algemene en dwingende bewoordingen het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen vastlegt, en artikel 2, lid 4, daarop een uitzondering invoert, kan bij de uitlegging van laatstgenoemde bepaling immers niet worden voorbijgegaan aan het in artikel 2, lid 1, neergelegde beginsel. In elk geval zal de evenre-

6 — Blijkens de verwijzingsbeschikking bestaat het personeel van de stad Bremen voor 49 % uit mannen en voor 51 % uit vrouwen. Opgesplitst naar loopbaan ziet de verhouding er als volgt uit: het aandeel van de vrouwen bedraagt in het lagere kader bedraagt 75 %, in het middenkader 50 % en in het hogere kader 30 %.

digheid in de beschouwing moeten worden betrokken.

wen, om aldus de discriminaties op te heffen die deze groep in het verleden heeft ondergaan?

7. Dit gezegd zijnde, gaat het vooral om de vraag, of de quotaregeling van § 4 LGG binnen de werkingssfeer van artikel 2, lid 4, van de richtlijn valt.

8. Alvorens over te gaan tot de kern van de vraag, wil ik in het kort stilstaan bij het begrip positieve actie.

Het is de eerste keer dat het Hof uitspraak moet doen over de uitlegging van artikel 2, lid 4, van de richtlijn in verband met een quotaregeling ten gunste van vrouwen en, meer algemeen, in verband met positieve acties. De aangelegenheid is zeker niet onbelangrijk, integendeel. Het draait hier namelijk om de draagwijdte van de uitzondering van artikel 2, lid 4, maar met name om de betekenis van het gelijkheidsbeginsel, om de tegenstelling tussen formele gelijkheid, als gelijke behandeling van individuen die tot verschillende groepen behoren, en materiële gelijkheid, als gelijkheid tussen groepen. Moet het recht van elk individu om niet op grond van zijn geslacht te worden gediscrimineerd, dat het Hof zelf heeft erkend als een fundamenteel recht waarvan het de naleving garandeert⁷, wijken voor de rechten van een benadeelde groep, in dit geval de vrou-

Positieve acties vinden hun oorsprong in de noodzaak, de feitelijke hindernissen uit de weg te ruimen die bepaalde categorieën of groepen personen ondervinden, die daardoor in hun beroepsleven benadeeld worden. Het gaat daarbij in het bijzonder om één van de middelen ter verwezenlijking van *gelijke kansen* van minderheden of benadeelde groepen. In de regel gebeurt dat door voor de betrokken groepen een voorkeursbehandeling te laten gelden.⁸ Doordat de positieve acties gericht zijn op de groep als zodanig,

7 — Arrest van 15 juni 1978 (zaak 149/77, Defrenne II, Jurispr. 1978, blz. 1365, r. o. 27). Zie ook recentelijk het arrest van 28 januari 1992 (zaak T-45/90, Speybrouck, Jurispr. 1992, blz. II-33), waarin het Gerecht opnieuw bevestigd heeft, dat „het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de werkgelegenheid en, in verband daarmee, de uitsluiting van iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, deel uitmaken van de fundamentele rechten, welker eerbiediging het Hof en het Gerecht krachtens artikel 164 EEG-Verdrag verzekeren” (r. o. 47).

8 — De positieve actie werd door de democratische regeringen van de jaren zestig in de Verenigde Staten ten doop gehouden („affirmative action”). Deze maakten een typisch judiciele maatregel (tot dan werd de positieve actie opgelegd door de rechtbanken aan werkgevers die wegens discriminerende gedragingen waren veroordeeld) tot bestuursinstrument. Meer bepaald ontstond de positieve actie met de verplichting voor ondernemingen die aanbestedingsovereenkomsten met de regering hadden gesloten om, op straffe van verlies van de gegunde opdrachten, actieprogramma's ten gunste van de gekleurde bevolking op te zetten. Vanuit die opvatting werd later tot positieve acties ten gunste van andere etnische minderheden of zwakkere bevolkingsgroepen, zoals vrouwen, overgegaan. In naam van de gelijkheid werden aldus programma's voor preferentiële behandeling uitgewerkt en uitgevoerd, inzonderheid op het gebied van de toegang tot hogere opleidingen en van de aanwerving.

geven zij tevens de overgang aan van de individuele naar de collectieve benaderingswijze van gelijkheid.⁹

