# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

fremsat den 16. november 1999 *

## Formålet med den præjudicielle sag

1. I den foreliggende sag har Överklagandenämnden för Högskolan (det svenske klagenævn for højere uddannelsesinstitutioner, herefter »Överklagandenämnden«) anmodet Domstolen om at vurdere, om en national ordning, der skal fremme ansættelsen af kvinder ved højere uddannelsesinstitutioner og på universiteter, er forenelig med fællesskabsretten. De nationale forskrifter kendetegnes ved, at forvaltningen har mulighed for — og i visse tilfælde pligt til — at ansætte en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, selv om den pågældende ikke set i forhold til sine færdigheder og kvalifikationer må anses for den bedst egnede.

## Fællesskabslovgivning

2. Det bemærkes, at Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (herefter »direktivet«) [1] som anført i artikel 1 tilsigter »gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og... til social sikring«.

Dette princip indebærer ifølge direktivets artikel 2, stk. 1, »at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«.

Det præciseres i artikel 2, stk. 4, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne vedtager eller opretholder »foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder«.

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 39, s. 40.

3. Amsterdam-traktaten, der trådte i kraft, efter at de præjudicielle spørgsmål var blevet forelagt for Domstolen, indeholder hvad angår gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder en række ændringer af EF-traktaten, som er relevante for min gennemgang af sagen. Det bestemmes navnlig i den nye affattelse af EF-traktatens artikel 2 og 3, at »Fællesskabet har til opgave... at fremme... ligestilling mellem mænd og kvinder«, og at »Fællesskabet [tilstræber] at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder«. Endvidere bestemmer artikel 6 A (nu artikel 13 EF), som også blev indsat ved den nye traktat, at »Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet [kan] træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn...«.

4. EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF) bestemmer i den ændrede version, at »hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi« (stk. 1), at »Rådet... efter fremgangsmåden i artikel 251 (tidl. artikel 189 B) og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg [vedtager] foranstaltninger, der skal sikre anvendelsen af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, herunder princippet om lige løn for samme arbejde eller arbejde af samme værdi« (stk. 3), og at »princippet om ligebehandling... ikke [er] til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere [for at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet]« (stk. 4)[2]. I *erklæring ad artikel 119, stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab*, der er knyttet som bilag til Amsterdam-traktaten, udtales det, at »når medlemsstaterne vedtager de foranstaltninger, der er nævnt i artikel 119, stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, bør de i første omgang bestræbe sig på at forbedre kvindernes stilling på arbejdsmarkedet«.

5. Inden traktaten blev ændret, havde fællesskabsinstitutionerne vedtaget forskellige retsakter vedrørende ligebehandling af mænd og kvinder. En af de vigtigste er i denne forbindelse Rådets henstilling 84/635/EØF af 13. december 1984 om fremme af positive foranstaltninger til fordel for kvinder[3], hvori det hedder: »De gældende bestemmelser om ligebehandling, der har til formål at sikre den enkeltes rettigheder, er ikke tilstrækkelige til at afskaffe alle de faktiske uligheder, medmindre regeringerne, arbejdsmarkedets parter og andre implicerede organer sideløbende træffer foranstaltninger med henblik på at modvirke de negative virkninger, som kvinder på arbejdsmarkedet udsættes for som følge af samfundsbestemte holdninger,

2 — Før artikel 119 blev ændret ved Amsterdam-traktaten, indeholdt den ikke udtrykkelig hjemmel til at træffe positive foranstaltninger til fordel for det underrepræsenterede køn, men alene et forbud mod forskelsbehandling i henseende til løn. Stk. 1 havde følgende ordlyd: »Hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde.«

3 — EFT L 331, s. 34.

adfærd og struktur.« I henstillingen opfordredes medlemsstaterne til, med udtrykkelig henvisning til direktivets artikel 2, stk. 4, at indføre en politik, hvorved der træffes positive foranstaltninger bl.a. med henblik på »tilskyndelse af kvinder til at søge stillinger, til ansættelse og forfremmelse af kvinder inden for sektorer og erhverv samt på niveauer, hvor de er underrepræsenteret, især i ansvarsstillinger«.

tilladt at indføre positiv særbehandling. Det bestemmes bl.a. i § 16, stk. 2, nr. 2, at der ikke er tale om kønsdiskrimination, når »afgørelsen er et led i bestræbelser på at fremme ligestillingen mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet«.

8. De højere uddannelsesinstitutioner, som denne præjudicielle forelæggelse drejer sig om, er omfattet af högskoleförordningen (1993:100) (den svenske bekendtgørelse om videregående uddannelse) [5].

## National lovgivning

Högskoleförordningen's kapitel 4, § 15, bestemmer i den affattelse, der har været gældende siden den 1. januar 1999, følgende:

6. Ifølge bestemmelsen i kapitel 11, § 9, i den svenske grundlov skal der ved besættelse af stillinger inden for staten udelukkende lægges vægt på objektive grunde såsom »anciennitet« og »kvalifikationer« [4]. Det bestemmes endvidere i lagen (1994:260) om offentlig anställning (den svenske lov om offentlig ansættelse), at ansøgerne skal udvælges ud fra deres egnethed, medmindre der er en »særlig grund« til at anlægge andre kriterier.

»Ved ansættelse af undervisningspersonale er det afgørende, i hvilken grad den pågældende er kvalificeret i videnskabelig eller kunstnerisk, pædagogisk, administrativ og anden henseende, som har særlig betydning for det felt, der skal undervises i, og den stilling, der skal besættes. Evnen til at informere om forskning og udviklingsarbejde skal endvidere tillægges betydning.

7. Det er ifølge jämställdhetslagen (1991:433) (den svenske ligestillingslov)

Ved besættelsen af stillingen skal der tillige tages hensyn til objektive kriterier, som er forbundet med målene for arbejdsmarkeds-

4 — Det fremgår af forarbejderne til denne bestemmelse, at der med udtrykket »anciennitet« primært tænkes på den erfaring, der er erhvervet i forbindelse med tidligere beskæftigelse, hvorimod der med udtrykket »kvalifikationer« menes, om ansøgeren i kraft af sin teoretiske og praktiske uddannelse og tidligere arbejdserfaring vil være egnet til at varetage stillingen.

5 — Senest ændret ved bekendtgørelse af 1.1.1999.

