DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 6 juli 2000 *

I mål C-407/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Överklagandenämnden för högskolan (Sverige), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid nämnden anhängiga ärendet mellan

Katarina Abrahamsson,

Leif Anderson

och

Elisabet Fogelqvist,

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; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191),

* Rättegångsspråk: svenska.

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden D.A.O. Edward samt domarna L. Sevón, P.J.G. Kapteyn (referent), P. Jann och H. Ragnemalm,

generaladvokat: A. Saggio,
justitiesekreterare: R. Grass,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Leif Anderson,

— Sveriges regering, genom departementsrådet A. Kruse, Utrikesdepartementet, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske chefsrådgivaren K. Oldfelt och A. Aresu, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till referentens rapport,

och efter att den 16 november 1999 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Överklagandenämnden för högskolan har genom beslut av den 14 oktober 1998, som inkom till domstolens kansli den 26 oktober 1998, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt fyra frågor 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 tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191, nedan kallat direktivet).

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Katarina Abrahamsson och Leif Anderson, å ena sidan, och Elisabet Fogelqvist, å andra sidan, angående förordnandet av Elisabet Fogelqvist som professor i hydrosfärvetenskap vid Göteborgs universitet.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

3 I artikel 2.1 och 2.4 i direktivet föreskrivs följande:

"1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

...

4. Detta direktiv skall 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."

4 Enligt tredje övervägandet i rådets rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor (EGT L 331, s. 34) är "[d]e 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" och i vilken medlemsstaterna med uttrycklig hänvisning till artikel 2.4 i direktivet uppmanades att vidta åtgärder för positiv särbehandling, bland annat i syfte att "uppmuntra[...] kvinnors ansökan,

anställning och befordran inom områden, yrken och nivåer där de är underrepresenterade, i synnerhet på ansvarsfulla tjänster". Med uttrycklig hänvisning till artikel 2.4 i direktivet rekommenderade rådet medlemsstaterna att

"1) föra en politik med positiva åtgärder i syfte att avlägsna de faktiska ojämlikheter som kvinnor utsätts för i arbetslivet och främja en könsutjämning på arbetsmarknaden; denna politik skall, med fullständig hänsyn till de befogenheter som arbetsmarknadens parter har, omfatta lämpliga generella och särskilda åtgärder i nationell politik och praxis för att

a) avlägsna eller kompensera de negativa verkningar för yrkesarbetande eller arbetssökande kvinnor som följer av attityder, agerande och strukturer som grundas på traditionella könsroller i samhället,

b) uppmuntra kvinnors deltagande i olika former av verksamhet i sektorer på arbetsmarknaden där de för närvarande är underrepresenterade, särskilt framtidssektorer, samt på högre ansvarsnivåer för att bättre utnyttja arbetskraften,

..."

5 Sedan Amsterdamfördraget trädde i kraft den 1 maj 1999 har artikel 141.1 EG och 141.4 EG följande lydelse:

"1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.

...

4. I syfte att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären."

6 I förklaring nr 28 om artikel 141.4 (f.d. artikel 119.4) i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, som fogats till slutakten till Amsterdamfördraget, föreskrivs följande:

"När medlemsstaterna beslutar om sådana åtgärder som avses i artikel 141.4 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen bör de i första hand sträva efter att förbättra kvinnornas situation i arbetslivet."

Nationell rätt

7 Enligt 16 § andra stycket andra punkten jämställdhetslagen (1991:433) är positiv särbehandling tillåten som ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet. Paragrafen har följande lydelse:

"Otillåten könsdiskriminering skall anses föreligga, när en arbetsgivare vid anställning eller befordran eller utbildning för befordran utser någon framför någon annan av motsatt kön, fastän den som förbigås har bättre sakliga förutsättningar för arbetet eller utbildningen.

Detta gäller dock inte om arbetsgivaren kan visa

1. att beslutet inte vare sig direkt eller indirekt har samband med den missgynnades könstillhörighet,

2. att beslutet är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet, eller

3. att det är berättigat av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet."