9. De positieve actie kan verschillende vormen aannemen. Een eerste model beoogt niet zozeer de bestrijding van discriminaties in juridische zin als wel van situaties van achterstelling, zoals die voor de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt kenmerkend zijn. Het doel daarbij is, de oorzaken weg te nemen van de geringe kansen die vrouwen op het gebied van werk en promotie (nog) hebben, met name door maatregelen op het gebied van beroepskeuze en opleiding. Een tweede model wordt gevormd door acties die gericht zijn op bevordering van het evenwicht tussen gezins- en beroepstaken en op een betere verdeling van taken over beide geslachten. Bij deze acties wordt voorrang verleend aan maatregelen op het gebied van arbeidstijden, uitbouw van kinderdagverblijven, herinschakeling van vrouwen die zich hebben beziggehouden met de opvoeding van hun kinderen, alsmede maatregelen op het gebied van de sociale zekerheid en belastingvoordelen, die rekening houden met de gezinslasten. In beide gevallen is het doel van

de positieve acties, die ook specifieke, uitsluitend op vrouwen toegesnedene maatregelen omvatten, met name ter bevordering van hun werkgelegenheid, de verwezenlijking van *gelijke kansen*, en uiteindelijk de verwezenlijking van *materiële gelijkheid*. De resultaten zullen uiteraard niet onmiddellijk in een kwantitatieve stijging van het aantal werkende vrouwen meetbaar zijn.

Een derde model van positieve actie bestaat in de bestrijding van de gevolgen van juridisch relevante historische discriminaties. In dat geval heeft de actie het karakter van een schadeloosstelling met als gevolg, dat voorkeursbehandelingen van benadeelde groepen worden gewettigd, in het bijzonder via regelingen van quota en goals.¹⁰ Dit model heeft uiteindelijk de overhand gekregen of werd toch in elk geval gezien als panacee voor de

10 — Quota en goals zijn twee systemen waarmee sedert de jaren zestig in de Verenigde Staten eraan wordt gestreefd, feitelijke ongelijkheden weg te nemen. Met de quotaregeling wordt een bepaald aantal posten aan de meest benadeelde groepen voorbehouden, teneinde de verhoudingen in evenwicht te brengen. Met de regeling van goals daarentegen krijgen de betrokken categorieën een hoger percentage toegewezen, doch zonder dat dit ten koste gaat van het recht van elke kandidaat om naar alle openstaande posten te solliciteren. De Supreme Court heeft het criterium van vaste quota steeds met klem afgewezen (Regents of the University of California/Bakke, 438 U. S. 265 1978); de regeling van goals heeft zij weliswaar aanvaard, maar de vormen en voorwaarden nader gepreciseerd. Kort gezegd, moet het programma van positieve acties een overgangsregeling zijn: het moet verstoringen van het evenwicht herstellen door gelijke uitgangspunten te creëren, maar mag het evenwicht niet met kunstgrepen opnieuw verstoren, ook al zijn de gevolgen van de vroegere discriminatie intussen opgeheven (United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC/Weber, 443 U. S. 193 1979). Vervolgens moet het programma op grond van een aantal objectief verifieerbare gegevens gerechtvaardigd zijn, zoals een kennelijke wanverhouding tussen de raciale samenstelling van de samenleving en de weerspiegeling daarvan in de universitaire microcosmos, of tussen het aantal vrouwen in verantwoordelijke functies vergeleken bij de totale vrouwelijke bevolking. In Europa hebben de positieve acties ingang gevonden, of althans aandacht gekregen, op een moment waarop zij in hun land van oorsprong in een kritieke situatie verkeerden. In de Verenigde Staten maakt intussen het strict scrutiny-criterium opgang, volgens hetwelk regelingen die beperkingen aandrengen op een fundamenteel recht, slechts gerechtvaardigd zijn wanneer zij tegemoetkomen aan een dwingend openbaar belang (compelling government interest — zie bij voorbeeld City of Richmond/Crosen, 488 U. S. 469 1989).

9 — En het is juist het gebruik van het begrip groep dat geen onverdeelde goedkeuring wegdraagt. In dit verband wordt namelijk steeds meer opgeworpen, dat de voorkeursbehandeling van bepaalde groepen het minderwaardigheidsgevoel ten overstaan van de meerderheid uiteindelijk alleen maar aanscherpt, met als gevolg dat de bevoorrechten definitief in een strak maatschappelijk keurslijf worden gemarginaliseerd. Een ander bezwaar dat tegen de preferentiële behandeling van benadeelde groepen wordt aangevoerd, is dat de doeltreffendheid van het systeem erbij inschiet wanneer het maatschappelijk succes van de besten in gevaar wordt gebracht.

opheffing van de feitelijke ongelijkheden die in de maatschappelijke werkelijkheid voorkomen: effectieve gelijkheid van kansen wordt aldus gelijkgesteld met gelijkheid van resultaten. De vaststelling van quota is een bijzonder omstreden maatregel, met name wat de grondwettigheid ervan betreft: het gaat om een middel dat weliswaar bijzonder geschikt is om de werkgelegenheid voor vrouwen te bevorderen, doch dat het beginsel van gelijkheid van individuen, een beginsel dat in de grondwet van het merendeel der Lid-Staten verankerd ligt, ten sterkste aangrijpt.

