CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. SAGGIO

van 16 november 1999 *

Het onderwerp van het prejudiciële verzoek

1. In de zaak die ik ga behandelen, verzoekt Överklagandenämnden för Högskolan (Zweden), college van beroep voor het hoger onderwijs, het Hof uitspraak te doen over de communautaire verenigbaarheid van de nationale regeling die het aanstellen van vrouwen bij hogescholen en universiteiten beoogt te bevorderen. Kenmerkend voor de nationale regeling is de voor het bestuur bestaande mogelijkheid — en geenszins de verplichting — om een sollicitant van het ondervertegenwoordigd geslacht te benoemen ook als deze gezien zijn verdiensten en kwalificaties niet de meest geschikte kandidaat is.

De gemeenschapswetgeving

2. 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 (hierna: „richtlijn") [1] heeft volgens artikel 1 tot doel „de tenuitvoerlegging in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van de promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en (...) de sociale zekerheid".

Artikel 2, lid 1, van de richtlijn bepaalt dat dit beginsel inhoudt 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".

Artikel 2, lid 4, verduidelijkt dat de richtlijn geen belemmering vormt 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 vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden".

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB L 39, blz. 40.

3. Nadat het verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof was ingediend, is het Verdrag van Amsterdam in werking getreden, dat — voor zover hier van belang — de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft gewijzigd. In het bijzonder bepalen de artikelen 2 en 3 EG-Verdrag in de nieuwe versie: „de Gemeenschap heeft tot taak (...) het bevorderen van (...) de gelijkheid van mannen en vrouwen" en hierbij „streeft de Gemeenschap ernaar de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen". Verder bepaalt artikel 6 A, dat eveneens bij het nieuwe verdrag is toegevoegd en artikel 13 EG is geworden, dat „de Raad, (...) met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen [kan] nemen om discriminatie op grond van geslacht (...) te bestrijden".

4. Artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door artikelen 136 EG-143 EG) bepaalt in zijn gewijzigde versie: „Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast" (lid 1). „De Raad neemt volgens de procedure van artikel 251 [artikel 189 B-oud] en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité maatregelen aan om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, met inbegrip van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid" (lid 3). En ten slotte: „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" (lid 4).[2] De *verklaring ad artikel 119, lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,* die als bijlage is gehecht aan het Verdrag van Amsterdam, luidt als volgt: „Bij het aannemen van maatregelen als bedoeld in artikel 119, 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."

5. Vóór de wijziging van het Verdrag hadden de gemeenschapsinstellingen reeds verschillende besluiten genomen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Van bijzonder belang is aanbeveling 84/635/EEG van de Raad van 13 december 1984 betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen[3], waarin staat 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 ten einde de nadelige gevolgen te ondervangen die voor de vrouwen in het

2 — Artikel 119 als luidend vóór het Verdrag van Amsterdam verwees in geen enkel opzicht naar positieve acties ten gunste van het ondervertegenwoordigde geslacht en vermeldde uitsluitend het verbod van discriminatie op het gebied van beloning. De eerste alinea bepaalde: „Iedere lidstaat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid".

3 — PB L 331, blz. 34.

arbeidsproces voortvloeien uit attitudes, gedragspatronen en sociale structuren". Deze aanbeveling nodigt de lidstaten uit, onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 2, lid 4, van de richtlijn, om een beleid van positieve acties aan te nemen, met name gericht op „het stimuleren van sollicitaties, aanwerving en bevordering van vrouwen in sectoren, in beroepen en op niveaus waar zij ondervertegenwoordigd zijn, met name op verantwoordelijke posities".

De nationale wetgeving

6. Volgens § 9 van hoofdstuk 11 van de Zweedse Grondwet kunnen bij de benoeming in een overheidsfunctie alleen objectieve beoordelingscriteria in aanmerking worden genomen, zoals „verdienste" en „bekwaamheid".[4] Evenzo schrijft de wet betreffende openbare functies (1994:260) voor, sollicitanten te selecteren op basis van hun bekwaamheid tenzij „bijzondere motieven" het hanteren van andere criteria rechtvaardigen.