8 I 4 kap. 15 § högskoleförordningen (1993:100), i dess lydelse före den 1 januari 1999, föreskrivs följande om befordringsgrunder och tillsättning av lärartjänster:

"Som befordringsgrund vid tillsättning av tjänst som lärare gäller graden av sådan vetenskaplig eller konstnärlig, pedagogisk, administrativ och annan skicklighet som är av betydelse med hänsyn till tjänstens ämnesinnehåll och beskaffenhet i övrigt. Vikt skall även fästas vid förmåga att informera om forskning och utvecklingsarbete.

Vid tillsättningen skall även beaktas sådana sakliga grunder som stämmer överens med allmänna arbetsmarknads-, jämställdhets-, social- och sysselsättningspolitiska mål."

9 I 4 kap. 15 a § högskoleförordningen finns bestämmelser om positiv särbehandling för det fall att en högskola har beslutat att positiv särbehandling får tillämpas vid tillsättningen av viss tjänst eller av visst slag av tjänster som ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet. I så fall får en person av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer för tjänsten utses framför en person av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, förutsatt att skillnaden mellan kvalifikationerna inte är så stor att tillämpningen av den positiva särbehandlingen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

10 I enlighet med 4 kap. 16 § högskoleförordningen skall vid tillsättning av tjänst som professor särskild vikt fästas vid vetenskaplig samt pedagogisk skicklighet.

11 Enligt 4 § andra stycket lagen (1994:260) om offentlig anställning, som är tillämplig på de statliga myndigheterna, skall skickligheten sättas främst om det inte finns särskilda skäl för något annat. Ett sådant särskilt skäl kan enligt förarbetena till bestämmelsen vara jämställdhetsintresset.

12 Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (nedan kallad förordning 1995:936) trädde i kraft den 1 juli 1995.

13 Av förarbetena till denna förordning (proposition 1994/95:164) framgår att den svenska regeringen är av den uppfattningen att utvecklingen mot en jämnare könsfördelning inom professorskåren har gått utomordentligt långsamt och att det därför behövs en extraordinär insats för att på kort sikt åstadkomma en betydande ökning av antalet kvinnliga professorer. Förordning 1995:936 ingår i denna engångssatsning som syftar till att så kallad positiv särbehandling vid behov bör tillämpas, när detta kan ske. Efter ett beslut av den svenska regeringen den 14 mars 1996 (dnr U 96/91) kom insatsen att gälla 30 professorstjänster.

14 I 1—3 §§ förordning 1995:936 föreskrivs följande:

"1 § Denna förordning gäller de anställningar som professor och forskarassistent som för särskilt anvisade medel under budgetåret 1995/96 skall

inrättas och tillsättas vid vissa statliga universitet och högskolor som ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet.

2 § De universitet och högskolor som anvisas medel för anställningarna skall inrätta och tillsätta dessa enligt bestämmelserna i högskoleförordningen (1993:100) med de avvikelser som anges i 3—5 §§. Avvikelserna gäller dock endast när anställningarna tillsätts för första gången.

3 § Vid tillsättningen gäller istället för 4 kap. 15 a § högskoleförordningen följande.

En sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga sådana kvalifikationer som avses i 4 kap. 15 § första stycket högskoleförordningen skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts (positiv särbehandling), om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses.

Positiv särbehandling skall dock inte tillämpas om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen."

15 Det framgår av proposition 1994/95:164 att begränsningen i 3 § tredje stycket förordning 1995:936 införts i anledning av 11 kap. 9 § regeringsformen, där det föreskrivs att vid tillsättning av statlig tjänst skall avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst (föregående tjänstgöringstid) och skicklighet (lämplighet för befattningen visad genom teoretisk och praktisk utbildning samt genom tidigare erfarenheter). Dessutom anges i proposition 1994/95:164 att "[t]rots att strävanden att främja jämställdhet är en saklig grund i regeringsformens mening, torde föreskriften innebära att det finns en gräns för hur stor skillnaden i kvalifikationer får vara vid positiv särbehandling".

