

MARSCHALL

**DOMSTOLENS DOM**  
den 11 november 1997 \*

I mål C-409/95,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget, från Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Tyskland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

**Hellmut Marschall**

och

**Land Nordrhein-Westfalen,**

angående tolkningen av artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40),

meddelar

**DOMSTOLEN**

sammansatt av ordföranden G. C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena C. Gulmann, H. Ragnemalm och M. Wathelet samt domarna G. F. Mancini,

\* Rättegångspråk: tyska.

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

generaladvokat: F. G. Jacobs,  
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H. A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Land Nordrhein-Westfalen, företrädd av Bezirksregierung Arnsberg, genom professor Juliane Kokott, Heinrich Heine Universität Düsseldorf,
- Spaniens regering, genom Alberto José Navarro González, generaldirektör med ansvar för samordning av gemenskapsrättsliga tvister, biträdd av Gloria Calvo Díaz, abogado del Estado, statens rättstjänst, båda i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom Catherine de Salins, sous-directeur, utrikesministeriets rättsavdelning, och Anne de Bourgoing, chargé de mission, samma avdelning, båda i egenskap av ombud,
- Österrikes regering, genom Wolf Okressek, Ministerialrat, Bundeskanzleramt, Verfassungsdienst, i egenskap av ombud,
- Finlands regering, genom lagstiftningsrådet Tuula Pynnä, utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud,
- Sveriges regering, genom rättschefen Lotty Nordling, Utrikesdepartementet, i egenskap av ombud,

- Förenade kungarikets regering, genom Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, i egenskap av ombud, biträdd av Eleanor Sharpston, barrister,
- Norges regering, genom Beate B. Ekeberg, tillförordnad avdelningschef vid utrikesministeriet, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren Jürgen Grunwald och Marie Wolfcarius, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 11 mars 1997 av: Land Nordrhein-Westfalen, företrädd av Juliane Kokott, Nederländernas regering, företrädd av juridiske rådgivaren Hans van den Oosterkamp, utrikesministeriet, Finlands regering, företrädd av Holger Rotkirch, avdelningschef för utrikesministeriets rättsavdelning, Sveriges regering, företrädd av Lotty Nordling, Förenade kungarikets regering, företrädd av Lindsey Nicoll, Eleanor Sharpston och Michael Beloff, QC, samt kommissionen, företrädd av Jürgen Grunwald och Marie Wolfcarius,

och efter att den 15 maj 1997 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

1 Verwaltungsverfahren Gelsenkirchen har genom begäran om förhandsavgörande av den 21 december 1995, som inkom till domstolen den 29 december samma år, i

enlighet med artikel 177 i EG-fördraget ställt en fråga om tolkningen av artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40, nedan kallat direktivet).

- 2 Denna fråga har uppkommit i en tvist mellan Hellmut Marschall och Land Nordrhein-Westfalen (nedan kallad delstaten) med anledning av att Hellmut Marschall ansökt om befordran till en högre tjänst vid en skola i Schwerte (Tyskland).
- 3 I 25.5 § andra meningen i Beamten-gesetz (delstatens lag om offentlig anställning), i den version som publicerades den 1 maj 1981 (*GVNW*, s. 234), senast ändrad genom artikel 1 i sjunde lagen om ändring av vissa regler om offentlig anställning av den 7 februari 1995 (*GVNW*, s. 102, nedan kallad den omtvistade bestämmelsen), föreskrivs följande:

”Om färre kvinnor än män är anställda i den tjänstegrupp till vilken befordran är aktuell vid en myndighet, skall kvinnor ges företräde om de sökande har samma lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att välja denne.”

- 4 Enligt delstatens yttrande har genom företrädesregeln i denna bestämmelse införts ett ytterligare kriterium för befordran, nämligen egenskapen att vara kvinna, vilket syftar till att neutralisera den ojämlika situation i vilken kvinnliga sökande befinner sig i förhållande till sina manliga konkurrenter. Enligt delstaten tenderar arbetsgivare, i fall med likvärdiga meriter, att befordra en man framför en kvinna på grund av vissa traditionella befordringskriterier som i praktiken missgynnar kvinnor, såsom ålder, tjänstear och hänsyn till att sökanden är ensam familjeförsörjare.