, ligestillings-, social- og beskæftigelsespolitikken.«

I § 15 a bestemmes der endvidere følgende:

»Nedenstående bestemmelser finder anvendelse i tilfælde, hvor en højere uddannelsesinstitution har besluttet, at der kan foretages positiv særbehandling i forbindelse med besættelse af en bestemt stilling som et led i handlingsplanen til fremme af ligestillingen på arbejdsmarkedet.

En ansøger af det køn, der er underrepræsenteret, som i tilstrækkeligt omfang har de i § 15, stk. 1, anførte kvalifikationer, kan ved besættelsen af den pågældende stilling vælges frem for en ansøger af modsat køn, som ellers ville være blevet valgt.

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

9. På baggrund af den overordnede plan, der nævnes i § 15 a, bestemmes det i förordningen (1995:936) om vissa anställninger som professor och forskarassistent vilka inrättes i jämställdhetssyfte (den svenske bekendtgørelse om visse ansættelser som professor og som forskningsassistent i ligestillingsøjemed, herefter »förordning 1995:936«), at der skal foretages visse former for positiv særbehandling[6]. Bekendtgørelsens § 1, 2 og 3 lyder således:

»Denne bekendtgørelse finder anvendelse på de ansættelser i stillinger som professor og forskningsassistent, som for særligt bevilgede midler for budgetåret 1995/96 skal oprettes og besættes ved visse statslige universiteter og højere uddannelsesinstitutioner som et led i bestræbelserne på at fremme ligestillingen på arbejdsmarkedet« (§ 1).

»De universiteter og højere uddannelsesinstitutioner, hvortil disse midler er bevilget, skal oprette og besætte disse stillinger i overensstemmelse med [högskoleförordningen], jf. dog de særlige bestemmelser i §§ 3-5. De særlige bestemmelser gælder dog kun, når stillingerne besættes første gang« (§ 2).

»Ved besættelsen af stillingerne træder følgende bestemmelser i stedet for hög-

6 — Med grundlag i denne bekendtgørelse og i en beslutning af 14.3.1996, dnr/91, vedtog regeringen en særbevilling vedrørende 30 professorstillinger.

skoleförordningen's kapitel 4, § 15 a:

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

Der skal dog ikke ske positiv særbehandling, når forskellen mellem ansøgernes kvalificationer er så stor, at anvendelsen af positiv særbehandling kommer i strid med kravet om objektivitet ved besættelsen af stillingen« (§ 3).

**De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål**

10. Den 3. juni 1996 opslog Göteborgs Universitet et ledigt professorat i hydrosfærevidenskab med særlig vægt på fysiske og biogeokemiske processer i naturlige vande. Det fremgik af opslaget, at stillingen skulle besættes som et led i universitetets plan til fremme af lige muligheder i medfør af förordning 1995:936.

11. Blandt ansøgerne var Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni og Elisabet Fogelqvist. Indstillingsudvalget valgte at foretage to særskilte afstemninger i forbindelse med udvælgelsen. Under den første afstemning blev der i overensstemmelse med högskoleförordningen's kapitel 4 kun taget hensyn til ansøgernes videnskabelige kvalificationer. Ved afstemningen vedrørende dette kriterium blev Leif Anderson med fem stemmer placeret som nr. 1 af samtlige ansøgere, mens Georgia Destouni fik tre stemmer. Ved den anden afstemning blev der imidlertid som et led i bestræbelserne for at sikre ligestilling (jf. bekendtgørelsen fra 1995) taget hensyn til en række andre kriterier. Her blev Georgia Destouni placeret som nr. 1.

Udvalget indstillede derfor Georgia Destouni til stillingen. Hun trak imidlertid sin ansøgning tilbage, og rektor besluttede derfor at anmode indstillingsudvalget om at foretage en fornyet behandling af sagen.

Udvalget anførte i den forbindelse, at et flertal af dets medlemmer med hensyn til kvalificationer anså forskellen mellem Leif Anderson og Elisabet Fogelqvist, der blev placeret som henholdsvis nr. 2 og 3, for at være betydelig, men var i tvivl om, hvorvidt man havde pligt til at foretrække en kvindelig ansøger, dvs. Elisabet Fogelqvist.

Den 18. november 1997 tildelte rektor Elisabet Fogelqvist stillingen, idet han fandt, at forskellen mellem hendes og Leif Anderson's kvalificationer ikke var tilstrækkelig til, at positiv særbehandling var

i strid med kravet om objektivitet ved udvælgelsen af ansøgerne.

12. Katarina Abrahamsson og Leif Anderson indbragte afgørelsen for Överklagandenämnden. Leif Anderson gjorde navnlig gældende, at udnævnelsen af Elisabet Fogelqvist var i strid med både § 3 i förordning 1995:936 og Fællesskabets retsregler som fortolket af Domstolen i Kalanke-dommen [7].

13. Det er i forbindelse med denne sag, at Överklagandenämnden för Högskolan har besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 2, stk. 1, og artikel 2, stk. 4, i Rådet for De Europæiske Fællesskabers direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF) til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ansøger af det underrepræsenterede køn med tilstrækkelige kvalifikationer til en stilling inden for staten skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, som ellers ville være udvalgt ('positiv særbehandling'), såfremt det er nødvendigt for, at en ansøger af det underrepræsenterede køn bliver udvalgt, og hvorefter positiv særbehandling kun skal undlades, såfremt forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer er så stor, at en positiv særbehandling ville være i strid med kravet om objektivitet ved udnævnelsen?

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

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

7 — Domstolens dom af 17.10.1995, sag C-450/93, Sml. I, s. 3051.

tilnærmelsesvis jævnbyrdige, da i nogen henseende anses for at være i strid med det i spørgsmål 1) nævnte direktiv?

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

## Formaliteten

14. Det organ, der har stillet de her omhandlede præjudicielle spørgsmål, er Överklagandenämnden för Högskolan, dvs. et forvaltningsorgan, og det skal derfor undersøges, om det skal anses for at være en »national ret« efter betydningen i og ved anvendelsen af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF).

15. Det bemærkes, at begrebet forelæggende ret er et selvstændigt begreb i den forstand, at det ikke altid og under alle omstændigheder svarer til den betegnelse, det pågældende organ har fået i medlemsstaternes lovgivning. Ifølge Domstolens praksis er det forelæggende organs juridiske betegnelse nemlig uden betydning for, om det skal anses for at være en »ret«. Til gengæld skal en række betingelser være opfyldt, for at det pågældende organ har bemyndigelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 177. Organet skal således være oprettet ved lov, have permanent karakter, virke som obligatorisk retsinstans, anvende en kontradiktorisk sagsbehandling, træffe afgørelse på grundlag af retsregler samt være upartisk og uafhængigt [8].

