

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

6. juli 2000 *

I sag C-407/98,

angående en anmodning, som Överklagandenämnden för Högskolan (Sverige) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Katarina Abrahamsson,

Leif Anderson

mod

Elisabet Fogelqvist,

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, fremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40),

* Processprog: svensk.

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D.A.O. Edward, og dommerne L. Sevón, P.J.G. Kapteyn (refererende dommer), P. Jann og H. Ragnemalm,

generaladvokat: A. Saggio
justitssekretær: R. Grass,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Leif Anderson selv
- den svenske regering ved kontorchef A. Kruse, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved ledende juridisk konsulent K. Oldfelt, og A. Aresu, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 16. november 1999,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved afgørelse af 14. oktober 1998, indgået til Domstolen den 26. oktober 1998, har Överklagandenämnden för Högskolan (klagenævnet for højere uddannelsesinstitutioner, herefter »Överklagandenämnden«) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt fire præjudicielle 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 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag indbragt af Katarina Abrahamsson og Leif Anderson, hvor den anden part er Elisabet Fogelqvist, vedrørende udnævnelsen af Elisabet Fogelqvist til professor i hydrosfærevidenskab ved Göteborg Universitet.

De relevante retsregler

Fællesskabsretten

- 3 Direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, bestemmer:

»1. Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

...

4. Dette direktiv er 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.«

- 4 Ifølge tredje betragtning til Rådets 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«. Rådet henstillede — under udtrykkelig henvisning til direktivets artikel 2, stk. 4 — følgende til medlemsstaterne:

- »1) at de indfører en politik for positive foranstaltninger med henblik på at fjerne de faktiske uligheder, som kvinder udsættes for i arbejdslivet, og nedbryde kønsopdelingen på arbejdsmarkedet; denne politik skal under fuld hensyntagen til de beføjelser, der tilkommer arbejdsmarkedets parter, omfatte passende generelle og specifikke foranstaltninger som led i den nationale politik og praksis, med henblik på
 - a) at modvirke eller udligne virkninger til skade for beskæftigede eller arbejdssøgende kvinder, som skyldes holdninger, adfærdsmønstre eller strukturer, der har rod i et traditionelt kønsrollemønster i samfundet
 - b) at fremme kvinders deltagelse i de forskellige former for virksomhed i de erhvervssektorer, hvor de i øjeblikket er underrepræsenteret, særlig i fremtidssektorer, samt på overordnede ansvarsniveauer for at opnå en bedre udnyttelse af alle de menneskelige ressourcer

...«

- 5 Fra ikrafttrædelsen af Amsterdam-traktaten den 1. maj 1999 har artikel 141, stk. 1 og 4, EF haft følgende ordlyd:

»1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

...

4. For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere.«

- 6 Erklæring nr. 28 — ad artikel 141 (tidl. artikel 119), stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab — der er knyttet som bilag til slutakten til Amsterdam-traktaten, indeholder følgende bestemmelse:

»Når medlemsstaterne vedtager de foranstaltninger, der er nævnt i artikel 141, stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, bør de i første omgang bestræbe sig på at forbedre kvindernes stilling på arbejdsmarkedet.«

National ret

- 7 Jämställdhetslagen (1991:433) (den svenske ligestillingslov) bestemmer i § 16, stk. 2, nr. 2, at positiv særbehandling er tilladt som et led i bestræbelser på at fremme ligestilling på arbejdsmarkedet. § 16 har følgende ordlyd:

»Det skal betragtes som ulovlig kønsdiskrimination, når en arbejdsgiver i forbindelse med ansættelse, forfremmelse eller erhvervsuddannelse med henblik på forfremmelse vælger en person frem for en anden af modsat køn, selv om den person, som forbigås, har sagligt bedre forudsætninger for arbejdet eller uddannelsen.