- 5 Genom att föreskriva att kvinnor skall ges företräde vid befordran, ”om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att välja denne”, har lagstiftaren, enligt delstatens yttrande, medvetet valt en oprecis rättslig term för att garantera tillräcklig flexibilitet och särskilt för att göra det möjligt för myndigheten att beakta alla omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person. Följaktligen kan myndigheten, trots företrädesregeln, alltid välja en manlig sökande på grund av traditionella eller icke traditionella befordringskriterier.
  
- 6 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Hellmut Marschall arbetar som fast anställd lärare i delstatens tjänst med en lön motsvarande grundlönen i lönegrad A 12.
  
- 7 Den 8 februari 1994 ansökte han om befordran till en tjänst i lönegrad A 13 (”lärare med behörighet att på vederbörligt förord undervisa på Sekundarstufe I”) vid en skola i Schwerte. Bezirksregierung Arnsberg meddelade honom emellertid att man hade för avsikt att tillsätta tjänsten med en konkurrent.
  
- 8 Hellmut Marschall anförde klagomål som Bezirksregierung avskog genom beslut av den 29 juli 1994 med motiveringen att den konkurrent som valts ut måste befordras enligt den omtvistade bestämmelsen, eftersom denna person och Hellmut Marschall enligt betygsrapporterna hade likvärdiga meriter och eftersom, vid tjänstens utannonsering, färre kvinnor än män var anställda i lönegrad A 13.
  
- 9 Hellmut Marschall väckte då talan vid Verwaltungsgericht Gelsenkirchen och yrkade att delstaten skulle förpliktas befordra honom till tjänsten i fråga.

- 10 Den nationella domstolen fann att Hellmut Marschall och den konkurrent som hade valts ut hade likvärdiga meriter för den tjänst som skulle tillsättas och ansåg att tvistens lösning berodde på om den omtvistade bestämmelsen var förenlig med artikel 2.1 och 2.4 i direktivet.
  
- 11 Verwaltungsgericht Gelsenkirchen ansåg med hänvisning till domstolens dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, Kalanke (REG 1995, s. I-3051) att det företräde kvinnor som princip ges genom den omtvistade bestämmelsen förefaller utgöra diskriminering i den mening som avses i artikel 2.1 i direktivet. Denna diskriminering undanröjs inte genom möjligheten att i undantagsfall ge manliga sökande företräde.
  
- 12 Den nationella domstolen ansåg vidare att det förelåg tvivel om huruvida den omtvistade bestämmelsen omfattas av tillämpningsområdet för det undantag som föreskrivs i artikel 2.4 i direktivet och som rör åtgärder som syftar till att främja lika möjligheter för kvinnor och män. Bedömningen av de sökande blir otillbörligt inskränkt, eftersom den numeriska proportionen mellan män och kvinnor blir det enda kriterium som beaktas. Den omtvistade bestämmelsen förbättrar dessutom inte kvinnors möjlighet att konkurrera på arbetsmarknaden och att göra karriär på samma villkor som män utan föreskriver ett resultat, medan artikel 2.4 i direktivet endast tillåter åtgärder som syftar till att främja lika möjligheter för kvinnor och män.
  
- 13 Mot denna bakgrund har den nationella domstolen beslutat att förklara målet vilande och ställt följande fråga till domstolen:

”Utgör artikel 2.1 och 2.4 i Europeiska gemenskapernas råds direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG) hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken kvinnor, inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp, skall ges företräde vid befordran, i fall då de män och kvinnor som

ansöker om befordran till en tjänst i denna tjänstegrupp har likvärdiga meriter (lämplighet, kvalifikationer, yrkesskicklighet), om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med den manlige sökandens person finns övervägande skäl att välja denne ('sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen')?"