Ärendet vid Överklagandenämnden och tolkningsfrågorna

16 Den 3 juni 1996 ledigförklarade Göteborgs universitet en professur i hydrosfärvetenskap. I annonsen angavs att tillsättningen av tjänsten avsågs vara ett led i strävandena att främja jämställdhet i arbetslivet och att positiv särbehandling kunde komma att tillämpas enligt förordning 1995:936.

17 Åtta sökande anmälde sig, däribland Katarina Abrahamsson, Georgia Destouni, Elisabet Fogelqvist och Leif Anderson.

18 Tjänsteförslagsnämnden för matematisk-naturvetenskapliga fakulteten (nedan kallad tjänsteförslagsnämnden), som skulle välja ut den lämpligaste sökanden, genomförde två omröstningar. Vid den första omröstningen togs enbart hänsyn till de sökandes vetenskapliga meriter. I denna omröstning placerades Leif Anderson först med fem röster mot tre för Georgia Destouni. I en andra omröstning, där hänsyn togs till både de sökandes vetenskapliga meriter och förordning 1995:936, placerades Georgia Destouni först med sex röster mot två för Leif Anderson. Tjänsteförslagsnämnden föreslog rektorn för Göteborgs universitet att utse Georgia Destouni och angav uttryckligen att beslutet att utse henne i stället för Leif Anderson inte stred mot kravet på saklighet i 3 § tredje

stycket förordning 1995:936. Tjänsteförslagsnämnden placerade Leif Anderson som nummer två och Elisabet Fogelqvist som nummer tre, i båda fallen med hänvisning till sakkunnigutlåtanden.

19 Sedan Georgia Destouni återkallat sin ansökan till anställningen, beslutade universitetets rektor den 27 juni 1997 att återremittera ärendet till tjänsteförslagsnämnden för att denna skulle bedöma de sökande som återstod med hänsyn till jämställdhetsaspekten och därvid särskilt beakta förordning 1995:936 och universitetets jämställdhetsplan. Den 6 november 1997 meddelade tjänsteförslagsnämnden att den inte kunde ompröva ärendet med beaktande av dessa omständigheter, eftersom jämställdhetsaspekten redan hade beaktats när den fattade sitt första beslut. Vidare anförde tjänsteförslagsnämnden att en majoritet av nämndens ledamöter ansåg att skillnaden mellan Leif Anderson och Elisabet Fogelqvist var betydande men att den hade svårt att tolka innebörden av 3 § tredje stycket förordning 1995:936.

20 Rektorn för Göteborgs universitet beslutade den 18 november 1997 att förordna Elisabet Fogelqvist att vara innehavare av professuren. I beslutet hänvisade rektorn till förordning 1995:936 och universitetets jämställdhetsplan och uppgav att skillnaden mellan Leif Andersons och Elisabet Fogelqvists kvalifikationer inte var så stor att tillämpningen av positiv särbehandling stod i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

21 Leif Anderson och Katarina Abrahamsson överklagade beslutet till Överklagandenämnden för högskolan. Leif Anderson gjorde gällande att beslutet strider mot både 3 § förordning 1995:936 och EG-domstolens dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, Kalanke (REG 1995, s. I-3051). Katarina Abrahamsson hävdade att de sökande inte behandlats likvärdigt i tjänsteförslagsnämndens bedömning och att hennes vetenskapliga produktion var bättre än Elisabet Fogelqvists. Däremot vitsordade hon att Leif Anderson hade ett försteg framför henne själv i merithänseende.

22 Tjänsteförslagsnämnden fann vid sammanträde den 13 mars 1998 att den inte hade skäl att ompröva sitt tidigare ställningstagande. Den 26 juni 1998 beslutade även rektorn att avstyrka bifall till överklagandena.

23 Överklagandenämnden konstaterade att Leif Anderson och Elisabet Fogelqvist var de mest meriterade sökandena till den ledigförklarade tjänsten och att den föreliggande utredningen visade att Leif Anderson i fråga om vetenskaplig skicklighet hade ett tydligt försteg framför Elisabet Fogelqvist. Beträffande pedagogisk skicklighet kunde ingen av de två sökandena anses vara mer kvalificerad än den andre. Inte heller den befordringsgrund som avsåg administrativ skicklighet föreföll kunna ges utslagsgivande betydelse, även om Elisabet Fogelqvist kunde anses ha ett visst, om än ganska begränsat försteg.