16. Överklagandenämnden har i forelæggelseskendelsen bekræftet, at det er en forvaltningsmyndighed, men det har også i generelle og noget vage vendinger gjort opmærksom på, at det i den konkrete sag opfylder alle de betingelser, der kræves, for at det kan betragtes som en ret i traktatens artikel 177's forstand, eftersom det er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling og træffer afgørelse på grundlag af retsregler.

Denne fortolkning understøttes af den svenske regering, der også i generelle vendinger har henvist til de gældende retsregler. Den svenske regering har nemlig bemærket, at der i forfatningen sondres mellem retsinstanser og forvaltningsmyndigheder, og at Överklagandenämnden efter svensk ret må henføres under den sidstnævnte kategori. Nævnet er oprettet

8 — Jf. Domstolens dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1966, s. 227, org. ref.; Rec. s. 377, af 14.12.1971, sag 43/71, Politi, Sml. 1971, s. 319, org.ref.: Rec. s. 1039, af 11.6.1987, sag 14/86, Pretore di Salò, Sml. s. 2545, præmis 7, af 30.3.1993, sag C-24/92, Corbiau, Sml. I, s. 1277, præmis 15, af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 9, af 12.12.1996, forenede sager C-74/95 og C-129/95, X, Sml. I, s. 6609, præmis 18, af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, af 12.11.1998, sag C-134/97, Victoria Film, Sml. I, s. 7023, præmis 14, og af 2.3.1999, sag C-416/96, Eddline El-Yassini, Sml. I, s. 1209, præmis 17.

ved högskolelagen (1992:1434) (lov om højere uddannelsesinstitutioner, herefter »högskolelagen«) og omfattet af förordningen (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (bekendtgørelse om Överklagandenämnden's virke). Det fremgår af denne bekendtgørelse, at Överklagandenämnden består af otte medlemmer, der udnævnes af regeringen, at formanden og næstformanden skal være dommere, og at tre af de øvrige medlemmer skal være jurister. Regeringen har også bemærket, at parterne ifølge förvaltningslagen (1993:223) (den svenske forvaltningslov, herefter »forvaltningsloven«), der indeholder reglerne om proceduren ved Överklagandenämnden, har ret til at fremsætte skriftlige eller mundtlige bemærkninger og til at få kendskab til de oplysninger, myndigheden er i besiddelse af. I henhold til högskolelagen's kapitel 5, § 1, er Överklagandenämnden's afgørelser bindende og kan ikke påklages. Endelig arbejder nævnet uafhængigt af de øvrige statslige myndigheder. Det følger således af kapitel 11, § 7, i grundloven, at ingen af de øvrige myndigheder, der indgår i den udøvende magt, end ikke Riksdagen, må blande sig i forvaltningsorganernes virksomhed.

17. Det fremgår klart af de lovregler, som den svenske regering har fremhævet, at det forelæggende organ er oprettet ved lov, har permanent karakter og virker som obligatorisk retsinstans (kapitel 5, § 1, stk. 1 og 2, i högskolelagen), og at det ikke har nogen hjemmel til at træffe sine afgørelser ud fra billighedsprincippet, men skal støtte sig på lovens regler.

Gennemgangen af de nationale bestemmelser giver imidlertid anledning til en vis tvivl med hensyn til to af de ovennævnte betingelser, der skal være opfyldt, for at det pågældende forvaltningsorgan kan anses for at være en ret i traktatens artikel 177's forstand, og for at anmodningen om en præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. Den første betingelse er, at Överklagandenämnden anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, og den anden, at nævnets medlemmer reelt er uvildige og ikke kan afsættes.

18. a) Lad os se på den første af de to betingelser. Selv om det, som jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse af 7. oktober 1999 i sagen Gabalfrisa m.fl. (forenede sager C-110/98 — C-147/98), må udledes af Domstolens seneste afgørelser, at det ikke i sig selv er afgørende for, om det forelæggende organ er en retsinstans, at det anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, er det ikke desto mindre klart, at Domstolen i de tilfælde, hvor den har antaget præjudicielle forelæggelser som et led i en summarisk retsforfølgelse, hvor sagsøgte ikke er til stede, som følge af dennes manglende tilstedeværelse har lagt særlig vægt på, at det organ, der skal træffe

afgørelse i sagen, er upartisk og uafhængigt [9]. Der kan efter min opfattelse slet ikke være tvivl om, at det er tvingende nødvendigt, at den forelæggende instans foretager en kontradiktorisk sagsbehandling, for at den præjudicielle sag kan behandles.

I den foreliggende sag har den svenske regering, hvilket den forelæggende myndighed ikke har bestridt, gjort gældende, at den sag, der er anlagt ved Överklagandenämnden, ikke er omfattet af förvaltningsprocesslagen (1971:291), der kun gælder for de tvister, som indbringes for forvaltningsdomstolene, men af forvaltningsloven, dvs. den lov, der gælder specifikt for udstedelse af forvaltningsakter [10]. Det fremgår ikke udtrykkeligt af denne lov, at parterne har ret til en kontradiktorisk sagsbehandling. Det bestemmes blot i § 17, at forvaltningen har pligt til at tilsende parterne alle de dokumenter, der vedrører dem, og at den skal give dem mulighed for at udtale sig.

Det følger endvidere af lovens § 14, at parterne skal have mulighed for at fremsætte mundtlige bemærkninger.

Spørgsmålet om, hvorvidt der i denne sag, der som allerede nævnt er omfattet af reglerne om udstedelse af forvaltningsakter, er foretaget en kontradiktorisk sagsbehandling, afhænger derfor af de bestemmelser, hvoraf det fremgår, at borgerne skal gives adgang til de dokumenter, forvaltningen lægger til grund for sin afgørelse. Det er imidlertid klart, at hensigten med disse bestemmelser ikke er at kræve en kontradiktorisk sagsbehandling, men at kræve, at det pågældende organ arbejder i fuld åbenhed, og at give borgerne ret til at udtale sig eller til at fremdrage nye forhold i sagen. Jeg mener imidlertid ikke, at det i den konkrete sag under hensyn til den forelæggende rets særlige kompetence — dvs. kompetencen til at efterprøve, om de administrative forskrifter, der udstedes af højere uddannelsesinstitutioner og universiteter, er lovlige — kan udelukkes, at parterne ved § 14 og i særdeleshed § 17 i forvaltningsloven sikres en almindelig kontradiktorisk sagsbehandling. Det fremgår navnlig af § 17, at borgere, der indbringer en forvaltningsafgørelse for Överklagandenämnden, under alle omstændigheder kan fremsætte bemærkninger til yderligere forhold, der fremdrages af tredjemand. Tilsvarende skal personer, hvis udnævnelse eller forfremmelse anfægtes, underrettes herom og herudover gives mulighed for at udtale sig.