Dette gælder dog ikke, når arbejdsgiveren kan godtgøre, at

- 1) afgørelsen ikke har nogen direkte eller indirekte sammenhæng med den forbigåedes køn
- 2) afgørelsen er et led i bestræbelser på at fremme ligestillingen mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet, eller
- 3) afgørelsen er berettiget af hensyn til en sådan ideel eller anden særlig interesse, som det er åbenbart ikke bør vige for hensynet til ligestillingen på arbejdsmarkedet.«

- 8 Kapitel 4, § 15, i högskoleförordningen (1993:100) (den svenske bekendtgørelse om videregående uddannelse) bestemmer i den affattelse, der var gældende indtil den 1. januar 1999, (herefter »högskoleförordningen«) med hensyn til kriterierne for forfremmelse og besættelse af undervisningsstillinger følgende:

»Som forfremmelsesgrund ved besættelse af en undervisningsstilling er det afgørende, i hvilken grad den pågældende er egnet i videnskabelig eller kunstnerisk, pædagogisk, administrativ og anden henseende, som er relevant for stillingens indhold og beskaffenhed i øvrigt. Evnen til at informere om forskning og udviklingsarbejde skal endvidere tillægges betydning.

Ved besættelsen af stillingen skal der tillige tages hensyn til objektive kriterier, som er i overensstemmelse med almindelige mål i arbejdsmarkeds- og ligestillingspolitikken samt i socialpolitikken og beskæftigelsespolitikken.«

- 9 I kapitel 4, § 15a, i högskoleförordningen findes der bestemmelser om positiv særbehandling i tilfælde, hvor en højere uddannelsesinstitution har besluttet, at der kan foretages positiv særbehandling i forbindelse med besættelse af en bestemt stilling eller en vis type stillinger som led i bestræbelserne på at fremme ligestillingen på arbejdsmarkedet. I så fald vil en ansøger af det køn, der er underrepræsenteret, som har tilstrækkelige kvalifikationer til stillingen, kunne vælges frem for en ansøger af modsat køn, som ellers ville være blevet valgt, dog på betingelse af, at forskellen mellem deres kvalifikationer ikke er så stor, at anvendelsen af positiv særbehandling kommer i strid med kravet om objektivitet ved besættelsen af stillingen.

- 10 I henhold til kapitel 4, § 16, i högskoleförordningen skal der ved besættelse af stillinger som professor lægges særlig vægt på videnskabelig og pædagogisk egnethed.

- 11 Efter § 4, stk. 2, i lagen (1994:260) om offentlig anställning (den svenske lov om offentlig ansættelse), der gælder for statslige myndigheder skal egnetheden have forrang, medmindre der er særlig grund til andet. Det fremgår af forarbejderne til denne bestemmelse, at hensynet til ligestilling kan være en sådan særlig grund.
- 12 Förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (den svenske bekendtgørelse om visse ansættelser som professor og som forskningsassistent i ligestillingsøjemed (herefter »förordning 1995:936«) trådte i kraft den 1. juli 1995.
- 13 Det fremgår af forarbejderne til bekendtgørelsen (forslag 1994/95:164), at udviklingen hen imod en mere ligelig kønsfordeling blandt professorer efter regeringens opfattelse går ualmindeligt langsomt, og at der derfor er behov for en ekstraordinær indsats for på kort sigt at opnå en betydelig forøgelse af antallet af kvindelige professorer. Förordning 1995:936 indgår som et led i denne indsats, som har karakter af en engangsforeteelse, og har det formål, at der om nødvendigt skal ske såkaldt positiv særbehandling, når dette er muligt. Ifølge en regeringsbeslutning af 14. marts 1996 (dnr U 96/91) skulle indsatsen gælde 30 professorstillinger.
- 14 § 1-3 i förordning 1995:936 indeholder følgende bestemmelser:

»§ 1

Denne bekendtgørelse finder anvendelse på de ansættelser i stillinger som professor og forskningsassistent, som for særligt bevilgede midler for budgetåret

1995/96 skal oprettes og besættes ved visse statslige universiteter og højere uddannelsesinstitutioner som et led i bestræbelserne på at fremme ligestillingen på arbejdsmarkedet.

§ 2

De universiteter og højere uddannelsesinstitutioner, hvortil disse midler er bevilget, skal oprette og besætte disse stillinger i overensstemmelse med [högskoleförordningen], jf. dog de særlige bestemmelser i § 3-5. De særlige bestemmelser gælder dog kun, når stillingerne besættes første gang.