24 Överklagandenämnden uppgav att vid helhetsbedömningen av sökandenas meriter ges av tradition och enligt gällande praxis särskild tyngd åt den vetenskapliga meriteringen. I det förevarande fallet kunde det ganska begränsade försteg som Elisabet Fogelqvist hade i administrativt hänseende inte uppväga det försprång som Leif Anderson hade i fråga om vetenskapliga meriter. Frågan var då om, vid en bedömning i enlighet med förordning 1995:936 om positiv särbehandling, det förhållandet att Elisabet Fogelqvist tillhör ett underrepresenterat kön kunde uppväga Leif Andersons försteg och om tillämpningen av förordning 1995:936 var förenlig med gemenskapsrätten, i synnerhet artikel 2.4 i direktivet.

25 Vad beträffar tillämpningen av förordning 1995:936 uppgav Överklagandenämnden att innebörden av begränsningen av positiv särbehandling i 3 § tredje stycket (kravet på saklighet vid tillsättningen) inte är belyst i andra rättskällor. Enligt Överklagandenämnden kunde det dock antas att meningen är att intresset av jämställdhet skall vägas mot önskemålet om största möjliga effektivitet inom de för hela samhället viktiga verksamheter som forskningen och högskoleutbildningen utgör. Från den synpunkten ansåg Överklagandenämnden att kravet på saklighet torde innebära att positiv särbehandling inte skall tillämpas, om det

skulle innebära risk för en mer påtaglig effektivitetsförlust inom de angivna verksamheterna om den mest kvalificerade sökanden inte utsågs. Vid en bedömning av det aktuella ärendet enligt detta kriterium torde det inte klart strida mot kravet på saklighet om Elisabet Fogelqvist utses.

26 Vad beträffar frågan huruvida den form av positiv särbehandling som regleras i 3 § förordning 1995:936 är förenlig med gemenskapsrätten, ansåg Överklagandenämnden att bestämmelserna i direktivet inte ger något entydigt svar. Efter att ha påpekat att innebörden av det i artikel 2.4 i direktivet angivna undantaget från likabehandlingsprincipen i viss utsträckning har prövats av EG-domstolen i det ovannämnda målet Kalanke och i dom av den 11 november 1997 i mål C-409/95, Marschall (REG 1997, s. I-6363), konstaterade Överklagandenämnden att det ändå inte var uppenbart onödigt att begära förhandsavgörande från EG-domstolen angående tolkningen av den aktuella gemenskapsrätten, i enlighet med artikel 177 i fördraget.

27 Mot denna bakgrund beslutade Överklagandenämnden för högskolan att vilandeförklara ärendet för att ställa följande fyra tolkningsfrågor till EG-domstolen:

"1. Utgör artikel 2.1 och 2.4 i Europeiska gemenskapernas råds direktiv av den 9 februari 1976 om genomförande 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 en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer för en statlig tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts ('positiv särbehandling'), om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses, och enligt vilken lagstiftning tillämpning av positiv särbehandling skall underlåtas endast om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid mot kravet på saklighet vid tillsättningen?

2. Om svaret på fråga 1 är ja, är i så fall tillämpningen av positiv särbehandling otillåten även om den nationella lagstiftningen är begränsad till att gälla tillsättning av *antingen* ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster (såsom enligt förordningen 1995:936) *eller* tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program enligt vilket positiv särbehandling får tillämpas (såsom enligt 4 kap. 15 a § högskoleförordningen)?

3. Om svaret på fråga 2 i något avseende innebär att dylik positiv särbehandling är otillåten, kan då även den på svensk förvaltningspraxis och 4 kap. 15 § andra stycket högskoleförordningen grundade — av överklagandenämnden godtagna — regeln att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, i något hänseende anses stå i strid med det i fråga 1 omnämnda direktivet?

4. Gör det vid bedömningen av ovanstående frågor skillnad om lagstiftningen avser lägre rekryteringstjänster inom en myndighets område eller de högsta sluttjänsterna inom området?"