Jeg mener derfor, at det, selv om der er tale om en »atypisk« kontradiktorisk sagsbe-

9 — I mit forslag til afgørelse i sagen Gabalfrisa m.fl. har jeg bl.a. henvist til Dorsch Consult-dommen, hvori Domstolen afviste Kommissionens antagelse om, at den forelæggende instans »ikke, efter hvad den selv har oplyst, foretager en kontradiktorisk sagsbehandling«, og blot konstaterede, at »kravet om en kontradiktorisk sagsbehandling ikke er et absolut kriterium«. Det fremgår reelt ikke klart af denne konstatering, som der ikke er grundlag for at overføre på den foreliggende sag, om der hentydes til, at Domstolen tidligere har antaget præjudicielle forelæggelser som et led i sager, hvor den kontradiktoriske sagsbehandling blot var udskudt til et senere tidspunkt (eller blev undladt), jf. Politi- og Pretore di Salò-dommen, nævnt i fodnote 8, samt dom af 28.6.1978, sag 70/77, Simmenthal, Sml. s. 1453, og af 21.4.1988, sag 338/85, Pardini, Sml. s. 2041.

10 — Denne fortolkning bekræftes i den juridiske litteratur, jf. Hans Ragnemalm, »Administrative justice«, *Juristförlaget*, Stockholm, 1991, s. 210, og Håkan Strömberg, »Allmän förvaltningsrätt«, *Liber Ekonomi*, 19. oplag, Lund, 1998, særlig s. 80.

handling, må fastslås, at Överklagandenämnden opfylder den betingelse, der ifølge fællesskabsretten skal være opfyldt, for at en anmodning om en præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

19. b) Hvad den anden betingelse angår, nemlig at medlemmerne af Överklagandenämnden skal være uafhængige, vil jeg gerne, som jeg har gjort det ved tidligere lejligheder, understrege, at kravet om, at dommerne skal være uafhængige har afgørende betydning for, at et forvaltningsorgan kan betragtes som en »ret« efter betydningen i og ved anvendelsen af traktatens artikel 177, og at det bør undersøges meget nøje, om de nationale bestemmelser imødekommer det krav om uafhængighed, som stilles til et organ, der — uanset om det kun sker under visse omstændigheder eller i særligt øjemed — optræder som en retsinstans.

Det er i den foreliggende sag blevet oplyst, at medlemmerne af Överklagandenämnden udnævnes af regeringen for et bestemt tidsrum (§ 9 i förordningen med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan). Det fremgår ikke af de love og bekendtgørelser, som nævnet er omfattet af, hvor længe dets medlemmer udnævnes for, eller i hvilke tilfælde forvaltningen kan afsætte dem. Hvad varigheden angår er det under alle omstændigheder nærliggende at antage, at denne fremgår af afgørelsen vedrørende udnævnelsen, og at dette er tilstrækkeligt til at sikre, at der er tale om et permanent og stabilt organ.

Der er til gengæld ikke fastsat særlige bestemmelser om, hvilke vilkår og retningslinjer der skal gælde for afsættelse af nævnets medlemmer, og det rejser tvivl om, hvorvidt nævnet reelt er uafhængigt. Jeg finder det nemlig tvivlsomt, om dette, som den svenske regering har gjort gældende, følger af den forfatningsbestemmelse, der knæsætter princippet om samtlige nationale myndigheders selvstændighed (kapitel 11, § 7). Det bemærkes, at forfatningsbestemmelserne kun indeholder en udtømmende liste over de tilfælde, hvor dommere kan afsættes, og at denne bestemmelse ikke gælder for forvaltningsorganer og dermed heller ikke for Överklagandenämnden's medlemmer (§ 5).

20. I lighed med den nævnte forfatningsbestemmelse, der knæsætter princippet om forvaltningsorganernes selvstændighed med hensyn til udstedelse af forvaltningsakter, indeholder forvaltningsloven også en liste over de tilfælde, hvor forvaltningsmyndighederne kan afsætte medlemmer af forvaltningsorganer, eller hvor disse medlemmer har pligt til at gøre rede for omstændigheder, der kunne give anledning til, at de måtte vige deres sæde (§ 11 og 12).

Ifølge den dom, som Domstolen afsagde for nylig i sagen Köllensperger og Atzwanger [11], og som den svenske regering har henvist til, må det ud fra reglerne om, hvornår medlemmerne af et organ skal vige

11 — Domstolens dom af 4.2.1999, sag C-103/97, Sml. I, s. 551.

deres sæde eller ikke må deltage i behandlingen af en sag, sammenholdt med de regler, der forbyder andre statslige organer at gribe ind, konkluderes, at betingelsen for, at det pågældende forvaltningsorgan kan betragtes som en »ret« i overensstemmelse med traktatens artikel 177, er opfyldt. I denne dom udtalte Domstolen, at »det [ikke] tilkommer... Domstolen at anstille formodninger om, at en sådan bestemmelse vil blive anvendt på en måde, som ville være i strid med den [nationale] forfatning og principperne for en retsstat«.