§ 3

Ved besættelsen af stillingerne træder følgende bestemmelser i stedet for högskoleförordningens kapitel 4, § 15a:

En ansøger af det køn, der er underrepræsenteret, som har tilstrækkelige kvalifikationer til stillingen, jf. [högskoleförordningens] kapitel 4, § 15, stk. 1, skal vælges frem for en ansøger af modsat køn, som ellers ville være blevet valgt, (positiv særbehandling), såfremt dette er nødvendigt for at vælge en ansøger af det køn, der er underrepræsenteret.

Der skal dog ikke ske positiv særbehandling, når forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer er så stor, at anvendelsen af positiv særbehandling kommer i strid med kravet om objektivitet ved besættelsen af stillingen.«

- 15 Det fremgår af forslag 1994/95:164, at begrænsningen i § 3, stk. 3, i förordning 1995:936 blev indført på grund af forfatningsbestemmelsen i kapitel 11, § 9, i regeringsformen, som fastslår, at der ved besættelse af stillinger inden for staten udelukkende skal lægges vægt på objektive grunde, såsom anciennitet (ansættelsesforholdets varighed) og kvalifikationer (egnethed til at varetage stillingen godtgjort gennem teoretisk og praktisk uddannelse og tidligere erfaring). Det anføres endvidere i forslag 1994/95:164, at »selv om bestræbelserne på at fremme ligestilling er en objektiv grund i regeringsformens forstand, må bestemmelsen antages at indebære, at der findes en grænse for, hvor stor forskellen i kvalifikationer må være i forbindelse med positiv særbehandling«.

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 16 Den 3. juni 1996 opslug Göteborgs Universitet et ledigt professorat i hydrosfærevidenskab. I opslaget blev det anført, at besættelsen af stillingen skulle ske som et led i bestræbelserne på at fremme ligestilling på arbejdsmarkedet, og at der ville kunne blive tale om positiv særbehandling i overensstemmelse med förordningen (1995:936).
- 17 Der var otte ansøgere, heriblandt Katarina Abrahamsson, Georgia Destouni og Elisabet Fogelqvist samt Leif Anderson.
- 18 Indstillingsudvalget for det matematisk-naturvidenskabelige fakultet (herefter også »indstillingsudvalget«), der skulle udvælge en ansøger, foretog to afstemninger, og under den første afstemning blev der taget hensyn til ansøgernes videnskabelige kvalifikationer. Ved denne afstemning blev Leif Anderson placeret som nr. 1 med fem stemmer, mens Georgia Destouni fik tre stemmer. Ved den anden afstemning, hvor der både blev taget hensyn til de videnskabelige kvalifikationer og til förordning 1995:936, blev Georgia Destouni placeret som nr. 1 med seks stemmer foran Leif Anderson, der opnåede to stemmer. Udvalget indstillede til rektoren for Göteborgs Universitet, at Georgia Destouni blev

udnævnt, og anførte derved udtrykkeligt, at det ikke var i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen i henhold til § 3, stk. 3, i förordning 1995:936 at vælge denne ansøger frem for Leif Anderson. Udvalget placerede Leif Anderson som nr. 2 og Elisabet Fogelqvist som nr. 3, i begge tilfælde under henvisning til de sagkyndige medlemmers udtalelser.