Upptagande till sakprövning

28 Innan tolkningsfrågorna besvaras skall domstolen bedöma huruvida Överklagandenämnden för högskolan skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

29 För att bedöma om ett organ är en domstol i den mening som avses i denna artikel, vilket är en rent gemenskapsrättslig fråga, skall EG-domstolen beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler samt om det har en oberoende ställning (se särskilt dom av den 21 mars 2000 i de förenade målen C-110/98—C-147/98, Gabalfrisa m.fl., REG 2000. s. I-1577, punkt 33).

30 Överklagandenämnden är ett stadigvarande organ som inrättades genom högskolelagen (1992:1434). I 5 kap. 1 § första stycket högskolelagen föreskrivs att en särskild överklagandenämnd svarar för prövning av överklaganden av vissa beslut på högskoleväsendets område.

31 Av förordning (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för högskolan framgår att av Överklagandenämndens åtta ledamöter skall ordföranden och dennes ersättare vara eller ha varit ordinarie domare. Av de övriga ledamöterna skall minst tre vara jurister. Samtliga ledamöter utses av regeringen.

32 Överklagandenämnden prövar självständigt överklaganden av universitets och högskolors tillsättningsbeslut. Den skall därvid enligt 1 kap. 9 § regeringsformen beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Till följd av 11 kap. 7 § regeringsformen får ingen myndighet, ej heller riksdagen, bestämma hur nämnden i ett särskilt fall skall besluta i ett överklagat ärende. Endast överklaganden som går ut på att den klagande själv skall förordnas till en tjänst tas upp till prövning.

33 Överklagandenämnden är beslutsför när ordföranden och minst tre andra ledamöter, varav minst en jurist, är närvarande. Regler om förfarandet vid nämnden finns i förvaltningslagen (1986:223). Ärendena avgörs normalt sett efter föredragning sedan parterna fått möjlighet att yttra sig och ta del av de uppgifter som tillförts ärendet av övriga parter. Muntlig förhandling förekommer även.

34 Prövningen utmynnar i ett bindande beslut som inte kan överklagas (5 kap. 1 § andra stycket högskolelagen).

35 Av de bestämmelser i lagar och andra författningar som nämns i punkterna 30—34 i denna dom framgår att Överklagandenämnden är upprättad enligt lag och är av stadigvarande karaktär samt att den — trots att den är en förvaltningsmyndighet — utövar rättskipning och tillämpar rättsregler samt att förfarandet vid nämnden är kontradiktoriskt, även om detta inte uttryckligen anges i förvaltningslagen.

36 Vad beträffar kravet på oberoende ställning framgår det av regeringsformen, vilken nämns i punkt 32 i förevarande dom, att Överklagandenämnden opartiskt och utan att ta emot instruktioner från någon skall avgöra överklaganden av vissa beslut som fattats av universitet och högskolor.

37 Dessa garantier innebär att Överklagandenämnden är fristående från de organ som fattat det beslut som är föremål för överklagande och att nämnden är tillräckligt oberoende för att kunna anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

38 Av vad anförts följer att Överklagandenämnden för högskolan skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget. Tolkningsfrågorna kan följaktligen tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Inledande synpunkter

39 Överklagandenämnden har ställt frågorna för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 och 2.4 i direktivet utgör hinder för tillämpning av en nationell lagstiftning, som den aktuella svenska lagstiftningen i ärendet vid nämnden, där det föreskrivs positiv särbehandling av personer av underrepresenterat kön vid tjänstetillsättningar inom högskoleväsendet.

40 En tolkning av artikel 141.4 EG, som rör sådana åtgärder, är därför endast användbar vid avgörandet av tvisten om domstolen anser att nämnda artikel 2 utgör hinder mot att tillämpa en sådan nationell lagstiftning som den aktuella i ärendet vid Överklagandenämnden.

41 Enligt artikel 1.1 i direktivet är syftet med direktivet att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män särskilt i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran samt yrkesutbildning. Enligt artikel 2.1 i direktivet skall denna princip innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt.