- 14 Delstaten, den österrikiska, den spanska, den finska, den norska och den svenska regeringen samt kommissionen anser att en nationell regel som den omtvistade bestämmelsen utgör en sådan åtgärd för att främja lika möjligheter för kvinnor och män som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.4 i direktivet.
- 15 Delstaten har i detta avseende anmärkt att det företräde som ges kvinnliga sökande avser att utgöra en motvikt till de traditionella befordringskriterierna, utan att för den skull ersätta dem. Den österrikiska regeringen anser att en nationell regel som den som nu är i fråga är ämnad att rätta till diskriminerande förfaranden för urval av personal.
- 16 Den finska, den svenska och den norska regeringen har tillagt att den nationella regeln i fråga främjar kvinnors tillträde till ansvarsfulla tjänster och således bidrar till att skapa balans på arbetsmarknaden, vilken, som den ser ut för närvarande, fortfarande i hög grad är uppdelad efter kön, på så sätt att andelen kvinnor är högre bland lägre tjänster. Enligt den finska regeringen visar tidigare erfarenheter bland annat att åtgärder som endast avser kvinnors yrkesinriktning och utbildning, eller fördelning av ansvaret för arbete och familj, inte räcker till för att förändra denna uppdelning av arbetsmarknaden.
- 17 Delstaten och samtliga regeringar anser slutligen att den omtvistade bestämmelsen inte undantagslöst och ovillkorligt garanterar kvinnor företräde. Bestämmelsen faller således inom de gränser som domstolen dragit upp i den ovannämnda domen i målet Kalanke.

- 18 Den franska och den brittiska regeringen anser däremot att den omtvistade bestämmelsen inte omfattas av undantaget i artikel 2.4 i direktivet.
- 19 De har i detta avseende gjort gällande att denna bestämmelse går längre än att främja lika möjligheter och syftar till att upprätta lika representation mellan kvinnor och män, genom att ge kvinnliga sökande företräde. Domstolens resonemang i den ovannämnda domen i målet Kalanke är därför tillämpligt.
- 20 Den franska och den brittiska regeringen har tillagt att undantagsregeln inte medför att den omtvistade bestämmelsen inte är diskriminerande. Denna regel är endast tillämplig i undantagsfall och påverkar således inte ett " normalt " fall, där skäl som särskilt sammanhänger med den manlige sökandens person, och som gör att han kan väljas trots den allmänna skyldigheten att ge den kvinnliga sökanden företräde, saknas. Eftersom bestämmelsen är formulerad i ordalag som är både allmänna och oprecisa, strider den dessutom mot rättssäkerhetsprincipen.
- 21 Det framgår av artikel 1.1 i direktivet att syftet med direktivet är att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män, bland annat i fråga om tillgång till anställning, inbegripet befordran. Denna princip om likabehandling innebär enligt artikel 2.1 i direktivet " att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt ".
- 22 Enligt ordalydelsen i artikel 2.4 i direktivet skall direktivet " inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1 ".



- 23 I punkt 16 i den ovannämnda domen i målet Kalanke har domstolen konstaterat att en nationell föreskrift vari föreskrivs att kvinnor, om de har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har, vid befordran automatiskt skall ha företräde inom de områden där de är underrepresenterade medför en diskriminering på grund av kön.
- 24 Det skall dock fastslås att, till skillnad från den lagstiftning som var aktuell i domen i målet Kalanke, den omtvistade bestämmelsen innehåller en regel om att kvinnor inte skall ges företräde om det på grund av omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person finns övervägande skäl att välja denne ("Öppningsklausel", nedan kallad undantagsregeln).
- 25 Det skall därför prövas huruvida en nationell regel som innehåller ett sådant undantag syftar till att främja lika möjligheter för kvinnor och män i den mening som avses i artikel 2.4 i direktivet.
- 26 Den sistnämnda bestämmelsen har till precis och avgränsat syfte att tillåta sådana åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället (se dom av den 25 oktober 1988 i mål 312/86, kommissionen mot Frankrike, Rec. 1988, s. 6315, punkt 15, och den ovannämnda domen i målet Kalanke, punkt 18).
- 27 Sålunda tillåter denna bestämmelse nationella åtgärder i fråga om tillgång till anställning, inbegripet befordran, vilka, genom att särskilt gynna kvinnor, syftar till att förbättra deras möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på samma villkor som män (se den ovannämnda domen i målet Kalanke, punkt 19).
- 28 Som rådet har anfört i tredje övervägandet till sin rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor (EGT L 331, s. 34, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå), är "de gällande reglerna om likabehandling som har till syfte att tillförsäkra enskilda rättigheter inte tillräckliga för att avskaffa alla former av faktiska

ojämlikheter, om inte regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ dessutom vidtar åtgärder för att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för som en följd av attityder, beteenden och strukturer i samhället” (se domen i målet Kalanke, punkt 20).