- 19 Georgia Destouni trak sin ansøgning tilbage, og universitetets rektor besluttede derefter den 27. juni 1997 at sende sagen tilbage til indstillingsudvalget, som blev anmodet om at tage stilling til de øvrige ansøgere under hensyntagen til ligestillingsaspektet og særligt til förordning 1995:936 og universitets ligestillingsplan. Den 6. november 1997 udtalte udvalget, at det ikke kunne foretage en fornyet behandling af sagen under hensyntagen hertil, eftersom der allerede var foretaget en sådan behandling, da udvalget traf sin første afgørelse. Udvalget anførte endvidere, at et flertal af dets medlemmer anså forskellen mellem Leif Anderson og Elisabet Fogelqvist for at være betydelig, men at det havde svært ved at vurdere betydningen af reglen i § 3, stk. 3, i förordning 1995:936.
- 20 Rektor for Göteborgs Universitet besluttede den 18. november 1997 at tildele Elisabet Fogelqvist professoratet. I sin afgørelse henviste rektor til förordning 1995:936 og universitetets ligestillingsplan, og rektoren anførte, at forskellen mellem ansøgerne Leif Anderson's og Elisabet Fogelqvist's kvalifikationer ikke var så stor, at positiv særbehandling af sidstnævnte var i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen.
- 21 Leif Anderson og Katarina Abrahamsson indbragte afgørelsen for Överklagandenämnden för högskolan. Leif Anderson gjorde gældende, at udnævnelsen var i strid med såvel bestemmelserne i § 3 i förordningen 1995:336 som EF-Domstolens dom af 17. oktober 1995 (sag C-450/93, Kalanke, Sml. I, s. 3051). Katarina Abrahamsson gjorde gældende, at indstillingsudvalget ikke havde behandlet ansøgerne lige i sin bedømmelse, og at hendes videnskabelige produktion var større end Elisabet Fogelqvist's. Hun anerkendte derimod, at Leif Anderson's kvalifikationer er bedre end hendes.

- 22 Den 13. marts 1998 fandt indstillingsudvalget under et nyt møde, at der ikke var grund til at omgøre den tidligere stillingtagen. Den 26. juni 1998 udtalte rektor sig ligeledes imod, at klagen blev taget til følge.
- 23 Överklagandenämnden fandt, at Leif Anderson og Elisabet Fogelqvist var de bedst kvalificerede ansøgere, og at de oplysninger, der forelå, viste, at Leif Anderson med hensyn til videnskabelige kvalifikationer var klart bedre kvalificeret end Elisabet Fogelqvist. Hvad angår pædagogiske kvalifikationer kunne ingen af de to ansøgere efter Överklagandenämndens opfattelse anses for at være nævneværdigt bedre kvalificeret end den anden. Kriteriet administrative kvalifikationer syntes heller ikke at kunne tillægges afgørende betydning, selv om Elisabet Fogelqvist kunne anses for at have et vist, om end ganske begrænset, fortrin.
- 24 Överklagandenämnden fandt endvidere, at der ved den samlede vurdering af ansøgernes kvalifikationer traditionelt og i overensstemmelse med almindelig praksis lægges særlig vægt på de videnskabelige kvalifikationer. I den konkrete sag kunne det ganske begrænsede fortrin, som Elisabet Fogelqvist måtte siges at have i administrativ henseende, ikke opveje Leif Anderson's fortrin med hensyn til videnskabelige kvalifikationer. Det principielle spørgsmål, der opstod, var derfor, om det forhold, at Elisabet Fogelqvist tilhørte det underrepræsenterede køn, efter en vurdering i overensstemmelse med förordning 1995:936 om positiv særbehandling kunne opveje Leif Anderson's fortrin, og om anvendelsen af förordning 1995:936 endvidere var i overensstemmelse med fællesskabsretten og navnlig med direktivets artikel 2, stk. 4.
- 25 For så vidt angår anvendelse af förordning 1995:936 har Överklagandenämnden anført, at rækkevidden af begrænsningen i henhold til § 3, stk. 3 (kravet om objektivitet ved udnævnelsen), i forbindelse med positiv særbehandling ikke er belyst i andre retskilder. Överklagandenämnden har dog anført, at det er nærliggende at antage, at betydningen er, at interessen i ligestilling skal afvejes mod ønsket om størst mulig effektivitet på de for hele samfundet vigtige områder, som forskning og uddannelse ved højere læreanstalter udgør. Ud fra dette synspunkt har Överklagandenämnden antaget, at kravet om objektivitet må indebære, at der ikke skal ske positiv særbehandling, såfremt det måtte indebære en klar risiko for et effektivitetstab inden for de nævnte områder, hvis den mest

kvalificerede ansøger ikke blev udvalgt. Överklagandenämnden har fundet, at det ud fra en vurdering af den aktuelle sag efter den anførte målestok næppe var i klar strid med kravet om objektivitet at udvælge Elisabet Fogelqvist.