42 Enligt artikel 2.4 i direktivet skall direktivet emellertid 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.

43 Slutligen skall det erinras om att domstolen i sin dom av den 28 mars 2000 i mål C-158/97, Badeck m.fl. (REG 2000, s. I-1875, punkt 23), fastslog att en åtgärd som syftar till att i första hand befordra kvinnliga sökande inom de delar av den offentliga sektorn där kvinnor är underrepresenterade anses vara förenlig med gemenskapsrätten

— om den inte automatiskt och ovillkorligt ger företräde åt kvinnor som har meriter som är likvärdiga med deras manliga konkurrenters, och

— om det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.

Den första frågan

44 Överklagandenämnden har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 och 2.4 utgör hinder för tillämpning av en nationell lagstiftning, som den aktuella svenska lagstiftningen i ärendet vid nämnden, enligt vilken en sökande till en statlig tjänst av underrepresenterat kön och med tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, om det behövs för att en sökande av det

underrepresenterade könet skall utses och förutsatt att skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer inte är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

45 Domstolen skall omgående påpeka att den nationella lagstiftning som är aktuell i ärendet vid Överklagandenämnden, till skillnad från de nationella bestämmelser om positiv särbehandling som domstolen prövade i de ovannämnda målen Kalanke, Marschall och Badeck m.fl., gör det möjligt att ge företräde åt en sökande av underrepresenterat kön, vars kvalifikationer för tjänsten visserligen är tillräckliga, men inte likvärdiga med de kvalifikationer som andra sökande av motsatt kön har.

46 Urvalsförfarandet vid tillsättning av en tjänst skall i princip ske genom en bedömning av de sökandes kvalifikationer i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer.

47 I punkterna 31 och 32 i domen i det ovannämnda målet Badeck m.fl. fastslog domstolen att, vid denna bedömning, det är berättigat att vissa positiva och negativa kriterier beaktas som i och för sig är könsneutrala till sin utformning och även kan komma män till del, men som i allmänhet gynnar kvinnor. Därför kan det beslutas att tjänsteår, ålder och dagen för senaste befordran endast beaktas om de har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter. På samma sätt kan det fastslås att familjesituation eller partnerns inkomst saknar betydelse och att deltidsanställningar, ledigheter och sent avslutade utbildningar på grund av vård av barn eller vårdbehövande närstående inte skall ha några negativa inverkningar.

48 Sådana kriterier syftar nämligen uttryckligen till reell jämlikhet — och inte formell — genom att minska faktiska ojämlikheter som kan förekomma i

samhället, och till att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för personer av det underrepresenterade könet, i enlighet med artikel 141.4 EG.

49 Domstolen framhåller att tillämpningen av sådana kriterier som anges i punkt 47 i förevarande dom skall ske på ett öppet sätt och skall kunna bli föremål för prövning för att förhindra godtyckliga bedömningar av de sökandes kvalifikationer.

50 Vad beträffar det urvalsförfarande som är aktuellt i ärendet vid Överklagandenämnden framgår det inte av tillämplig svensk lagstiftning att bedömningen av de sökandes kvalifikationer i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer har gjorts utifrån klara och tillförlitliga kriterier som kan förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för personer av det underrepresenterade könet.

51 Tvärtom framgår det av lagstiftningen att en sökande till en statlig tjänst av underrepresenterat kön och med tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses.

52 Av detta följer att den lagstiftning som är aktuell i ärendet vid Överklagandenämnden automatiskt ger företräde åt sökande av underrepresenterat kön om dessa har tillräckliga kvalifikationer. Det enda villkor som uppställs är att skillnaden mellan de kvalifikationer som sökande av respektive kön har inte får vara så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

53 Det går inte att exakt fastställa innebörden av detta villkor, vilket medför att valet av en sökande bland dem med tillräckliga kvalifikationer i sista hand grundas enbart på att sökanden tillhör underrepresenterat kön, även om den sökande som väljs har lägre kvalifikationer än en sökande av motsatt kön. Det görs inte heller någon objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden. Av detta följer att en sådan urvalsmetod inte kan vara berättigad enligt artikel 2.4 i direktivet.