- 29 Såsom delstaten och flera av de regeringar som har yttrat sig i målet har anfört synes arbetsgivare emellertid, även då sökandena har likvärdiga meriter, tendera att vid befordran ge manliga sökande företräde framför kvinnliga sökande, bland annat på grund av fördomar och stereotypa föreställningar om kvinnorollen och kvinnors kapacitet i arbetslivet samt av oro exempelvis för att kvinnor oftare skall göra avbrott i karriären, att de, på grund av sina uppgifter i hemmet och familjen, kommer att organisera sin arbetstid mindre flexibelt och att de oftare kommer att vara frånvarande från arbetet på grund av graviditeter, födselar och amningsperioder.
- 30 Av dessa skäl innebär inte enbart den omständigheten att två sökande av olika kön har likvärdiga meriter att de har lika möjligheter.
- 31 Av detta följer att en nationell regel, enligt vilken kvinnor, inom områden där de är underrepresenterade, skall ges företräde vid befordran om de har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har, för det fall inte undantagsregeln skall tillämpas, kan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.4, om en sådan regel kan bidra till att utgöra en motvikt till de negativa verkningar för kvinnliga sökande som följer av de attityder och beteenden som beskrivits ovan och till att på detta sätt begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhällslivet.
- 32 Det skall dock erinras om att artikel 2.4 utgör ett undantag från en rättighet som enskilda tillförsäkras genom direktivet, varför denna nationella regel som särskilt gynnar kvinnliga sökande inte undantagslöst och ovillkorligt får garantera kvinnor företräde vid befordran om den inte skall överskrida gränsen för undantaget i denna bestämmelse (se den ovannämnda domen i målet Kalanke, punkterna 21 och 22).

- 33 I motsats till den lagstiftning som var aktuell i målet Kalanke överskrider en nationell lagstiftning vilken, såsom den i målet vid den nationella domstolen, innehåller en undantagsregel inte dessa gränser, om den i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas. Det skall dock anmärkas att sådana kriterier inte får diskriminera kvinnliga sökande.
- 34 Det ankommer på den nationella domstolen att, genom en prövning av den omtvistade bestämmelsens räckvidd såsom den tillämpas i delstaten, avgöra om dessa villkor är uppfyllda.
- 35 Den nationella domstolens fråga skall således besvaras så, att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet inte utgör hinder för en nationell regel enligt vilken kvinnliga sökande inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp skall ges företräde vid befordran, i fall då sökande av olika kön som ansöker om befordran har likvärdiga meriter vad avser lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person finns övervägande skäl att välja denne, under förutsättning att:
- denna regel i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas, och
  - sådana kriterier inte diskriminerar kvinnliga sökande.

## Rättegångskostnader

- 36 De kostnader som har förorsakats av den spanska, den franska, den nederländska, den österrikiska, den finska, den svenska, den brittiska och den norska regeringen samt Europeiska gemenskapernas kommission, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

## DOMSTOLEN

— angående den fråga som genom beslut av den 21 december 1995 förts vidare av Verwaltungsgericht Gelsenkirchen — följande dom:

Artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör inte hinder för en nationell regel enligt vilken kvinnliga sökande inom offentliga förvaltningar där färre kvinnor än män är anställda i en viss tjänstegrupp skall ges företräde vid befordran, i fall då sökande av olika kön som ansöker om befordran har likvärdiga meriter vad avser lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, om det inte på grund av omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person finns övervägande skäl att välja denne, under förutsättning att:

— denna regel i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas, och

— sådana kriterier inte diskriminerar kvinnliga sökande.

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

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 11 november 1997.

R. Grass

Justitiesekreterare

G. C. Rodríguez Iglesias

Ordförande