- 26 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den i § 3 i förordning 1995:936 omhandlede form for positiv særbehandling er forenelig med fællesskabsretten, giver bestemmelserne i ligebehandlingsdirektivet fra 1976 efter Överklagandenämnden's opfattelse ikke noget entydigt svar. Efter at have konstateret, at rækkevidden af den i direktivets artikel 2, stk. 4, nævnte undtagelse fra ligebehandlingsprincippet i et vist omfang er blevet belyst af Domstolen i Kalanke-dommen og i dom af 11. november 1997 (sag C-409/95, Marschall, Sml. I, s. 6363), har Överklagandenämnden fundet, at det ikke er åbenbart unødvendigt at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende den rette fortolkning af fællesskabsretten på det pågældende punkt i medfør af EF-traktatens artikel 177.
- 27 Herefter har Överklagandenämnden ved afgørelse af 14. oktober 1998 besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende fire præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er artikel 2, stk. 1, og artikel 2, stk. 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, fremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF) til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ansøger af det underrepræsenterede køn med tilstrækkelige kvalifikationer til en stilling inden for staten skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, som ellers ville være udvalgt ('positiv særbehandling'), såfremt det er nødvendigt for, at en ansøger af det underrepræsenterede køn bliver udvalgt, og hvorefter positiv særbehandling kun skal undlades, såfremt forskellen mellem ansørgernes kvalifikationer er så stor, at en positiv særbehandling ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen?

- 2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende: Er positiv særbehandling forbudt, selv om den nationale lovgivning er begrænset til at gælde besættelsen af *enten* et på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger (som i henhold til förordningen 1995:936) *eller* stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre, og hvorefter der kan ske positiv særbehandling (som i henhold til kapitel 4, § 15a, i högskoleförordningen)?

- 3) Såfremt besvarelsen af spørgsmål 2) i nogen henseende indebærer, at en sådan positiv særbehandling er forbudt, kan den på svensk administrativ praksis og kapitel 4, § 15, stk. 2, i högskoleförordningen baserede — og af Överklagandenämnden godkendte — regel om, at en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en medansøger af det modsatte køn, forudsat at ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige, da i nogen henseende anses for at være i strid med det i spørgsmål 1) nævnte direktiv?

- 4) Har det nogen betydning for besvarelsen af ovenstående spørgsmål, om lovgivningen vedrører lavere stillinger inden for en myndighed eller de højeste slutstillinger inden for myndigheden?»

Formaliteten

- 28 Inden de forelagte spørgsmål besvares, skal det undersøges, om Överklagandenämnden för Högskolan skal anses for at være en ret i traktatens artikel 177's forstand.

- 29 For at bedømme, om et organ er en ret i denne bestemmelses forstand — et spørgsmål, som alene skal afgøres på grundlag af fællesskabsretten — tager Domstolen en række forhold i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt (jf. bl.a. dom af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 — C-147/98, Gabalfrija m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 33).
- 30 Överklagandenämnden, der er et permanent organ, er blevet oprettet ved högskolelagen (1992:1434) (lov om højere uddannelsesinstitutioner, herefter »högskolelagen«), hvori det i kapitel 5, § 1, stk. 1, bestemmes, at et særligt klagenævn (Överklagandenämnden) skal behandle klager over visse afgørelser, som træffes vedrørende højere uddannelsesinstitutioner.
- 31 Det fremgår af förordningen (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (bekendtgørelse om Överklagandenämndens virke), at af de otte medlemmer af Överklagandenämnden skal formanden og næstformanden være eller have været udnævnte dommere. Blandt de øvrige medlemmer skal mindst tre være jurister. Alle medlemmerne udnævnes af regeringen.
- 32 Överklagandenämnden foretager en selvstændig behandling af klager over afgørelser om ansættelse på universiteter og ved højere uddannelsesinstitutioner. I henhold til kapitel 1, § 9, i regeringsformen skal det i den forbindelse tage hensyn til princippet om lighed for loven og sikre objektivitet og upartiskhed. I medfør af i kapitel 11, § 7, i regeringsformen kan ingen myndighed, end ikke Riksdagen, bestemme, hvordan Överklagandenämnden skal træffe afgørelse i en konkret sag, der er indbragt for det. Der foretages kun prøvelse af klager, hvori det gøres gældende, at klageren selv skulle have været udnævnt i en stilling.