10. De quota kunnen in meerdere of mindere mate vast zijn. In dit geval gaat het zoals gezegd noch om vaste quota (die een ongeacht de verdiensten van de bevoorrechten te bereiken percentage posten vaststellen,) noch om quota die minimumvereisten vastleggen. Het gaat om quota die alleen vrouwen met dezelfde kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten een voorkeursbehandeling verzekeren.

Het is overduidelijk, dat er ook in dit laatste geval sprake is van discriminatie op grond van geslacht.

11. Elke specifieke actie ten gunste van een minoritaire of althans *zwakke* groep is per definitie in tegenspraak met het gelijkheidsbeginsel in formele zin. Daarom moet worden uitgemaakt of het niettemin denkbaar is, dat onder welbepaalde omstandigheden bepalingen worden vastgesteld die, hoewel met dit beginsel in tegenspraak, niettemin juridisch aanvaardbaar zijn, ter verwezenlijking van een doel van sociaal beleid om uit vroegere vooroordelen gegroeide ongelijkheden ongedaan te maken.

Meer bepaald moet, voor zover hier van belang, worden vastgesteld of artikel 2, lid 4, van de richtlijn voor dat doel een geschikte rechtsgrondslag vormt, met andere woorden of de litigieuze acties onder de uitzonderingsregeling van die bepaling vallen.

12. Artikel 2, lid 4, staat zoals gezegd toe, dat de Lid-Staten maatregelen vaststellen of handhaven „die beogen te *bevorderen* dat mannen en vrouwen *gelijke kansen* krijgen, in het bijzonder door *feitelijke ongelijkheden* op te heffen welke de *kansen van vrouwen* op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden *nadelig beïnvloeden*”.¹¹

Uit deze bepaling blijkt voor alles, dat de richtlijn, met het doel een daadwerkelijke

11 — Cursivering van mij.

gelijke behandeling te waarborgen, niet alleen negatieve maatregelen voorschrijft, zoals het verbod van directe en van zijdelingse of indirecte discriminatie, maar ook maatregelen waarvan de toepassing actie vereist. Dit betekent dat artikel 2, lid 4, de Lid-Staten toestaat positieve acties te nemen, doch enkel, zoals de bepaling zelf aangeeft, in de mate waarin zij erop gericht zijn gelijke kansen van mannen en vrouwen te bevorderen en te verwezenlijken, in het bijzonder door de opheffing van feitelijke ongelijkheden die de kansen van vrouwen in het beroepsleven nadelig beïnvloeden.

vertreksituaties te garanderen, lijkt mij meer dan duidelijk. De omstandigheid dat twee kandidaten van verschillend geslacht dezelfde kwalificaties hebben, brengt namelijk per definitie mee, dat zij gelijke kansen hadden en hebben: zij bevinden zich derhalve in dezelfde uitgangspositie. De in geding zijnde nationale regeling, die voorrang toekent aan vrouwen, is er dus op gericht gelijkheid van resultaten, of liever gezegd een billijke verdeling van de arbeidsplaatsen, in louter numeriek opzicht, tussen mannen en vrouwen tot stand te brengen. Zulks is mijns inziens niet het doel noch de ratio van artikel 2, lid 4, van de richtlijn.

13. Om te kunnen vaststellen welke positieve acties ingevolge artikel 2, lid 4, toelaatbaar zijn, moet het begrip *gelijke kansen* worden gedefinieerd. Meer in het bijzonder moet worden uitgemaakt, of die term doelt op gelijke vertreksituaties dan wel op gelijke resultaten. Gelijke kansen bieden kan mijns inziens enkel betekenen, in de gelegenheid stellen om gelijke resultaten te behalen, dat wil zeggen voor beide geslachten dezelfde voorwaarden bij de vertreksituatie creëren. Daartoe moeten uiteraard de feitelijke belemmeringen worden weggenomen die aan de verwezenlijking van de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt in de weg staan: dus moeten die belemmeringen eerst worden vastgesteld en vervolgens met de daartoe meest geschikte middelen worden weggenomen.

