ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

6 juli 2000 *

In zaak C-407/98,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van Överklagandenämnden för Högskolan (Zweden), in het aldaar aanhangig geding tussen

K. Abrahamsson,

L. Anderson

en

E. Fogelqvist,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging 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 (PB L 39, blz. 40),

* Procestaal: Zweeds.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: D. A. O. Edward, kamerpresident, L. Sevón, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), P. Jann en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: A. Saggio
griffier: R. Grass

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— L. Anderson, vertegenwoordigd door hemzelf,

— de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Kruse, departementsråd bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Oldfelt, juridisch hoofdadviseur, en A. Aresu, lid van de juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 november 1999,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 14 oktober 1998, ingekomen bij het Hof op 26 oktober daaraanvolgend, heeft Överklagandenämnden för Högskolan (college van beroep voor het hoger onderwijs) het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) vier prejudiciële vragen gesteld over 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 (PB L 39, blz. 40; hierna: „richtlijn").

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen K. Abrahamsson en L. Anderson enerzijds en E. Fogelqvist anderzijds, ter zake van de benoeming van laatstgenoemde als hoogleraar in de hydrosfeerwetenschappen aan de universiteit te Göteborg.

Juridisch kader

Gemeenschapsrecht

3 Artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn bepaalt:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen 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.

(...)

4. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen 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."

4 De derde overweging van de considerans van aanbeveling 84/635/EEG van de Raad van 13 december 1984 betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen (PB L 331, blz. 34), luidt als volgt: „Overwegende dat de bestaande rechtsnormen inzake gelijke behandeling, die ten doel hebben rechten te geven aan individuele personen, ontoereikend zijn voor de opheffing van alle feitelijke ongelijkheden tenzij de regeringen, de sociale partners en andere betrokken instanties gelijktijdig maatregelen treffen teneinde de nadelige gevolgen te

ondervangen die voor de vrouwen in het arbeidsproces voortvloeien uit attitudes, gedragspatronen en sociale structuren." Onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 2, lid 4, van de richtlijn heeft de Raad de lidstaten aanbevolen:

„1. 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; dit beleid moet passende algemene en specifieke maatregelen omvatten die in het kader van het nationale beleid en de nationale gebruiken en met volledige inachtneming van de bevoegdheden van de sociale partners ten uitvoer worden gelegd, teneinde:

a) de voor werkende of werkzoekende vrouwen nadelige effecten die het resultaat zijn van attitudes, gedragspatronen en structuren welke berusten op het denkbeeld van een traditionele verdeling van de rollen van mannen en vrouwen in de samenleving, weg te nemen of te compenseren,

b) de deelneming van vrouwen aan de verschillende beroepsactiviteiten in de sectoren van het beroepsleven waar zij thans ondervertegenwoordigd zijn te bevorderen, en dit met name in de sectoren met toekomst en op hoge niveaus van verantwoordelijkheid, om tot een betere benutting van het menselijk potentieel te komen;

(...)"

5 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999 bepaalt artikel 141, leden 1 en 4, EG:

„1. Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.

(...)

4. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren."

6 Verklaring (nr. 28) ad artikel 141 (ex artikel 119), lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, die aan de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam is gehecht, luidt als volgt:

„Bij het aannemen van maatregelen als bedoeld in artikel 141, lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap dienen de lidstaten in de eerste plaats te streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven."

Nationaal recht

7 De jämställdhetslag (1991:433) (Zweedse wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen) bepaalt in § 16, lid 2, punt 2, dat maatregelen van positieve discriminatie geoorloofd zijn, voor zover zij bijdragen tot de bevordering van de gelijke behandeling op de werkplek. Deze bepaling luidt als volgt:

„Van ongeoorloofde discriminatie op grond van geslacht is sprake, wanneer een werkgever in het kader van een aanstelling, promotie of beroepsopleiding een persoon van het ene geslacht verkiest boven iemand van het andere geslacht, ofschoon de niet-gekozen persoon beter voldoet aan de objectieve voorwaarden voor het bezetten van de functie of voor het deelnemen aan de opleiding.

Dit geldt echter niet, wanneer de werkgever kan aantonen, dat

1) zijn beslissing geen rechtstreeks of indirect verband houdt met het geslacht van de benadeelde persoon;

2) zijn beslissing past binnen een beleid ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsleven, of

3) zijn beslissing gerechtvaardigd is uit hoofde van een moreel of ander bijzonder belang, dat kennelijk niet behoeft te wijken voor het belang van de gelijke behandeling in het beroepsleven."