Det følger af denne retspraksis, at de to regler i forening udelukker, at muligheden for at afsætte forvaltningsmyndigheders medlemmer på nogen måde indskrænker nævnets medlemmers beslutningsmæssige frihed og uafhængighed. Denne retspraksis betyder med andre ord, at retten til at afsætte medlemmer i medfør af disse retsregler ikke kan anvendes som et middel til at svække det pågældende nævns uafhængighed. En sådan fortolkning er efter min opfattelse alt for vidtrækkende, eftersom kriteriet for, om det forelæggende organ anses for at være uafhængigt, ikke er, at det er underlagt de samme eller tilsvarende krav som dem, der gælder for afsættelse af dommere, men at der findes et generelt forbud mod at gribe ind i statslige forvaltningsorganers aktiviteter, samtidig med at der under visse omstændigheder består en mulighed for at afsætte medlemmerne af de forskellige myndigheder og en pligt for medlemmerne til ikke at deltage i behandlingen af en sag. Jeg mener ikke, at denne pligt under nogen omstændigheder er tilstrækkelig til at sikre, at Överklagandenämnden optræder fuldstændig uafhængigt. Betingelsen om, at organet skal være uafhængigt, er nemlig så væsentlig, at den bør sikres ved entydige bestemmelser, ikke mindst af hensyn til borgerne, der i givet fald skal kunne henvise hertil uden at være nødt til at foretage en vanskelig fortolkning for at undersøge og bevise, at de har ret til at få afgjort deres sag af uafhængige organer. Retsinstansens uafhængighed sikrer således beskyttelsen af et hensyn af almen karakter og repræsenterer en grundlæggende værdi, der styrker forholdet mellem borgeren og domstolen [12].

21. Jeg mener på grundlag heraf, at Domstolen bør fastslå, at anmodningen om en præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling.

## Besvarelsen af spørgsmålene

22. Jeg har i forbindelse med min undersøgelse af sagens realitet valgt at behandle det første og tredje spørgsmål først og dernæst tage fat på det andet og fjerde spørgsmål. De to førstnævnte spørgsmål drejer sig om den generelle ordning vedrørende positiv særbehandling i forbindelse med besættelse af stillinger ved de højere uddannelsesinstitutioner og på universiteterne, mens de øvrige spørgsmål vedrører anvendelsen af

12 — Jeg tvivler i øvrigt på, at den formodning for, at de statslige organer handler i overensstemmelse med loven, der fremsættes i Köllensperger og Atzwanger-dommen, er tilstrækkelig til at sikre, at en forvaltningsmyndighed træffer sin afgørelse fuldstændig uafhængigt. Vurderingen af, om den »forelæggende ret« må anses for at være upartisk og uafhængig, skal nemlig ikke baseres på lovligheden af disse organers handlemåde, men på indholdet af de nationale regler, som disse organer handler ud fra.

denne ordning på bestemte områder inden for det offentlige uddannelsessystem.

*Det første og tredje præjudicielle spørgsmål*

23. Med det første og tredje spørgsmål har Överklagandenämnden anmodet Domstolen om at oplyse, om den positive særbehandling, der er omhandlet i direktivets artikel 2, stk. 4, omfatter en national ordning som den svenske ordning, hvorefter der ved besættelse af undervisningsstillinger ved højere uddannelsesinstitutioner og på universiteter skal udnævnes en ansøger af det underrepræsenterede køn, selv om den pågældende ikke blev placeret som nr. 1 på prioriteringslisten, når blot ansøgeren af det underrepræsenterede køn i kraft af sine færdigheder og kvalifikationer er i stand til at varetage det arbejde, der er forbundet med den ledige stilling, og forskellen mellem de to ansøgere, der blev placeret som henholdsvis nr. 1 og 2, såfremt den sidstnævnte ansøger vælges, ikke er så stor, at det strider mod kravet om, at ansøgerne som fastlagt i lagen (1994:260) om offentlig anställning skal bedømmes ud fra objektive kriterier.

Den forelæggende ret har for det tilfælde, at spørgsmålet besvares benægtende, anmodet Domstolen om at oplyse, om en sådan ordning kan betragtes som lovlig, navnlig under hensyn til den administrative praksis, hvorefter en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kun kan foretrækkes, hvis den pågældende har de samme (eller tilnærmelsesvis de samme) færdigheder og kvalifikationer som den ansøger, der blev placeret som nr. et.

24. Disse spørgsmål rejser den samme problematik, som jeg behandlede i mit forslag til afgørelse af 10. juni 1999 i Badecksagen (sag C-158/97), og jeg henviser derfor til mine generelle bemærkninger heri vedrørende nationale positive foranstaltningers rækkevidde og de grænser, der ifølge fællesskabsretten gælder herfor. Jeg vil i den konkrete sag pege på retningslinjerne i Domstolens praksis som fastlagt i Kalanke-dommen og dommen i Marschallsagen [13].

25. I Kalanke-dommen fra 1995, som sagsøgerne i hovedsagen har påberåbt sig til støtte for deres påstande, og som den nationale ret har henvist til i forelæggelseskendelsen, var den positive særbehandling foreskrevet i en lov i delstaten Bremen, hvoraf det fremgik, at der »ved indstilling til stillingsbesættelse, herunder ansættelse som tjenestemand eller dommer... på de områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, [skal] gives fortrinsstilling til kvinder«, og at »kvalifikationerne... udelukkende [skal] vurderes i forhold til de krav, der stilles i forbindelse med erhvervet, stillingen, der skal besættes, eller karrieren«. Domstolen fastslog, at en sådan ordning,

13 — Domstolens dom af 11.11.1997, sag C-409/95, Sml. I, s. 6363.

*hvorefter kvinder, der er lige så kvalificerede som deres mandlige medansøgere,* ved forfremmelse *automatisk gives en fortrinsstilling* på områder, hvor kvinder er underrepræsenteret, ud over at være i strid med direktivets artikel 2, stk. 1, da den »indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn« (præmis 16), heller ikke kan henføres under de i artikel 2, stk. 4, omhandlede positive foranstaltninger, da »en national ordning, som giver kvinder en absolut og ubetinget fortrinsstilling ved udnævnelse eller forfremmelse, går videre end til at fremme lige muligheder og [dermed] overskrider... grænserne for den i direktivets artikel 2, stk. 4, fastsatte undtagelse« (præmis 22). Domstolen tilføjede, at »en sådan ordning — for så vidt som den tilsigter at skabe lige repræsentation af kvinder i forhold til mænd i alle lønklasser og på alle kompetenceniveauer på et arbejdssted — [erstatter] den i artikel 2, stk. 4, omhandlede målsætning om at fremme lige muligheder med det resultat, som kun virkeliggørelsen af sådanne lige muligheder kan føre til« (præmis 23).