14. Dit gezegd zijnde, mag evenwel niet worden verzwegen, dat het uiteindelijke doel van de gelijkheid van kansen ligt in de bevordering van de werkgelegenheid voor vrouwen en het bereiken van een inhoudelijke gelijkheid, en dat de enkele gelijkheid van vertreksituaties op zich geen gelijkheid op het gebied van de resultaten garandeert. Deze hangt immers niet enkel af van de kwalificatie en de individuele inspanningen van de afzonderlijke betrokkenen¹², maar kan ook worden beïnvloed door een bepaalde maatschappelijke structuur die de vrouw benadeelt, met name ten gevolge van haar dubbele taak alsook ingevolge discriminaties in het verleden, waardoor haar aanwezigheid in bepaalde sectoren, inzonderheid in verantwoordelijke functies, nog steeds een marginaal verschijnsel is.

Dat de in het geding zijnde nationale regeling er in het geheel niet op gericht is, gelijke

12 — Het ligt daarenboven voor de hand, dat voor zover de methode ter beoordeling van de kwalificaties indirect discriminerend is ten nadele van de vrouw, het vraagstuk heel anders komt te liggen: dan zou er namelijk sprake zijn van een daadwerkelijke, zij het ook indirecte discriminatie, waartegen op grond van specifieke bepalingen van de richtlijn kan worden opgekomen.

Bijgevolg moet nog worden ingegaan op de vraag, of artikel 2, lid 4, van de richtlijn aldus kan worden uitgelegd, dat het ook ziet op acties die door de oplegging van quota — hetzij vaste, hetzij, zoals in casu, veranderlijke quota — op het bereiken van „resultaten” zijn gericht.

15. Bij de enige gelegenheid waarbij het Hof zich over de uitlegging van deze bepaling heeft uitgesproken, heeft het vastgesteld, dat de daarin neergelegde uitzondering „een nauwkeurig bepaald en beperkt doel heeft, te weten het toestaan van maatregelen die, hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen”.¹³ Op grond hiervan heeft het Hof bijzondere regelingen ten gunste van vrouwen, zoals arbeidstijdverkorting, vervroegd pensioen, verlof bij ziekte van kinderen, extra vakantiedagen per kind, tegemoetkomingen in de kosten van kinderopvang, van de uitzonderingsbepaling van artikel 2, lid 4, uitgesloten.

Het Hof heeft derhalve vastgesteld, dat artikel 2, lid 4, behandelingen toelaat die *enkel schijnbaar discriminerend* zijn, maar die concreet gericht zijn op de opheffing van de feitelijke belemmeringen voor gelijke kansen

van mannen en vrouwen.¹⁴ Dit bevestigt, dat het doel *materiële gelijkheid* is. Het bevestigt mijns inziens echter ook, dat dit doel niet anders kan worden bereikt dan met maatregelen gericht op een effectieve situatie van gelijke kansen, waarin bijgevolg enkel die ongelijkheden toelaatbaar zijn die noodzakelijk zijn om de belemmeringen en verschillen weg te nemen die vrouwen beletten om in dezelfde omstandigheden tot dezelfde resultaten als mannen te komen. Immers, alleen in dit opzicht zijn de specifieke maatregelen voor vrouwen enkel schijnbaar discriminerend en alleen op deze manier kan een echte, daadwerkelijke materiële gelijkheid tot stand worden gebracht.

16. Het beginsel van materiële gelijkheid impliceert, dat rekening wordt gehouden met feitelijke ongelijkheden als gevolg van het behoren tot een bepaalde categorie personen of maatschappelijke groep. Ingevolge dit beginsel mogen — en moeten — de ongelijke en nadelige gevolgen die voor de leden van die groepen uit die ongelijkheden voortvloeien, door specifieke maatregelen ongedaan althans onvoelbaar worden gemaakt.

14 — De feitelijke ongelijkheden waarmee vrouwen worden geconfronteerd, kunnen bij voorbeeld ook voortvloeien uit de arbeidsvoorwaarden, de organisatie en de verdeling van de arbeid, die, afhankelijk van het geslacht, verschillende consequenties hebben voor de werknemers, met een benadeling van de vrouwen op het gebied van beroepsopleiding en van promotie binnen dezelfde of naar een andere categorie. Tegen deze achtergrond kan een positieve actie slechts resultaat opleveren indien zij gericht is op studiekeuze en beroepsoriëntering, om aldus de toegang van vrouwen tot de sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, te bevorderen. Hierbij moet echter worden opgemerkt, dat enkele van de zoëven genoemde Franse maatregelen (inzonderheid flexibele arbeidstijden en tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang) zonder meer enkel schijnbaar discriminerend zijn, daar zij juist gericht zijn op de opheffing van de feitelijke belemmeringen die aan de verwezenlijking van de gelijkheid van kansen in de weg staan.