8 § 15 van hoofdstuk 4 van högskoleförordningen (1993:100) (Zweedse verordening op het hoger onderwijs), in de vóór 1 januari 1999 geldende versie (hierna: „verordening 1993:100"), bepaalt ten aanzien van de redenen voor promotie en benoeming in onderwijsfuncties:

„De redenen voor benoeming in een onderwijsfunctie moeten zijn gelegen in verdiensten van wetenschappelijke, artistieke, pedagogische, bestuurlijke of andere aard, verband houdend met de vakdiscipline en met de aard van de functie in het algemeen. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de vaardigheid van de kandidaat om zijn onderzoeks- en ontwikkelingswerk op anderen over te brengen.

Voorts dienen bij de benoeming objectieve redenen in aanmerking te worden genomen die stroken met de algemene doelstellingen van het beleid op het gebied van de arbeidsmarkt, de gelijke behandeling, het sociaal beleid en het werkgelegenheidsbeleid."

9 § 15, sub a, van hoofdstuk 4 van verordening 1993:100 voorziet in een specifieke vorm van positieve discriminatie voor het geval dat een hogeschool heeft besloten, dat een dergelijke discriminatie bij het vervullen van bepaalde vacatures of soorten vacatures kan worden toegepast teneinde de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de werkplek te bevorderen. In dat geval kan een tot een ondervertegenwoordigd geslacht behorende kandidaat die over voldoende kwalificaties voor de functie beschikt, met voorrang boven een kandidaat van het andere geslacht worden gekozen, mits het verschil tussen de respectieve kwalificaties niet zo groot is, dat de toepassing van deze regel in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit.

10 Overeenkomstig § 16 van hoofdstuk 4 van verordening 1993:100 moet bij de benoeming van een hoogleraar bijzondere waarde worden gehecht aan diens wetenschappelijke en pedagogische kwaliteiten.

11 Volgens § 4, lid 2, van de lag (1994:260) om offentlig anställning (Zweedse wet betreffende openbare functies), die van toepassing is op overheidsinstellingen, is de bekwaamheid van de kandidaat bepalend, voor zover geen bijzonder motief een andere handelwijze rechtvaardigt. Blijkens de voorbereidende stukken betreffende deze bepaling kan het doel van gelijke behandeling een dergelijk bijzonder motief vormen.

12 De förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (Zweedse verordening op bepaalde benoemingen als hoogleraar en als wetenschappelijk assistent met het oog op de bevordering van de gelijkheid; hierna: „verordening 1995:936") is op 1 juli 1995 in werking getreden.

13 Uit de voorbereidende stukken betreffende deze verordening (ontwerp 1994/95:164) blijkt, dat volgens de Zweedse regering de ontwikkeling in de richting van een meer evenwichtige verdeling tussen mannen en vrouwen van de banen op onderwijsgebied in een bijzonder traag tempo heeft plaatsgevonden, zodat een buitengewone inspanning zal moeten worden geleverd om op korte termijn een aanmerkelijke stijging van het aantal vrouwelijke hoogleraren te bewerkstelligen. Deze doelgerichte inspanning wordt tot uiting gebracht in verordening 1995:936, die ertoe strekt, zo nodig en voor zover mogelijk, zogeheten maatregelen van positieve discriminatie toe te passen. Ten gevolge van een besluit van de Zweedse regering van 14 maart 1996 (dnr U 96/91) gold die inspanning voor 30 banen van hoogleraar.

14 De §§ 1 tot en met 3 van verordening 1995:936 luiden als volgt:

„§ 1

Deze verordening heeft betrekking op vacatures voor hoogleraren en wetenschappelijk assistenten, die op basis van speciaal aangewezen middelen op de

begroting 1995/96 in bepaalde rijksuniversiteiten en -hogescholen worden gecreëerd en bezet in het kader van inspanningen ter bevordering van de gelijke behandeling in het beroepsleven.

§ 2

De universiteiten en hogescholen waaraan middelen van benoemingen zijn toegewezen, moeten de desbetreffende vacatures creëren en bezetten overeenkomstig [verordening 1993:100], met inachtneming van de afwijkingen als bedoeld in de §§ 3 tot en met 5 van de onderhavige verordening. Deze afwijkingen gelden evenwel uitsluitend wanneer voor het eerst in de vacatures wordt voorzien.

§ 3

Bij de bezetting van vacatures gelden in plaats van § 15, sub a, van hoofdstuk 4 van [verordening 1993:100] de volgende bepalingen.