- 33 Överklagandenämnden er beslutningsdygtigt, når formanden og mindst tre andre medlemmer, heraf mindst én jurist, er til stede. Reglerne om proceduren ved Överklagandenämnden er indeholdt i förvaltningslagen (1986:23) (den svenske forvaltningslov, herefter »forvaltningsloven«). Sagerne afgøres i reglen efter en redegørelse, som udarbejdes efter, at parterne har haft lejlighed til at udtale sig og få kendskab til oplysninger, andre parter har afgivet i sagen. Mundtlig forhandling forekommer også.
- 34 Prøvelsen afsluttes med en bindende afgørelse, som ikke kan påklages (kapitel 5, § 1, stk. 2, i högskolelagen).
- 35 Det fremgår af de i præmis 30-34 i denne dom nævnte lovbestemmelser og administrative forskrifter, at Överklagandenämnden er oprettet ved lov, har permanent karakter, at det, selv om det er en forvaltningsmyndighed, virker som en retsinstans, at det træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og at sagsbehandlingen for Överklagandenämnden er kontradiktorisk, selv om det ikke udtrykkeligt er anført i forvaltningsloven.
- 36 For så vidt angår kravet om uafhængighed fremgår det af de svenske forfatningsbestemmelser nævnt ovenfor i præmis 32, at Överklagandenämnden i klagesager vedrørende visse afgørelser truffet på universiteterne og i højere uddannelsesinstitutioner træffer upartisk afgørelse uden at modtage instrukser.
- 37 På grundlag af disse garantier må Överklagandenämnden anses for at være et separat organ i forhold til de instanser, der har truffet den afgørelse, klagen angår, og for at have den nødvendige uafhængighed for at kunne anses for at være en ret i traktatens artikel 177's forstand.

- 38 Det følger heraf, at Överklagandenämnden för Högskolan må anses for at være en ret i traktatens artikel 177's forstand, og de præjudicielle spørgsmål kan derfor antages til realitetsbehandling.

Realiteten

Indledende bemærkninger

- 39 Det bemærkes indledningsvis, at den forelæggende ret med sine spørgsmål ønsker oplyst, om direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede svenske lovgivning, hvorefter der foreskrives positiv særbehandling af ansøgere af det underrepræsenterede køn ved besættelse af stillinger inden for højere uddannelsesinstitutioner.
- 40 Fortolkningen af artikel 141, stk. 4, EF, der vedrører sådanne foranstaltninger, har kun relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, hvis Domstolen finder, at direktivets artikel 2 er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede.
- 41 Det bemærkes endvidere, at direktivet i henhold til dets artikel 1, stk. 1, tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, bl.a. med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse. I henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, indebærer dette princip, at der ikke må finde nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte.

42 I henhold til artikel 2, stk. 4, er direktivet imidlertid 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.

43 Endelig bemærkes, at Domstolen i dom af 28. marts 2000 (sag C-158/97, Badeck m.fl., Sml. I, s. 1875, præmis 23) har udtalt, at en foranstaltning, der har til formål at fremme ansættelsen af kvinder ved at give dem en fortrinsstilling inden for de sektorer i den offentlige forvaltning, hvor de er underrepræsenteret, må betragtes som forenelig med fællesskabsretten, forudsat

— at den ikke giver kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere, en automatisk og ubetinget fortrinsstilling, og

— at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgers særlige, personlige forhold.

Det første spørgsmål

44 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 2, stk. 1 og 4, er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede svenske lovgivning, hvorefter en ansøger til en stilling inden for staten, der tilhører det underrepræsenterede køn og har tilstrækkelige kvalifikationer til stillingen, skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, som ellers ville være udvalgt, i tilfælde hvor dette er nødvendigt for, at en ansøger af det

underrepræsenterede køn bliver udvalgt, og forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer ikke er så stor, at det ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen.