13 — Arrest van 25 oktober 1988 (zaak 312/86, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1988, blz. 6315, r. o. 15).

Anders dan het beginsel van formele gelijkheid, dat verbiedt dat ongelijke behandelingen van individuen worden gebaseerd op onderscheidene kenmerken als geslacht, gaat het beginsel van materiële gelijkheid uit van een positieve opvatting: juist met een beroep op het belang van die kenmerken worden ongelijke rechten gerechtvaardigd als instrument ter verwezenlijking van de gelijkheid van personen, die niet neutraal, maar met inachtneming van de verschillen in beschouwing worden genomen. Uiteindelijk impliciert het beginsel van materiële gelijkheid ook formele gelijkheid, waarop het slechts uitzonderingen duldt die door hun onderliggend doel — daadwerkelijke gelijkheid — gerechtvaardigd zijn. Het einddoel is bijgevolg hetzelfde: het waarborgen van de gelijkheid van personen.

17. Anderzijds is dit juist de logica achter de uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling. Deze bepalingen zijn niet zozeer daadwerkelijke uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie op grond van geslacht, maar dienen veeleer te waarborgen dat het gelijkheidsbeginsel zijn beslag krijgt, door de daartoe noodzakelijke ongelijkheden toe te staan. Uiteindelijk gaat het om een slechts schijnbare discriminatie, aangezien zij een verschil in behandeling ten gunste en ter bescherming van de vrouw toestaat of voorschrijft om te komen tot materiële en niet tot formele gelijkheid, die juist een miskennis van de gelijkheid zou zijn.

In dit licht ook moet de rechtspraak van het Hof betreffende de uitzondering van artikel 2, lid 3¹⁵, worden gelezen, inzonderheid

de overweging, dat „de richtlijn voor de Lid-Staten een discretionaire bevoegdheid inruimt ten aanzien van de sociale maatregelen welke moeten worden genomen om, in het door de richtlijn getrokken kader, in verband met zwangerschap en moederschap voor bescherming van de vrouw te zorgen en compensatie te bieden voor de feitelijke nadelen waarvoor de vrouw zich, vergeleken met mannen, gesteld ziet ten aanzien van het behoud van haar betrekking”.¹⁶

Op grond van deze uitzondering kunnen de Lid-Staten maatregelen treffen die ertoe strekken, de nadelige gevolgen weg te werken die voor de vrouw uit haar biologische situatie voortvloeien. De verschillende behandeling van vrouwen in bepaalde omstandigheden, zoals zwangerschap, is dan ook slechts schijnbaar discriminerend: in werkelijkheid dient zij de gevolgen van de specifieke verschillen tussen man en vrouw te neutraliseren en aldus materiële gelijkheid te garanderen. Het is dus het *verschil* dat de uitzonderingen op de formele gelijkheid, de specifieke maatregelen houdende toekenning van ongelijke rechten, rechtvaardigt: het recht gaat uit van het bestaande verschil om de materiële gelijkheid van personen te bevorderen.

18. In het geval van de in artikel 2, lid 4, bedoelde uitzondering is het verschil in

15 — Zoals bekend kunnen luidens deze bepaling de Lid-Staten regelingen vaststellen of handhaven „betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft”.

16 — Arrest van 5 mei 1994 (zaak C-421/92, Habermann-Beltermann, Jurispr. 1994, blz. I-1657, r. o. 22). Maar zie reeds in dezelfde zin arrest van 12 juli 1984 (zaak C-184/83, Hofmann, Jurispr. 1984, blz. 3047, r. o. 27).

behandeling niet gekoppeld aan een specifieke positie van de vrouw, maar geldt het voor alle vrouwen als zodanig. De voorkeursbehandeling van vrouwen vindt haar bestaansreden in de algemene situatie van benadeling, die het gevolg is van discriminaties in het verleden en van de feitelijke moeilijkheden die met het vervullen van een dubbele taak verbonden zijn.

(zoals een verschil in onderwijs en beroepsopleiding) houdt een marginalisering op de arbeidsmarkt in stand. En het lijdt geen twijfel, dat zulks een geval van feitelijke ongelijkheid oplevert, een benadeling die ongedaan moet worden gemaakt.