Een kandidaat die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort en die over voldoende kwalificaties beschikt in de zin van § 15, lid 1, van hoofdstuk 4 van [verordening 1993:100], moet voorrang krijgen boven een kandidaat van het andere geslacht die anders zou zijn gekozen (‚positieve discriminatie'), indien zulks noodzakelijk blijkt om een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen.

Positieve discriminatie mag evenwel niet plaatsvinden wanneer het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit."

15 Blijkens ontwerp 1994/95:164 is de beperking in § 3, lid 3, van verordening 1995:936 ingevoegd met het oog op § 9 van hoofdstuk 11 van de Zweedse grondwet, volgens welke bepaling bij de benoeming in overheidsfuncties alleen objectieve criteria in aanmerking mogen worden genomen, zoals de verdiensten (duur van vorige dienstverbanden) en de bekwaamheid (geschiktheid om de functie te vervullen, blijkend uit vorming en training en werkervaring). In ontwerp 1994/95:164 wordt tevens verklaard, dat „de doelstelling van bevordering van de gelijkheid weliswaar een objectieve reden in de zin van de Zweedse grondwet is, doch dat uit die bepaling volgt, dat het verschil in niveau van de verdiensten dat in geval van positieve discriminatie is toegestaan, aan zekere grenzen is gebonden".

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

16 Op 3 juni 1996 kondigde de universiteit te Göteborg aan, dat er een leerstoel in de hydrosfeerwetenschappen vacant was. In de advertentie stond vermeld, dat de bezetting van deze functie diende bij te dragen tot de bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsleven en dat positieve discriminatie zou kunnen worden toegepast overeenkomstig verordening 1995:936.

17 Acht kandidaten solliciteerden, waaronder de dames Abrahamsson, Destouni en Fogelqvist en de heer Anderson.

18 De benoemingscommissie van de faculteiten der natuurwetenschappen (hierna: „jury"), die met de selectie was belast, hield tweemaal een stemming. Bij de eerste stemming werd uitsluitend rekening gehouden met de wetenschappelijke kwalificaties van de kandidaten. Hierbij kwam de heer Anderson als eerste uit de bus met vijf stemmen en kreeg mevrouw Destouni drie stemmen. Bij de tweede stemming, waarbij naast de wetenschappelijke kwalificaties ook rekening werd gehouden met verordening 1995:936, kwam mevrouw Destouni als eerste uit de bus met zes stemmen, terwijl de heer Anderson twee stemmen kreeg. De jury stelde daarop aan de rector van de universiteit te Göteborg voor om mevrouw Destouni te benoemen, waarbij zij uitdrukkelijk aangaf, dat de benoeming van deze kandidaat in plaats van de heer Anderson niet in strijd was met de

objectiviteitseis in de zin van § 3, lid 3, van verordening 1995:936. Onder verwijzing, in beide gevallen, naar de deskundigenrapporten, klasseerde de jury de heer Anderson als tweede en mevrouw Fogelqvist als derde.

19 Nadat mevrouw Destouni haar sollicitatie had ingetrokken, wendde de rector van de universiteit zich op 27 juni 1997 opnieuw tot de jury met het verzoek zich over de resterende kandidaten uit te spreken in het licht van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en meer specifiek vanuit het oogpunt van verordening 1995:936 en het actieplan gelijkheid van mannen en vrouwen op de universiteit. Op 6 november 1997 gaf de jury te kennen, dat zij de kwestie niet opnieuw kon onderzoeken in het licht van die aspecten, omdat het aspect van de gelijke behandeling reeds was meegewogen in het kader van haar eerste besluit. Bovendien verklaarde de jury, dat de meerderheid van haar leden het verschil tussen de heer Anderson en mevrouw Fogelqvist weliswaar aanzienlijk achtte, doch dat zij moeite had met het bepalen van de precieze strekking van § 3, lid 3, van verordening 1995:936.

20 Op 18 november 1997 besloot de rector van de universiteit te Göteborg om mevrouw Fogelqvist als hoogleraar te benoemen. In zijn beslissing verwees hij naar verordening 1995:936 en het actieplan gelijkheid van mannen en vrouwen op de universiteit, en gaf hij aan, dat het verschil tussen de respectieve verdiensten van de heer Anderson en mevrouw Fogelqvist niet zo groot was, dat de positieve discriminatie ten gunste van laatstgenoemde in strijd was met het vereiste van objectiviteit.