I Marschall-dommen skulle Domstolen vurdere, om vedtægten for tjenestemænd i den tyske delstat Nordrhein-Westfalen var forenelig med artikel 2, stk. 1 og 4. Det bestemmes i denne vedtægt, at der inden for den offentlige forvaltning i tilfælde, hvor der er færre kvinder end mænd i den pågældende stillingsgruppe, og hvor ansøgerne er lige kvalificerede i henseende til egnethed, kundskaber og faglig indsats, skal gives kvinder fortrinsstilling. Ifølge den samme lov kan der endvidere ses bort fra denne fortrinsstilling, idet arbejdsgiveren har mulighed for at fravige bestemmelserne, såfremt »der er forhold knyttet til en mandlig ansøgers person, der vejer tungere« [14]. I betragtning af denne »fravigelsesmulighed« (Öffnungsklausel) fandt Domstolen, at ordningen var tilstrækkelig fleksibel, da den ikke havde den automatik, som kendetegnede loven i delstaten Bremen, som Kalanke-dommen vedrørte, og den fastslog derfor, at direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder ikke var til hinder for de foranstaltninger, delstaten Nordrhein-Westfalen havde truffet. Det hedder i domskonklusionen, at direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, ikke er til hinder for en sådan regel, forudsat at den »i hvert konkret tilfælde garanterer de mandlige ansøgere, der er lige så kvalificerede som de kvindelige ansøgere, at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle kriterier vedrørende den enkelte ansøgers person, og at der ses bort fra de kvindelige ansøgeres fortrinsstilling, såfremt en mand-

14 — Da delstatsregeringen i Nordrhein-Westfalen blev opfordret til at angive, hvorledes udtrykket »forhold knyttet til en mandlig medansøgers person« nærmere skulle forstås, og efter hvilket kriterium en mandlig ansøger kan foretrækkes, svarede den, at disse forhold omfattede sekundære udvælgelseskriterier såsom »tjenestetid og sociale grunde«, f.eks. at ansøgeren har familiebyrder. Det fremgår af dette svar, at de forhold, der omhandles i loven, kan angå såvel »kvalifikationerne«, dvs. ansøgernes faglige profil — og disse forhold har i lighed med ancienniteten betydning allerede i den indledende fase ved fastsættelsen af prioriteringslisten for ansøgerne — som forhold, der ikke har noget at gøre med ansøgernes egnethed til at udføre de opgaver, der er forbundet med arbejdet, såsom en ufordelagtig situation, der i lighed med den, som begrunder en korrigerende foranstaltning til fordel for kvinder, nødvendiggør en særlig beskyttelse.

lig ansøger ud fra et eller flere af disse kriterier bør foretrækkes«, og at »disse kriterier ikke er diskriminerende over for de kvindelige ansøgere«.

26. I mit forslag til afgørelse i Badecksagen bemærkede jeg, at det på grundlag af denne retspraksis måtte konkluderes, at en foranstaltning til fremme af kvinder på arbejdsmarkedet, som fastsætter en forpligtelse til at give kvindelige ansøgere fortrinsstilling, og som altså fastsætter kvoter for kvinder såvel i den offentlige som i den private sektor, må anses for lovlig efter fællesskabsretten, når den gør det muligt for arbejdsgiveren at vælge ansøgeren med den bedste faglige profil. Desuden må den positive foranstaltning i intet tilfælde påvirke vurderingen af de mandlige ansøgeres fortjenester og kvalifikationer. For det første skal ansøgerens køn derfor have karakter af et supplerende kriterium ved fastlæggelsen af ansøgernes profil, som må anvendes i kombination med de øvrige kriterier, der som regel anvendes ved helhedsbedømmelsen af ansøgerne. For det andet må forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling ikke medføre, at man ved vurderingen af ansøgere, som den positive foranstaltning ikke kommer til gode, forsømmer at tage hensyn til de særlige forhold af personlig karakter, der ikke berører vurderingen af ansøgernes faglige profil, men som indicerer sociale forhold af samme betydning som dem, kvinder normalt står overfor [15].

27. Den her omhandlede svenske ordning er kendetegnet ved to forhold. Den giver for det første forvaltningen mulighed for — og i visse tilfælde pligt til — at udvælge en ansøger af det underrepræsenterede køn, selv om den pågældende er mindre kvalificeret og egnet end den ansøger, der blev placeret som nr. 1 [16]. For det andet har forvaltningen ifølge de retskilder, den forelæggende ret har peget på, ikke altid mulighed for at udvælge ansøgerne under hensyntagen til de særlige omstændigheder og forhold af personlig karakter, der gør sig gældende for de ansøgere, som ikke kan få del i den positive særbehandling.

I betragtning heraf mener jeg, at det er indlysende, at ordningen er i strid med

15 — Hertil kommer, at der ved bedømmelsen af foranstaltningens lovlighed også skal tages hensyn til den helhedssituation, der gjorde det nødvendigt at træffe en foranstaltning til genoprettelse af ligevægten. Et eventuelt misforhold mellem den korrigerende foranstaltning og den sociale sammenhæng, som den påvirker (jeg tænker eksempelvis på det tilfælde, hvor forskellen i procentdele af kvinder og mænd i en virksomhed eller den offentlige sektor er mindre væsentlig) kan føre til, at de betingelser, som begrunder den positive foranstaltning, og som i sagens natur beror på en række faktiske forhold, ikke længere består. Det påhviler den nationale domstol at fastslå, om disse betingelser er opfyldt, såfremt der indbringes en sag for den, hvorunder den pågældende ansættelse eller forfremmelse anfægtes, og hvorunder forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling følgelig omtvistes.

16 — Forvaltningen kan i henhold til § 15 a i högskoleförordningen i stedet for den ansøger, der i første omgang blev udvalgt på grundlag af sine færdigheder og kvalifikationer, udvælge en ansøger af det underrepræsenterede køn, såfremt den pågældende vil kunne varetage den ledige stilling. I förordning 1995:936, der vedrører visse ansættelser som professor og som forskningsassistent i ligestillingsøjemed og dermed også den i hovedsagen omhandlede stilling, bestemmes det i § 3, at forvaltningen har pligt til at vælge en ansøger af det køn, der er underrepræsenteret, forudsat at betingelserne i högskoleförordningen's § 15 a er opfyldt.

direktivet, og at det navnlig er klart, at en sådan ordning ikke kan henføres under den positive særbehandling, der er nævnt i direktivets artikel 2, stk. 4.