Het ligt maar al te zeer voor de hand, dat die moeilijkheden niet kunnen worden verholpen met een quotasysteem of soortgelijke maatregelen, die daartoe zelfs volstrekt irrelevant zijn. Daarentegen moeten maatregelen worden getroffen op het gebied van de organisatie van de arbeid, zoals arbeidstijdregelingen, structuren voor kinderopvang alsmede andere maatregelen die het mogelijk maken werk en gezin te combineren. Zoals gezegd heeft het Hof overigens — in het betrokken geval mijns inziens wat al te streng — geoordeeld, dat zelfs dergelijke nationale maatregelen niet onder de uitzondering van artikel 2, lid 4, van de richtlijn vallen en derhalve onverenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling.¹⁷

Voor een dergelijke situatie staat artikel 2, lid 4, van de richtlijn toe dat met positieve acties wordt ingegrepen, doch enkel, zoals gezegd, om de vertreksituatie van de benadeelde groep te verbeteren, om een effectieve situatie van gelijke kansen te waarborgen. Bijgevolg moet de positieve actie gericht zijn op opheffing van de belemmeringen die aan de gelijke kansen van vrouwen in de weg staan, bij voorbeeld door maatregelen op het gebied van studiekeuze en beroepsopleiding. Zij mag er daarentegen niet op gericht zijn, vrouwen gelijke resultaten op het gebied van werkgelegenheid — dus aan de eindstreep — te waarborgen ter compensatie voor discriminaties in het verleden. Kortom, de positieve actie mag niet worden gezien, en nog minder worden gebruikt, als een middel om een in het verleden scheefgetrokken situatie van gelijkheid met discriminerende maatregelen recht te trekken.

19. Wat vervolgens de discriminaties betreft die vrouwen in het verleden hebben onderhouden, kan niet worden ontkend dat de gevolgen daarvan ook thans nog voelbaar zijn. Het bestaan van een (historisch) verschil in maatschappelijke en culturele positie

20. De conclusie luidt niet anders, wanneer de onderhavige bepaling wordt gezien in het licht van de reeds aangehaalde aanbeveling

17 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, r. o. 15 en 16.

betreffende de bevordering van positieve acties. Een aanbeveling is weliswaar geen rechtens bindende regeling, maar kan wel, zoals het Hof heeft uitgemaakt, over de uitlegging van andere communautaire bepalingen die zij aanvult, duidelijkheid verschaffen.¹⁸

21. Ook in de aanbeveling wordt de positieve actie uiteindelijk gekwalificeerd als een beleidsmiddel op weg naar gelijke kansen. Een bepaling over voordelen voor vrouwen, waardoor hun werkgelegenheid bij voorrang moet worden bevorderd, is evenwel niet opgenomen. Bijgevolg kan de aanbeveling niet aldus worden uitgelegd, dat discriminaties op grond van geslacht welke niet gericht zijn op de opheffing van belemmeringen die aan gelijke kansen voor vrouwen in de weg staan, dus uiteindelijk op het bereiken van materiële gelijkheid, geoorloofd zouden zijn.

De onderhavige aanbeveling, die in haar considerans uitdrukkelijk naar artikel 2, lid 4, van de richtlijn verwijst, geeft geen definitie van positieve actie, maar bevat enkel een opgave van de mogelijke doelstellingen daarvan. Uit de opgesomde doelstellingen blijkt echter duidelijk, dat het bij de positieve actie gaat om maatregelen ter opheffing van belemmeringen en/of feitelijke ongelijkheden waarmee vrouwen worden geconfronteerd, en niet meer algemeen om maatregelen ter bestrijding van de achterstelling van vrouwen in het beroepsleven. Reeds het begrip *bevordering van de aanwezigheid en de deelneming van vrouwen in alle sectoren en beroepen* en op alle verantwoordelijkheidsniveaus, moet worden gezien als een aanmoediging, en zeker niet als een machinale voorkeur. De positieve actie berust dus op twee premissen: het bestaan van feitelijke belemmeringen, die in de weg staan aan de *verwezenlijking van gelijke kansen* van mannen en vrouwen, en het (impliciet) tijdelijke karakter van de actie, die derhalve rechtmatig is zolang de op te heffen feitelijke belemmeringen bestaan.

Ook het feit dat de begrippen „voordelen” en „nadelen (...) compenseren” voorkomen in het reeds aangehaalde artikel 6, lid 3, van het Protocol betreffende de sociale politiek, de bepaling waarin het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen is neergelegd, doet aan deze conclusie niet af. Specifieke loonvoordelen, ter compensatie van nadelen in de beroepsloopbaan en/of ter vergemakkelijking van het beroepsleven, kunnen mijns inziens hooguit bestaan in tegemoetkomingen voor moeders voor kinderopvangkosten en dergelijke, doch in geen geval in discriminerende maatregelen op grond van geslacht die niet op de opheffing van een of andere belemmering zijn gericht. Nogmaals, het perspectief is de ongedaanmaking van nadelige gevolgen die voor de vrouw uit haar specifieke situatie voortvloeien. Het doel is en blijft te komen tot een effectieve situatie van gelijke kansen voor mannen en vrouwen.