21 Daarop stelden de heer Anderson en mevrouw Abrahamsson beroep in bij Överklagandenämnden för Högskolan. De heer Anderson betoogde, dat de benoeming in strijd was zowel met § 3 van verordening 1995:936 als met het arrest van het Hof van 17 oktober 1995, Kalanke (C-450/93, Jurispr. blz. I-3051). Mevrouw Abrahamsson stelde, dat de kandidaten niet gelijkelijk door de jury waren beoordeeld, en dat haar wetenschappelijke productie van hogere kwaliteit was dan die van mevrouw Fogelqvist. Zij erkende evenwel, dat de heer Anderson grotere verdiensten had dan zijzelf.

22 Op 13 maart 1998 maakte de opnieuw bijeengekomen jury kenbaar, dat zij geen redenen zag om op haar eerdere standpunt terug te komen. Op 26 juni 1998 liet ook de rector zich in negatieve zin over de beroepen uit.

23 Överklagandenämnden oordeelde, dat de heer Anderson en mevrouw Fogelqvist de meest gekwalificeerde kandidaten waren en dat uit het verrichte onderzoek naar voren kwam, dat de heer Anderson in wetenschappelijk opzicht aanmerkelijk hoger scoorde dan mevrouw Fogelqvist. Wat de pedagogische vaardigheden betreft, bestond er volgens Överklagandenämnden geen aanmerkelijk verschil tussen beide kandidaten. Het criterium van de bestuurlijke bekwaamheid leek evenmin bepalend te zijn: hoewel mevrouw Fogelqvist geacht kon worden op dit punt over een zekere voorsprong te beschikken, was die voorsprong slechts van geringe aard.

24 Överklagandenämnden gaf verder aan, dat traditiegetrouw en volgens de geldende rechtspraak bij de algehele beoordeling met name belang wordt gehecht aan de verdiensten op wetenschappelijk gebied. In casu kon de geringe voorsprong van mevrouw Fogelqvist op bestuurlijk gebied niet de voorsprong van de heer Anderson op wetenschappelijk gebied compenseren. Bijgevolg was de principiële vraag aan de orde, of in het kader van een beoordeling overeenkomstig verordening 1995:936 inzake positieve discriminatie, de omstandigheid dat mevrouw Fogelqvist tot een ondervertegenwoordigd geslacht behoorde, de voorsprong van de heer Anderson kon compenseren, en of bovendien de toepassing van verordening 1995:936 in overeenstemming was met het gemeenschapsrecht, inzonderheid met artikel 2, lid 4, van de richtlijn.

25 Aangaande de toepassing van verordening 1995:936 betoogde Överklagandenämnden, dat er geen andere juridische bronnen waren die konden verduidelijken, of de beperking van § 3, lid 3 (inachtneming van het objectiviteitsvereiste bij de aanstelling), zich uitstrekte tot maatregelen van positieve discriminatie. Volgens Överklagandenämnden kon evenwel worden aangenomen, dat deze beperking betekent, dat het doel van gelijke behandeling in evenwicht moet zijn met de wens om maatschappelijk belangrijke functies, zoals op het gebied van wetenschappelijk onderzoek en hoger onderwijs, zo goed mogelijk te doen vervullen. Naar het oordeel van Överklagandenämnden impliceert het objectivi-

teitsvereiste, dat geen maatregel van positieve discriminatie kan worden toegepast, indien zulks klaarblijkelijk het risico met zich brengt dat de prestaties in het kader van voornoemde functies zullen verslechteren, ingeval de meest gekwalificeerde kandidaat niet mocht worden geselecteerd. Överklagandenämnden was van oordeel, dat toepassing van dit criterium op het hoofdgeding niet duidelijk tot de conclusie leidde, dat de eventuele benoeming van mevrouw Fogelqvist in strijd was met het objectiviteitsvereiste.

26 Aangaande de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de in § 3 van verordening 1995:936 voorziene vorm van positieve discriminatie, oordeelde Överklagandenämnden, dat de bepalingen van de richtlijn hierop geen eenduidig antwoord gaven. Na erop te hebben gewezen, dat de betekenis van de uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling, als bedoeld in artikel 2, lid 4, van de richtlijn, tot op zekere hoogte door het Hof was onderzocht in het arrest Kalanke, reeds aangehaald, en in het arrest van 11 november 1997, Marschall (C-409/95, Jurispr. blz. I-6363), overwoog Överklagandenämnden, dat het niettemin niet kennelijk overbodig was om het Hof overeenkomstig artikel 177 van het Verdrag vragen te stellen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht op dat terrein.