54 Under dessa omständigheter skall domstolen bedöma huruvida en sådan lagstiftning som är aktuell i ärendet vid Överklagandenämnden kan vara berättigad enligt artikel 141.4 EG.

55 Enligt artikel 141.4 EG får medlemsstaterna visserligen behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären i syfte att säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män. Det kan dock inte av denna bestämmelse anses följa att en sådan urvalsmetod som den som är aktuell i ärendet vid Överklagandenämnden är tillåten, eftersom den under alla omständigheter inte står i proportion till det mål som eftersträvas.

56 Den första frågan skall därför besvaras så, att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet samt artikel 141.4 EG utgör hinder för tillämpning av en nationell lagstiftning enligt vilken en sökande till en statlig tjänst av underrepresenterat kön och med tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses och förutsatt att skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer inte är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

Den andra frågan

57 Överklagandenämnden har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 och 2.4 i direktivet även utgör hinder för tillämpning av en sådan nationell lagstiftning om den är begränsad till att gälla tillsättning av antingen ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program enligt vilket positiv särbehandling får tillämpas.

58 Domstolen anser att en sådan åtgärd för positiv särbehandling som den som är aktuell i förevarande mål inte upphör att vara tvingande och oproportionerlig bara genom att dess tillämpningsområde begränsas.

59 Den andra frågan skall därför besvaras så, att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet samt artikel 141.4 EG även utgör hinder för tillämpning av en sådan nationell lagstiftning även om den är begränsad till att gälla tillsättning av antingen ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program enligt vilket positiv särbehandling får tillämpas.

Den tredje frågan

60 Överklagandenämnden har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 och 2.4 i direktivet utgör hinder för tillämpning av en på nationell förvaltningspraxis grundad regel om att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga.

61 Såsom har erinrats om i punkt 43 i förevarande dom, skall en sådan regel anses vara förenlig med gemenskapsrätten om det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.

62 Den tredje frågan skall därför besvaras så, att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet inte utgör hinder för tillämpning av en på nationell förvaltningspraxis grundad regel om att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, om det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.

Den fjärde frågan

63 Överklagandenämnden har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida svaret på den första, den andra och den tredje frågan påverkas av om de nationella reglerna avser urvalsförfarandet till lägre rekryteringstjänster eller till de högsta sluttjänsterna.

64 Enligt gemenskapsrätten görs inte någon åtskillnad mellan högre och lägre tjänster vid tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män vad gäller tillgång till anställning.

65 Den fjärde frågan skall därför besvaras så, att det inte görs någon åtskillnad mellan högre och lägre tjänster vid bedömningen av huruvida nationella regler om positiv särbehandling vid tjänstetillsättning inom högskoleväsendet är förenliga med gemenskapsrätten.

Rättegångskostnader

66 De kostnader som har förorsakats den svenska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i ärendet vid Överklagandenämnden utgör ett led i beredningen av samma ärende, ankommer det på Överklagandenämnden att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 14 oktober 1998 har ställts av Överklagandenämnden för högskolan — följande dom:

1) **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 samt artikel 141.4 EG utgör hinder för tillämpning av en nationell lagstiftning enligt vilken en sökande till en statlig tjänst av underrepresenterat kön och med tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses och förutsatt att skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer inte är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.**

2) Artikel 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207 samt artikel 141.4 EG utgör även hinder för tillämpning av en sådan nationell lagstiftning om den är begränsad till att gälla tillsättning av antingen ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program enligt vilket positiv särbehandling får tillämpas.

3) Artikel 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207 utgör inte hinder för tillämpning av en på nationell förvaltningspraxis grundad regel om att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, om det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden.

4) Det görs inte någon åtskillnad mellan högre och lägre tjänster vid bedömningen av huruvida nationella regler om positiv särbehandling vid tjänstetillsättning inom högskoleväsendet är förenliga med gemenskapsrätten.

Edward Sevón Kapteyn

Jann Ragnemalm

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 juli 2000.

R. Grass

Justitiesekreterare

D.A.O. Edward

Ordförande på femte avdelningen