18 — Arrest van 13 december 1989 (zaak C-322/88, Grimaldi, Jurispr. 1989, blz. 4407, r. o. 18 en 19).

22. Een en ander bevestigt, dat op grond van artikel 2, lid 4, van de richtlijn enkel feitelijke ongelijkheden die vrouwen treffen, ongedaan mogen worden gemaakt, maar dat zulks in geen geval zonder meer mag gebeuren aan de hand van omgekeerde discriminaties, dat wil zeggen maatregelen die er in het geheel niet op gericht zijn de belemmeringen op te heffen die vrouwen beletten om onder dezelfde voorwaarden dezelfde resultaten na te streven, maar die ertoe strekken, vrouwen die resultaten rechtstreeks te verschaffen althans voorrang te verlenen bij het nastreven ervan, *enkel en alleen omdat het om vrouwen gaat.*

Dit betekent dat geslachtsgebonden maatregelen, die er niet op gericht zijn een belemmering op te heffen of een einde te maken aan een situatie van benadeling, thans even onrechtmatig zijn ter bevordering van de gelijkheid als zij dat vroeger waren wegens hun discriminerende werking.

23. Een dergelijke conclusie kan niet in strijd worden geacht met de beoordelingsbevoegdheid die de richtlijn de Lid-Staten inruimt voor de sociale regelingen die zij treffen om de gelijkheid van kansen van vrouwen te verwezenlijken, aangezien die bevoegdheid, zoals het Hof met betrekking tot de uitzondering van artikel 2, lid 3, heeft uitgemaakt,

steeds in het door de richtlijn getrokken kader moet worden uitgeoefend.¹⁹

Anderzijds heeft het Hof ter zake van de uitzondering van artikel 2, lid 2, onderstreept, dat „deze bepaling, die een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht, strikt moet worden uitgelegd”.²⁰ Het heeft hieraan toegevoegd, dat „bij de vaststelling van de draagwijdte van een afwijking van een individueel recht, zoals het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het evenredigheidsbeginsel, een van de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de communautaire rechtsorde, moet worden geëerbiedigd”.²¹ De betrokken nationale maatregel mag bijgevolg niet verder gaan dan hetgeen voor het nagestreefde doel geschikt en noodzakelijk is.

24. Zoals gezegd, moeten volgens de litigieuze nationale maatregel bij aanwerving en/of promotie vrouwen voorrang krijgen onder de enkele voorwaarde, dat zij dezelfde kwalificatie hebben als de mannelijke kandidaten en in de salarisgroep van de betrokken personeelscategorie ondervertegenwoordigd zijn. Deze maatregel geldt enkel voor de overheidsdienst, dus voor een sector waarin de gelijke behandeling van mannen en vrouwen per definitie daadwerkelijk gegarandeerd is of althans zou moeten zijn. Zoals ik

19 — Zie recentelijk arrest Habermann-Beltermann, reeds aangehaald, r. o. 22.

20 — Arrest van 15 mei 1986 (zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 36). Overwegingen in dezelfde zin met betrekking tot artikel 2, lid 3, in r. o. 44 van dit arrest.

21 — Arrest Johnson, reeds aangehaald, r. o. 38.

al zei, verlangt artikel 2, lid 4, van de richtlijn daarentegen, dat er sprake is van op te heffen belemmeringen en dat de genomen maatregel tijdelijk is, aangezien hij slechts rechtmatig is zolang de situatie van benadeling bestaat of voortduurt.

De litigieuze nationale regeling, ook al geldt zij voor lange tijd, is een tijdelijke maatregel, want haar bestaansreden zal komen te vervallen zodra elke salarisgroep van de verschillende diensten voor de helft uit vrouwen bestaat. Het is echter niet duidelijk, of de regeling zal worden afgeschaft wanneer het percentage van 50 % bereikt is, of dat zij steeds toepassing zal vinden wanneer het aantal vrouwen beneden het voorgeschreven percentage daalt. In elk geval mag worden aangenomen, dat het om zeer lange tijdvakken gaat. Wat vervolgens de belemmeringen betreft die deze regeling beoogt op te heffen, is het duidelijk dat het hierbij gaat om ondervertegenwoordiging. Wanneer men ervan uitgaat, dat de ondervertegenwoordiging van vrouwen in een bepaalde sector het gevolg is van een feitelijke ongelijkheid, is een dergelijke maatregel gericht op de totstandkoming van een zuiver numeriek evenwicht tussen mannen en vrouwen, zonder evenwel de belemmeringen op te heffen die tot een dergelijke situatie hebben geleid. Met andere woorden: de belemmeringen worden niet weggeruimd, maar zijn de reden waarom het verschil in behandeling op grond van geslacht gerechtvaardigd is.