27 In die omstandigheden heeft Överklagandenämnden för Högskolan besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende vier prejudiciële vragen te stellen:

„1) Staat 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, in de weg aan een nationale wettelijke regeling volgens welke een sollicitant van een ondervertegenwoordigd geslacht die over voldoende kwalificaties beschikt, in een overheidsfunctie moet worden benoemd vóór een kandidaat van het andere geslacht, die anders zou zijn benoemd (‚positieve discriminatie'), ingeval dit nodig is om een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen, en volgens welke positieve discriminatie slechts dan niet mag worden toegepast wanneer het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten zo groot is, dat anders het vereiste van objectiviteit bij de benoeming zou worden geschonden?

2) Zo ja, is dan positieve discriminatie ongeoorloofd, zelfs indien de nationale wettelijke regeling uitsluitend geldt voor de bezetting van *hetzij* een vooraf bepaald, beperkt aantal vacatures (zoals volgens verordening 1995:936), *hetzij* vacatures die zijn gecreëerd in het kader van een speciaal opgezet programma van een bepaalde instelling van hoger onderwijs, dat positieve discriminatie toestaat (zoals volgens § 15, sub a, van hoofdstuk 4 van verordening 1993:100)?

3) Indien het antwoord op de tweede vraag in enig opzicht impliceert, dat die positieve discriminatie ongeoorloofd is, kan dan ook de op de Zweedse bestuursrechtspraak en op § 15, lid 2, van hoofdstuk 4 van verordening 1993:100 gebaseerde — door Överklagandenämnden aanvaarde — regel, dat aan een sollicitant die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, voorrang kan worden gegeven boven een medesollicitant van het andere geslacht, mits de kandidaten, wat kwalificaties betreft, als gelijkwaardig of vrijwel gelijkwaardig kunnen worden beschouwd, in enig opzicht in strijd met de in de eerste vraag bedoelde richtlijn worden geacht?

4) Maakt het voor de beoordeling van voormelde vragen verschil, of de wettelijke regeling betrekking heeft op lagere aanvangsfuncties binnen een overheidsdienst dan wel op de hoogst bereikbare functies binnen die dienst?"

Ontvankelijkheid

28 Alvorens de gestelde vragen te beantwoorden, moet worden onderzocht, of Överklagandenämnden för Högskolan moet worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag.

29 Bij de beoordeling of een orgaan een rechterlijke instantie in de zin van die bepaling is, een vraag die uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt beheerst, houdt het Hof rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (zie met name arrest van 21 maart 2000, Gabalfrisa e.a., C-110/98—C-147/98, Jurispr. blz. I-1577, punt 33).

30 In casu is Överklagandenämnden, een permanent orgaan, ingesteld bij de högskolelag (1992:1434) (Zweedse wet op het hoger onderwijs; hierna: „wet 1992:1434"). § 1, lid 1, van hoofdstuk 5 daarvan bepaalt, dat beroepen ingesteld tegen bepaalde besluiten op het gebied van het hoger onderwijs worden onderzocht door een bijzonder college van beroep.

31 Volgens de förordning (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (verordening houdende instructies voor colleges van beroep voor het hoger onderwijs) moeten van de acht leden van Överklagandenämnden de voorzitter en de vice-voorzitter tot rechter zijn benoemd of geweest zijn. De overige leden moeten uit ten minste drie juristen bestaan. Alle leden worden benoemd door de regering.

32 Överklagandenämnden onderzoekt op onafhankelijke wijze de beroepen tegen aanstellingsbesluiten van universiteiten en hogescholen. Overeenkomstig § 9 van hoofdstuk 1 van de Zweedse grondwet moet daarbij de gelijkheid van eenieder voor de wet worden geëerbiedigd en objectiviteit en onpartijdigheid in acht worden genomen. Volgens § 7 van hoofdstuk 11 van de Zweedse grondwet kan geen enkele autoriteit, zelfs het parlement niet, beslissen over de wijze waarop Överklagandenämnden een hem voorgelegd geschil moet beslechten. Onderzocht worden enkel beroepen strekkende tot vaststelling dat de verzoekende partij zelf in een bepaalde functie had moeten worden benoemd.