- 45 Indledningsvis bemærkes, at i modsætning til de nationale retsregler om positiv særbehandling, som Domstolen har behandlet i de ovennævnte domme i Kalanke-, Marshall- og Badeck-sagerne, giver den nationale lovgivning i den foreliggende sag mulighed for at vælge en ansøger af det underrepræsenterede køn, som, selv om den pågældende har tilstrækkelige kvalifikationer, ikke er lige så kvalificeret som andre ansøgere af det modsatte køn.
- 46 Som udgangspunkt foretages udvælgelsen blandt ansøgere til en stilling på grundlag af en vurdering af deres kvalifikationer set i forhold til de nødvendige krav, der må stilles under hensyn til den ledige stilling eller det arbejde, der skal udføres.
- 47 I præmis 31 og 32 i Badeck-dommen fastslog Domstolen, at det er lovligt ved en sådan vurdering at tage hensyn til visse positive og negative kriterier, som, selv om de er kønsneutrale og derfor også kan komme mænd til gode, normalt er til fordel for kvinder. Det kan således beslutes, at der kun skal tages hensyn til anciennitet, alder og tidspunktet for den sidste forfremmelse, i det omfang disse omstændigheder har betydning for de mandlige og kvindelige ansøgers egnethed, kvalifikationer og faglige indsats. Det kan også beslutes, at partnerens civilstand eller indkomst er uden betydning, og at deltidsbeskæftigelse, orlov og forsinkelser i afslutningen af en uddannelse på grund af pasning af børn eller pårørende, som har behov for pleje, ikke må komme de pågældende til skade.
- 48 Sådanne kriterier har klart til formål at udvirke en reel — og ikke en formel — lighed ved at begrænse de faktiske uligheder, der kan forekomme i samfundet, og dermed i overensstemmelse med artikel 141, stk. 4, EF at forebygge eller opveje

ulemper i den erhvervsmæssige karriere for personer, der tilhører det underrepræsenterede køn.

- 49 Det bemærkes i denne henseende, at anvendelse af kriterier som de i præmis 47 nævnte skal ske åbent og kunne kontrolleres, således at en vilkårlig vurdering af ansøgernes kvalifikationer kan udelukkes.
- 50 For så vidt angår udvælgelsesproceduren i hovedsagen fremgår det ikke af den gældende svenske lovgivning, at vurderingen af ansøgernes kvalifikationer set i forhold til de nødvendige krav, der må stilles under hensyn til den ledige stilling, foretages på grundlag af klare og bestemte kriterier, der kan forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere for personer, der tilhører det underrepræsenterede køn.
- 51 Tværtimod skal en ansøger til en stilling inden for staten, der tilhører det underrepræsenterede køn og har tilstrækkelige kvalifikationer til stillingen, ifølge disse bestemmelser udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, som ellers ville være udvalgt, såfremt dette er nødvendigt for, at en ansøger af det underrepræsenterede køn bliver udvalgt.
- 52 Det følger heraf, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning giver ansøgere af det underrepræsenterede køn, der er tilstrækkeligt kvalificerede, en automatisk fortrinsstilling, når blot forskellen i kvalifikationer hos ansøgerne af hver sit køn ikke er så stor, at det ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen.

- 53 Det bemærkes, at indholdet af denne betingelse ikke kan fastlægges præcist, og at udvælgelsen af en ansøger blandt dem, der er tilstrækkeligt kvalificerede, i sidste instans alene sker på grundlag af, om den pågældende tilhører det underrepræsenterede køn, selv hvis den valgte ansøger er mindre kvalificeret end en ansøger af det modsatte køn. Endvidere foretages der ikke en objektiv vurdering af ansøgningerne, hvorunder der tages hensyn til alle ansøgernes særlige personlige forhold. Det følger heraf, at en sådan udvælgelsesmetode ikke kan anses for at være berettiget i medfør af direktivets artikel 2, stk. 4.
- 54 Det skal herefter afgøres, om en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede er berettiget i medfør af artikel 141, stk. 4, EF.
- 55 Det skal hertil blot bemærkes, at selv om artikel 141, stk. 4, EF giver medlemsstaterne beføjelse til at opretholde eller vedtage foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere, for at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet, kan det ikke heraf udledes, at en udvælgelsesmetode som den i hovedsagen omhandlede, der under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til formålet, er tilladt i medfør af denne bestemmelse.
- 56 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, og artikel 141, stk. 4, EF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ansøger til en stilling inden for staten, der tilhører det underrepræsenterede køn og har tilstrækkelige kvalifikationer til stillingen, skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, som ellers ville være udvalgt, i tilfælde hvor dette er nødvendigt for, at en ansøger af det underrepræsenterede køn bliver udvalgt, og forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer ikke er så stor, at det ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen.