In dit verband kan voorts worden opgemerkt, dat de ondervertegenwoordiging van

vrouwen in een bepaald segment van de arbeidsmarkt weliswaar een teken van ongelijkheid is, doch niet per se hoeft voort te komen uit een geslaagde poging vrouwen te marginaliseren. Vandaar dat elke voorkeursbehandeling die stelselmatig aan de ondervertegenwoordigde groep wordt voorbehouden enkel op grond van die ondervertegenwoordiging, iets willekeurigs inhoudt.

25. Uit het bovenstaande volgt, dat een maatregel als de onderhavige zeker niet evenredig is aan het doel waarnaar wordt gestreefd althans het doel waarnaar op grond van artikel 2, lid 4, van de richtlijn kan worden gestreefd, aangezien dit immers nog steeds erin bestaat, voor mannen en vrouwen gelijke kansen tot stand te brengen en niet, vrouwen in gelijke omstandigheden een resultaat te verzekeren.

Al bij al valt de betrokken nationale regeling, die overduidelijk en ontegenzeggelijk in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling in de zin van artikel 2, lid 4, van de richtlijn, niet onder de uitzondering van artikel 2, lid 4, van deze richtlijn, omdat zij er geenszins op gericht is, een daadwerkelijke gelijkheid van kansen voor vrouwen te bevorderen, maar ertoe strekt, vrouwen rechtstreeks resultaten te verzekeren.

26. Ik ben er mij van bewust, dat bovenstaande opmerkingen en de conclusie waar-

toe ik gekomen ben, niet in de lijn liggen van de standpunten van talrijke instanties die zich direct of indirect over het onderhavige probleem gebogen hebben. Ik denk hierbij onder meer aan enkele standpunten die het Europees Parlement ook onlangs nog heeft ingenomen en aan een deel van de rechtsleer en andere literatuur. Ik weet ook, dat een andere visie dan die welke ik voor juist houd, niet alleen steun zou vinden in de litigieuze regeling, maar ook in enkele al dan niet Lid-Staten van de Gemeenschap getroffen maatregelen, waarmee wederom niet de gelijkheid van kansen, maar een gelijke verdeling van arbeidsplaatsen moet worden gewaarborgd.

27. Ik meen evenwel aan de verleiding om met die stroom mee te gaan, te kunnen en te moeten weerstaan, omdat ik er vast van overtuigd ben, dat ik de stroom slechts zou moeten volgen en het Hof een dienovereenkomstige uitspraak in overweging zou moeten geven, indien ik het eens was met de richting ervan.

En dat is hier niet het geval: het fundamentele en onaantastbare doel van gelijkheid

—de echte gelijkheid en niet wat slechts wordt gedeclameerd— kan enkel worden nagestreefd met eerbiediging van het recht, in casu van een fundamenteel beginsel.

28. Hiermee doel ik niet op de grenzen van het recht alleen. Ik ben er immers van overtuigd, dat de vrouw het niet verdient, een numerieke en dus enkel formele gelijkheid te bereiken, ten koste dan nog wel van een onbetwistbare schending van een fundamentele waarde van elke beschaafde samenleving, te weten gelijkheid van rechten en gelijke behandeling van een ieder. Formele, numerieke gelijkheid is een doel dat hier of daar een geweten kan sussen, maar dat niettemin illusoir en hol blijft, zo het niet samengaat met maatregelen die werkelijk op de totstandbrenging van gelijkheid zijn afgestemd. In casu zijn dergelijke maatregelen niet aanwijsbaar althans niet relevant bevonden. Wat uiteindelijk vooral nodig is, is een diepgaande wijziging van het economisch, sociaal en cultureel model dat aan de oorsprong van de ongelijkheid ligt, een wijziging die zeker niet door getallen en inmiddels achterhaalde spitsvondige redeneringen kan worden bereikt.

29. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Bundesarbeitsgericht te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 verzet zich tegen de toepassing van een nationale regeling volgens welke vrouwen

bij aanwerving en/of promotie een recht van voorrang genieten onder de enkele voorwaarde, dat zij dezelfde kwalificaties hebben als de mannelijke kandidaten, en enkel op grond dat zij in de salarisgroep van de betrokken personeelscategorie ondervetegenwoordigd zijn, hetgeen het geval is wanneer het personeel niet minstens voor de helft uit vrouwen bestaat.”