33 Överklagandenämnden kan uitspraak doen, wanneer de voorzitter en ten minste drie leden, waaronder ten minste één jurist, aanwezig zijn. De regels betreffende de procedure voor Överklagandenämnden zijn opgenomen in de förvaltningslag (1986:223) (wet openbaar bestuur; hierna: „wet 1986:223"). In de regel worden de geschillen beslecht na een rapport dat is opgemaakt naar aanleiding van de aan partijen geboden mogelijkheid om opmerkingen in te dienen en de door andere partijen verstrekte gegevens in te zien. Er kan ook een mondelinge behandeling plaatsvinden.

34 Het onderzoek mondt uit in een bindend besluit dat niet vatbaar is voor beroep (§ 1, lid 2, van hoofdstuk 5 van wet 1992:1434).

35 Uit de in de punten 30 tot en met 34 van het onderhavige arrest genoemde nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen volgt, dat Överklagandenämnden een wettelijke grondslag en een permanent karakter heeft, dat het weliswaar een overheidsinstelling is, doch bekleed met rechtsprekende macht, dat het de regelen des rechts toepast en dat de voor Överklagandenämnden te voeren procedure contradictoir is, ook al vermeldt wet 1986:223 dit niet uitdrukkelijk.

36 Wat het criterium van de onafhankelijkheid betreft, volgt uit de bepalingen van de Zweedse grondwet, als vermeld in punt 32 van dit arrest, dat Överklagandenämnden zonder instructies en in volledige onpartijdigheid uitspraak doet op beroepen tegen bepaalde besluiten die binnen universiteiten en hogescholen zijn genomen.

37 Dergelijke waarborgen verlenen Överklagandenämnden de hoedanigheid van derde ten opzichte van de instanties die het aangevochten besluit hebben genomen alsmede de nodige onafhankelijkheid om hem als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag te kunnen beschouwen.

38 Uit het voorgaande volgt, dat Överklagandenämnden för Högskolan moet worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag, zodat de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

Ten gronde

Inleidende opmerkingen

39 Om te beginnen moet worden vastgesteld, dat de verwijzende rechterlijke instantie met haar vragen wenst te vernemen, of artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn zich verzet tegen een nationale regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Zweedse regeling, die voor de sector van het hoger onderwijs voorziet in positieve discriminatie bij aanstelling ten gunste van kandidaten die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoren.

40 De uitlegging van artikel 141, lid 4, EG, dat betrekking heeft op dergelijke maatregelen, is voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding slechts nuttig indien het Hof zou oordelen, dat voornoemd artikel 2 zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

41 Voorts moet eraan worden herinnerd, dat de richtlijn volgens artikel 1, lid 1, tot doel heeft in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten uitvoer te leggen, wat betreft met name de toegang tot het arbeidsproces, daaronder begrepen de promotiekansen, en tot de beroepsopleiding. Overeenkomstig artikel 2, lid 1, van de richtlijn houdt dit beginsel in, dat elke vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, verboden is.

42 Krachtens artikel 2, lid 4, verzet de richtlijn zich echter niet tegen maatregelen die ertoe strekken de gelijke kansen tussen mannen en vrouwen te bevorderen, met name door feitelijke ongelijkheden op te heffen die de kansen van vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde terreinen beïnvloeden.

43 Tot slot zij eraan herinnerd, dat het Hof in zijn arrest van 28 maart 2000, Badeck e.a. (C-158/97, Jurispr. blz. I-1875, punt 23), heeft geoordeeld, dat een actie die ertoe strekt dat vrouwen in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang worden bevorderd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht moet worden geacht

— wanneer zij vrouwelijke sollicitanten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medesollicitanten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en

— wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten.

De eerste vraag

44 Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen, of artikel 2, leden 1 en 4, in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Zweedse regeling, volgens welke een sollicitant van het ondervertegenwoordigd geslacht die over voldoende kwalificaties beschikt, in een overheidsfunctie moet worden benoemd vóór een sollicitant van het andere geslacht, die anders zou zijn benoemd, ingeval deze maatregel noodzakelijk is om een sollicitant van het ondervertegenwoordigde

geslacht te kunnen benoemen en het verschil tussen de kwalificaties van de sollicitanten niet zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit.

45 Al aanstonds zij opgemerkt, dat, in tegenstelling tot de nationale wettelijke regelingen op het gebied van positieve discriminatie die door het Hof zijn onderzocht in de arresten Kalanke, Marschall en Badeck e.a., alle reeds aangehaald, op grond van de in het hoofdgeding centraal staande nationale wettelijke regeling voorrang mag worden gegeven aan een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht, die, ofschoon hij over voldoende kwalificaties beschikt, niet even bekwaam is als andere sollicitanten van het andere geslacht.