Det andet spørgsmål

- 57 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, også er til hinder for en sådan national lovgivning, hvis den kun finder anvendelse på besættelse af enten et på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger eller stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre, og hvorefter der kan ske positiv særbehandling.
- 58 Det skal hertil blot bemærkes, at selv om anvendelsesområdet for en positiv særbehandlingsforanstaltning som den her omhandlede begrænses, ophører den ikke af den grund med at være en ubetinget og uforholdsmæssig foranstaltning.
- 59 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, og artikel 141, stk. 4, EF ligeledes er til hinder for en sådan national lovgivning, hvis lovgivningen kun finder anvendelse på besættelse af enten et på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger eller stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre, og hvorefter der kan ske positiv særbehandling.

Det tredje spørgsmål

- 60 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, er til hinder for en regel i national retspraksis om, at en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en medansøger af det modsatte køn, forudsat at ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige.

- 61 Det skal hertil blot bemærkes, at en sådan regel — som det er anført ovenfor i præmis 43 — må betragtes som forenelig med fællesskabsretten, forudsat at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgers særlige, personlige forhold.
- 62 Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, ikke er til hinder for en regel i national retspraksis om, at en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en medansøger af det modsatte køn, når ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige, forudsat at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgers særlige, personlige forhold.

Det fjerde spørgsmål

- 63 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om besvarelsen af det første, andet og tredje spørgsmål afhænger af, om de nationale regler vedrører udvælgelse af ansøgere til lavere stillinger eller de højeste stillinger.
- 64 Hertil skal det blot bemærkes, at fællesskabsretten på ingen måde lader anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse afhænge af, om den stilling, der skal besættes, er på et højere eller lavere niveau.
- 65 Det fjerde spørgsmål skal derfor besvares med, at bedømmelsen af, om de nationale regler om positiv særbehandling i forbindelse med ansættelse på højere uddannelsesinstitutioner er i overensstemmelse med fællesskabsretten, ikke kan afhænge af, om den stilling, der skal besættes, er på et højere eller lavere niveau.

Sagens omkostninger

- ⁶⁶ De udgifter, der er afholdt af den svenske regering og af Kommissionen, 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 (Femte Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Överklagandenämnden för Högskolan ved afgørelse af 14. oktober 1998, for ret:

- 1) 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 og artikel 141, stk. 4, EF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ansøger til en stilling inden for staten, der tilhører det underrepræsenterede køn og har tilstrækkelige kvalifikationer til stillingen, skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, som ellers ville være udvalgt, i tilfælde hvor dette er nødvendigt for, at en ansøger af det underrepræsenterede køn bliver udvalgt, og forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer ikke er så stor, at det ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen.

- 2) Artikel 2, stk. 1 og 4, i direktiv 76/207 og artikel 141, stk. 4, EF er ligeledes til hinder for en sådan national lovgivning, hvis den kun finder anvendelse på besættelse af enten et på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger eller stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre, og hvorefter der kan ske positiv særbehandling.
- 3) Artikel 2, stk. 1 og 4, i direktiv 76/207 er ikke til hinder for en regel i national retspraksis om, at en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en medansøger af det modsatte køn, når ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige, forudsat at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgers særlige, personlige forhold.
- 4) Bedømmelsen af, om de nationale regler om positiv særbehandling i forbindelse med ansættelse på højere uddannelsesinstitutioner er i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan ikke afhænge af, om den stilling, der skal besættes, er på et højere eller lavere niveau.

Edward

Sevón

Kapteyn

Jann

Ragnemalm

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. juli 2000.

R. Grass

D.A.O. Edward

Justitssekretær

Formand for Femte Afdeling