28. Som tidligere omtalt er positiv særbehandling, der har til formål at fremme kvindernes stilling på arbejdsmarkedet, ifølge fællesskabsretten ikke i strid med forbuddet mod forskelsbehandling, såfremt forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling kun gælder, når de ansøgere, der er udvalgt i første omgang, rent faktisk er lige kvalificerede og egnede. Selv om kravet om, at ansøgerne skal være jævnbyrdige, som jeg allerede gjorde opmærksom på i mit forslag til afgørelse i Badeck-sagen, må anses for en fiktion, eftersom det er umuligt eller særdeles vanskeligt at afgøre, om to eller flere ansøgere er lige kvalificerede, er det under alle omstændigheder med til at lempe forpligtelsen til at give kvinder fortrinsstilling. Hvis man nemlig gjorde det muligt eller krævede, at der skulle vælges en ansøger af det underrepræsenterede køn, selv om ansøgerne ikke var lige kvalificerede eller egnede, ville det efter min opfattelse resultere i en ordning, hvor kvinder fik absolut og ubetinget fortrinsstilling, og føre til, at der blev oprettet stillinger, som alene var forbeholdt kvinder. Det ville også betyde, at hele ideen i at udvælge ansøgerne gik tabt, hvis bedømmelsen ikke længere skulle ske ud fra en sammenligning mellem de forskellige ansøgere, men ud fra de »foretrukne« ansøgeres evne til at varetage de opgaver, der er forbundet med den ledige stilling.

Efter min opfattelse vil ansøgere af det underrepræsenterede køn (i dette tilfælde kvinderne) fortsat få absolut og ubetinget fortrinsstilling, uanset om det som i den svenske lovgivning bestemmes, at en ansøger af det underrepræsenterede køn kun gives fortrinsstilling i forbindelse med besættelse af en stilling, såfremt der ikke er væsentlig forskel mellem den foretrukne ansøger og den ansøger, der forbigås. Under alle omstændigheder spiller sammenligningen af ansøgerne og dermed også vurderingen af deres egenskaber nemlig kun en underordnet rolle i forhold til den fortrinsstilling, der indrømmes en ansøger af det underrepræsenterede køn, og det betyder naturligvis, at udvælgelsen kommer i anden række.

Denne opfattelse modbevises ikke af Överklagandenämnden's bemærkning om rækkevidden af det »krav om objektivitet«, forvaltningen under alle omstændigheder er bundet af, når den skal vurdere ansøgerne til en stilling. Ifølge Överklagandenämnden »indebærer kravet om objektivitet [som fastlagt i den svenske grundlov og understreget i forarbejderne til förordning 1995:936] formentlig, at der ikke skal ske positiv særbehandling, såfremt det måtte indebære en risiko for et mere reelt effektivitetstab inden for de nævnte områder, hvis den mest kvalificerede ansøger ikke udvælges« [17].

17 — S. 7 i forelæggelseskendelsen.

Hertil kommer, at den fortrinsstilling, der indrømmes, når ansøgerne er lige kvalificerede, gør det vanskeligt at vurdere, om forskelsbehandlingen over for den ansøger, der tilhører det overrepræsenterede køn, rækker ud over, hvad der var nødvendigt for, at den positive særbehandling kunne få en virkning. Det er derfor indlysende, at det bliver endnu vanskeligere [18], når der er en om end ubetydelig forskel på ansøgernes kvalifikationer.

Det må derfor konkluderes, at en forskelsbehandling af denne art ikke er forenelig med direktivet. Ifølge Domstolens fortolkning er det slet ikke tilladt at give ansøgere, der tilhører det underrepræsenterede køn, en absolut fortrinsstilling, eftersom en sådan aktiv særbehandling under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til det tilsigtede mål.

29. Den forelæggende ret har i sin formulering af det tredje præjudicielle spørgsmål bemærket, at den fortrinsstilling, der ifølge svensk administrativ praksis vedrørende § 15 a i högskoleförordningen gives ansøgere, som tilhører det underrepræsenterede køn, kun gælder, såfremt ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige. Den forelæggende ret har hertil bemærket, at det fremgår af forslaget til förordning 1995:936, at »selv om bestræbelserne på at fremme ligestilling er en objektiv grund i grundlovens forstand, indebærer bestemmelsen formentlig, at der findes en grænse for, hvor stor forskellen i kvalifikationer må være i forbindelse med positiv særbehandling« [19]. Det er tydeligt, at disse regler ifølge svensk administrativ praksis bygger på den klassiske positive særbehandling, der er fastlagt i fællesskabsretten. Det tilkommer imidlertid ikke Domstolen, men den nationale ret at afgøre, hvilken betydning denne praksis skal tillægges i den nationale retsorden, og at vurdere, hvilken rækkevidde den har i forhold til bestemmelserne i den nationale lovgivning.

30. Hvordan det nu end forholder sig, som tidligere nævnt kræves det også, for at positiv særbehandling kan anses for at være forenelig med fællesskabsretten, at den pågældende bestemmelse giver forvaltningen mulighed for ved vurderingen af ansøgere, som den positive særbehandling ikke kommer til gode, at tage hensyn til de særlige omstændigheder og forhold af personlig karakter, som indicerer sociale forhold af samme betydning som dem, kvinder normalt står over for. Det fremgår imidlertid ikke af den forelæggende rets og den svenske regerings bemærkninger, at det ifølge bestemmelserne vedrørende den her omhandlede positive særbehandling eller den administrative praksis på området er muligt at fravige reglerne på dette punkt. Det er imidlertid den nationale ret, der skal

18 — På et spørgsmål fra Domstolen om, hvordan högskoleförordningen's kapitel 4, § 15 a, skulle fortolkes, svarede den svenske regering, at der i forbindelse med 21 ansættelser ved højere uddannelsesinstitutioner var udnævnt fem kvinder i medfør af ligestillingsplanen. Tre af disse fem udnævnelser blev påklaget ved Överklagandenämnden. I to tilfælde mente nævnet, at ansættelsen var i strid med objektivitetskravet og omstødte derfor afgørelsen om udnævnelsen.

19 — S. 7 i forelæggelseskendelsen.

vurdere, om en sådan pligt kan udledes af andre retskilder, hvori det bestemmes, at forvaltningen skal foretage særbehandling af personer, som på grund af særlige omstændigheder har vanskeligt ved at få adgang til arbejdsmarkedet.