46 Bij de selectie van sollicitanten voor een functie worden in beginsel de kwalificaties van de sollicitanten beoordeeld in het licht van de eisen van de vacature of van de uit te oefenen functie.

47 In de punten 31 en 32 van het arrest Badeck e.a., reeds aangehaald, heeft het Hof beslist, dat bij die beoordeling rekening mag worden gehouden met een aantal positieve en negatieve criteria, die, ofschoon zij in geslachtsneutrale bewoordingen zijn gesteld en dus eveneens ten gunste van mannen kunnen werken, in het algemeen vrouwen bevoordelen. Zo kan worden besloten, dat de diensttijd, de leeftijd en de datum van de laatste bevordering enkel in aanmerking worden genomen voor zover zij van belang zijn voor de geschiktheid, de bekwaamheid en het prestatievermogen van de sollicitanten. Bovendien kan worden bepaald, dat de gezinssituatie of het inkomen van de partner geen invloed heeft en dat deeltijdarbeid, onderbrekingen en vertragingen bij het halen van diploma's verband houdende met de noodzaak om kinderen of hulpbehoevende verwanten te verzorgen, geen nadelig effect hebben.

48 Immers, dergelijke criteria beogen kennelijk een materiële en niet een formele gelijkheid tot stand te brengen, door feitelijke ongelijkheden in het maatschappelijk leven te verminderen en zodoende overeenkomstig artikel 141, lid 4, EG

nadelen in de beroepsloopbaan van tot het ondervertegenwoordigde geslacht behorende personen te voorkomen of te compenseren.

49 Dienaangaande zij onderstreept, dat de toepassing van criteria als die als vermeld in punt 47 van het onderhavige arrest, op doorzichtige wijze dient te geschieden en moet kunnen worden gecontroleerd teneinde elke willekeurige beoordeling van de bekwaamheid van de sollicitanten uit te sluiten.

50 Aangaande de in het hoofdgeding centraal staande selectieprocedure blijkt niet uit de toepasselijke Zweedse regeling, dat de beoordeling van de bekwaamheid van de sollicitanten in het licht van de eisen van de vacante functie is gebaseerd op heldere en vaststaande criteria, die nadelen in de beroepsloopbaan van personen behorend tot het ondervertegenwoordigde geslacht voorkomen of compenseren.

51 Integendeel, volgens deze regeling moet een sollicitant voor een overheidsfunctie die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort en die over voldoende kwalificaties voor die functie beschikt, met voorrang worden gekozen boven een sollicitant van het andere geslacht, die anders zou zijn benoemd, indien deze maatregel noodzakelijk is om een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen.

52 Mitsdien geeft de in geding zijnde regeling sollicitanten van het ondervertegenwoordigde geslacht automatisch voorrang wanneer zij over voldoende kwalificaties beschikken, onder de enkele voorwaarde dat het verschil in verdiensten tussen de sollicitanten van beide geslachten niet zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit.

53 In dat verband zij erop gewezen, dat de betekenis van deze voorwaarde niet nauwkeurig kan worden bepaald, zodat een sollicitant ten slotte uit de sollicitanten met voldoende kwalificaties wordt geselecteerd op de enkele grond dat hij tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, zelfs wanneer de aldus gekozen sollicitant qua verdiensten onderdoet voor een sollicitant van het andere geslacht. Bovendien worden de sollicitaties niet onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten. Hieruit volgt, dat een dergelijke selectiemethode geen rechtvaardiging vindt in artikel 2, lid 4, van de richtlijn.

54 In die omstandigheden moet worden nagegaan, of een regeling als die in het hoofdgeding wordt gerechtvaardigd door artikel 141, lid 4, EG.

55 Dienaangaande volstaat de constatering dat, ook al staat artikel 141, lid 4, EG de lidstaten toe om maatregelen te handhaven of aan te nemen waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ter voorkoming of ter compensatie van nadelen in de beroepsloopbaan, teneinde volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te verzekeren, hieruit niet kan worden afgeleid, dat deze bepaling een selectiemethode als die in het hoofdgeding toestaat, die hoe dan ook onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel.

56 De eerste vraag moet derhalve aldus worden beantwoord, dat artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn en artikel 141, lid 4, EG in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling volgens welke een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht die over voldoende kwalificaties beschikt, in een overheidsfunctie moet worden benoemd vóór een sollicitant van het andere geslacht, die anders zou zijn benoemd, ingeval deze maatregel noodzakelijk is om een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen en het verschil tussen de kwalificaties van de sollicitanten niet zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit.

De tweede vraag

57 Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen, of artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn zich ook tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling verzet, indien deze uitsluitend geldt voor de bezetting van hetzij een vooraf bepaald, beperkt aantal vacatures, hetzij vacatures die zijn gecreëerd in het kader van een speciaal opgezet programma van een bepaalde instelling van hoger onderwijs, dat positieve discriminatie toestaat.

58 Dienaangaande volstaat de opmerking, dat aan de absolute en onevenredige aard van een positieve discriminatie als de in geding zijnde maatregel niet wordt afgedaan doordat de toepassingssfeer ervan wordt beperkt.

59 De tweede vraag moet dan ook in dier voege worden beantwoord, dat artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn en artikel 141, lid 4, EG zich ook tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling verzetten, indien deze uitsluitend geldt voor de bezetting van hetzij een vooraf bepaald, beperkt aantal vacatures, hetzij vacatures die zijn gecreëerd in het kader van een speciaal opgezet programma van een bepaalde instelling van hoger onderwijs, dat positieve discriminatie toestaat.

De derde vraag

60 Met haar derde vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen, of artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn zich verzet tegen een uit de nationale rechtspraak voortvloeiende regel volgens welke aan een sollicitant die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, voorrang kan worden gegeven boven een medesollicitant van het andere geslacht, mits de sollicitanten over gelijkwaardige of vrijwel gelijkwaardige kwalificaties beschikken.

61 In dat verband volstaat de opmerking, dat een dergelijke regel, zoals in punt 43 van het onderhavige arrest in herinnering is geroepen, verenigbaar met het gemeenschapsrecht moet worden geacht, indien de sollicitanten aan een objectieve beoordeling worden onderworpen die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten.

62 Mitsdien moet de derde vraag aldus worden beantwoord, dat artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn zich niet verzet tegen een uit de nationale rechtspraak voortvloeiende regeling volgens welke aan een sollicitant die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, voorrang kan worden gegeven boven een medesollicitant van het andere geslacht mits de sollicitanten over gelijkwaardige of vrijwel gelijkwaardige kwalificaties beschikken, indien de kandidaten aan een objectieve beoordeling worden onderworpen die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten.

De vierde vraag

63 Met haar vierde vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen, of het voor het antwoord op de eerste, de tweede en de derde vraag verschil maakt, of de nationale regeling betrekking heeft op lagere dan wel op hoge functies.

64 Op dit punt kan worden volstaan met de opmerking, dat het gemeenschapsrecht de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen voor wat betreft de toegang tot het arbeidsproces, geenszins laat afhangen van het niveau van de te bezetten vacatures.

65 De vierde vraag moet dan ook aldus worden beantwoord, dat de beoordeling van de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling die voorziet in positieve discriminatie bij aanstellingen in het hoger onderwijs, niet kan afhangen van het niveau van de te bezetten vacature.

Kosten

66 De kosten door de Zweedse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door Överklagandenämnden för Högskolan bij beschikking van 14 oktober 1998 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) **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, en artikel 141, lid 4, EG staan in de weg aan een nationale wettelijke regeling volgens welke een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht die over voldoende kwalificaties beschikt, in een overheidsfunctie moet worden benoemd vóór een sollicitant van het andere geslacht, die anders zou zijn benoemd, ingeval deze maatregel noodzakelijk is om een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen en het verschil tussen de kwalificaties van de sollicitanten niet zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit.**

2) Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207 en artikel 141, lid 4, EG verzetten zich ook tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling, indien deze uitsluitend geldt voor de bezetting van hetzij een vooraf bepaald, beperkt aantal vacatures, hetzij vacatures die zijn gecreëerd in het kader van een speciaal opgezet programma van een bepaalde instelling van hoger onderwijs, dat positieve discriminatie toestaat.

3) Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207 verzet zich niet tegen een uit de nationale rechtspraak voortvloeiende regeling volgens welke aan een sollicitant die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, voorrang kan worden gegeven boven een medesollicitant van het andere geslacht mits de sollicitanten over gelijkwaardige of vrijwel gelijkwaardige kwalificaties beschikken, indien de kandidaten aan een objectieve beoordeling worden onderworpen die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten.

4) De beoordeling van de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling die voorziet in positieve discriminatie bij aanstellingen in het hoger onderwijs, kan niet afhangen van het niveau van de te bezetten vacature.

Edward Sevón Kapteyn

Jann Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 juli 2000.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

D. A. O. Edward