31. Jeg mener på baggrund heraf, at fællesskabsretten, nærmere bestemt direktivets artikel 2, stk. 1 og 4, er til hinder for, at en medlemsstat indfører ansættelsesregler, hvorefter en ansøger af det underrepræsenterede køn, der er tilstrækkelig kvalificeret, skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, der i første omgang var blevet udvalgt på grundlag af sine færdigheder og kvalifikationer, uanset om der kun anvendes positiv særbehandling, såfremt forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer ikke er så stor, at anvendelsen af positiv særbehandling ville være i strid med det krav om objektivitet, som forvaltningen skal efterkomme i forbindelse med udvælgelsen af ansøgerne.

Fællesskabsretten er til gengæld ikke til hinder for en administrativ praksis, hvorefter en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en ansøger af det modsatte køn, forudsat at ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige, og at forvaltningen ifølge national ret har pligt til ved vurderingen af ansøgere, som den positive særbehandling ikke kommer til gode, at tage hensyn til de særlige omstændigheder og forhold af personlig karakter, som indicerer sociale forhold af samme betydning som dem, kvinder normalt står over for.

*Det andet og fjerde præjudicielle spørgsmål*

32. Överklagandenämnden ønsker med det andet og fjerde spørgsmål oplyst, om den svenske ordning, der følger af de ovennævnte regler, også er ulovlig, selv om ligestillingsplanen kun vedrører et »på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger«, hvilket er tilfældet med förordning 1995:936 om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättes i jämställdhetssyfte, eller kun gælder for stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre, og hvorefter der kan ske positiv særbehandling, jf. kapitel 4, § 15 a, i högskoleförordningen, (andet spørgsmål) eller selv om ordningen udelukkende vedrører lavere stillinger eller de højeste stillinger (fjerde spørgsmål).

Spørgsmålet kan sammenfattes således, at Överklagandenämnden i det væsentlige ønsker oplyst, om positiv særbehandling, der i sig selv er ulovlig, må betragtes som

forenelig med fællesskabsretten, såfremt dens anvendelsesområde er nøje afgrænset.

33. Den positive særbehandlings anvendelsesområde spiller efter min opfattelse ingen rolle for, om den er forenelig med fællesskabsretten. Vurderingen af, om den positive særbehandling er forenelig med fællesskabsretten, foretages nemlig i første række ud fra en fortolkning af de bestemmelser, der gælder vedrørende forvaltningens pligt til eller mulighed for at indrømme ansøgere, der tilhører det underrepræsenterede køn, en fortrinsstilling, og eventuelt også ud fra, om den positive særbehandling er nødvendig set i lyset af de sociale forhold, som de personer, den kommer til gode, er underlagt. Det indgår ikke i denne vurdering, på hvilke områder ordningen anvendes, og hvilken virkning den vil kunne få. Der tages med andre ord ikke stilling til, hvilke sociale konsekvenser ordningen kan få. Hvis den positive særbehandlings lovlighed skulle vurderes ud fra dens sociale konsekvenser, ville det svare til, at man sidestillede positiv særbehandling med alle andre former for kønsdiskrimination.

Som jeg til gengæld har anført i mit forslag til afgørelse i Badeck-sagen [20], afhænger lovligheden af sådanne foranstaltninger ganske vist af, om den positive foranstaltning kan forenes med det generelle forbud mod forskelsbehandling, men forbuddet mod forskelsbehandling og princippet om lige muligheder, som danner grundlaget for den positive foranstaltning, er alligevel ikke fuldstændig i modstrid med hinanden. Den materielle lighed kan nemlig virkeliggøres ved foranstaltninger, som efter deres karakter er diskriminerende, men som reelt har samme formål som forbuddet mod forskelsbehandling blot med den yderligere dimension, at lovgiver påtager sig at afhjælpe de reelle vanskeligheder, som visse befolkningsgrupper støder på, og som ikke vil kunne overvindes, såfremt det generelle forbud mod forskelsbehandling skal sikres overholdt.

34. Jeg mener derfor, at direktiv 76/207/EØF er til hinder for, at en medlemsstat vedtager en plan vedrørende positiv særbehandling, der i sig selv er ulovlig, selv om den positive særbehandling efter national ret kun finder anvendelse på et på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger eller stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre. Ordningen er uforenelig med fællesskabsretten, uanset om de pågældende regler gælder for stillinger på et lavere eller højere niveau.

20 — I punkt 26.

## Forslag til afgørelse

35. Jeg mener på baggrund heraf, at Domstolen bør fastslå, at de spørgsmål, Överklagandenämnden for Högskolan har stillet, ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom Överklagandenämnden ikke er en ret i traktatens artikel 177's forstand.

Subsidiært foreslår jeg, at Domstolen besvarer spørgsmålene således:

»1) Artikel 2, stk. 1 og 4, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår er til hinder for, at en medlemsstat indfører ansættelsesregler, hvorefter en ansøger af det underrepræsenterede køn, der er tilstrækkelig kvalificeret, skal udvælges frem for en ansøger af det modsatte køn, der på grundlag af sine færdigheder og kvalifikationer skønnes at være bedre egnet, uanset om pligten til at foretrække en ansøger af det underrepræsenterede køn kun gælder, såfremt forskellen mellem ansøgernes kvalifikationer ikke er så stor, at anvendelsen af positiv særbehandling ville være i strid med det krav om objektivitet, som forvaltningen skal efterkomme i forbindelse med udvælgelsen af ansøgerne.

2) Artikel 2, stk. 1 og 4, i direktiv 76/207/EØF er til gengæld ikke til hinder for en administrativ praksis, hvorefter en ansøger, der tilhører det underrepræsenterede køn, kan foretrækkes frem for en ansøger af det modsatte køn, forudsat at ansøgerne med hensyn til kvalifikationer kan anses for jævnbyrdige eller tilnærmelsesvis jævnbyrdige, og at forvaltningen ifølge national

ret har pligt til ved vurderingen af ansøgere, som den positive særbehandling ikke kommer til gode, at tage hensyn til de særlige omstændigheder og forhold af personlig karakter, som indicerer sociale forhold af samme betydning som dem, kvinder normalt står over for.

3) Artikel 2, stk. 1 og 4, i direktiv 76/207/EØF er til hinder for, at en medlemsstat vedtager ansættelsesregler som de i afsnit 1 anførte, selv om den positive særbehandling efter national ret kun finder anvendelse på et på forhånd bestemt, begrænset antal stillinger eller stillinger, der oprettes som led i en plan, som en enkelt højere uddannelsesinstitution særskilt har besluttet at gennemføre. Bestemmelserne er uforenelige med fællesskabsretten, uanset om de gælder for stillinger på et lavere eller højere niveau.«