7. De Zweedse wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (1991:433) staat maatregelen van positieve discriminatie toe. § 16, lid 2, punt 2, bepaalt met name dat er geen discriminatie op grond van geslacht is wanneer „de beslissing past binnen een beleid ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsleven".

8. Het hoger onderwijs, waarover het in casu gaat, valt onder de werking van verordening 1993:100.[5]

§ 15 van deze verordening bepaalt in de sinds 1 januari 1999 geldende redactie:

„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

4 — Blijkens de ontstaansgeschiedenis van de bepaling heeft de term „verdienste" voornamelijk betrekking op ervaring verworven tijdens vorige dienstverbanden, terwijl het begrip „bekwaamheid" betrekking heeft op de geschiktheid om te worden aangenomen, als blijkend uit vorming en training alsmede uit een vroegere werkervaring.

5 — Laatstelijk gewijzigd bij verordening van 1 januari 1999.

arbeidsmarkt, de gelijke behandeling, het sociaal beleid en het werkgelegenheidsbeleid."

§ 15, sub a, bepaalt bovendien:

„De hiernavolgende bepalingen zijn van toepassing wanneer een instelling van hoger onderwijs bij het vervullen van een bepaalde vacature besluit om positieve discriminatie toe te passen in het kader van een actieprogramma dat de gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven beoogt te bevorderen.

Bij de benoeming kan een tot een ondervertegenwoordigd geslacht behorende kandidaat die over voldoende kwalificaties zoals bedoeld in § 15, sub a, beschikt, met voorrang boven een kandidaat van het andere geslacht die anders zou zijn gekozen, worden gekozen.

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."

9. Op basis van een algemeen programma zoals bedoeld in § 15, sub a, voorziet verordening (1995:936) inzake bepaalde benoemingen als hoogleraar en als wetenschappelijk assistent met het oog op het bevorderen van de gelijkheid, in bepaalde positieve acties. [6] De §§ 1 tot en met 3 van deze verordening bepalen:

„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." (§ 1)

„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." (§ 2)

„Bij de bezetting van vacatures gelden in plaats van § 15, sub a, van hoofdstuk 4

6 — Op basis van deze verordening heeft de regering bij besluit dnr U96/91 van 14 maart 1996 buitengewone middelen ter beschikking gesteld voor dertig hoogleraarfuncties.

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." (§ 3)

De feiten en de prejudiciële vragen

10. Op 3 juni 1996 maakte de universiteit van Göteborg bekend dat er een leerstoel vacant was in de hydrosfeerwetenschappen, met name de fysische en biochemische processen in natuurlijke wateren. In de annonce stond vermeld dat de bezetting van deze vacature viel onder het programma van de universiteit dat beoogt gelijke kansen te bevorderen krachtens verordening 1995:936.

11. Tot de sollicitanten behoorden mevrouw Abrahamsson, de heer Anderson, mevrouw Destouni en mevrouw Fogelqvist. De benoemingscommissie besloot ten behoeve van de selectie twee aparte stemmingen te houden. Bij de eerste stemming werd uitsluitend rekening gehouden met de wetenschappelijke vaardigheden van de kandidaten, overeenkomstig hoofdstuk 4 van de verordening op het hoger onderwijs. Bij deze stemming kwam de heer Anderson met vijf stemmen op de eerste plaats; mevrouw Destouni kreeg drie stemmen. Bij de tweede stemming werd daarentegen rekening gehouden met de criteria voor het bevorderen van acties ter bereiking van gelijkheid (overeenkomstig de verordening uit 1995). Mevrouw Destouni kwam toen als eerste van de kandidaten uit de bus.

De commissie stelde daarom voor mevrouw Destouni te benoemen. Omdat mevrouw Destouni haar sollicitatie evenwel had ingetrokken, besloot de rector de commissie te verzoeken om de zaak opnieuw te onderzoeken.

De commissie gaf toen te kennen dat het merendeel van haar leden van mening was dat het verschil in kwalificatie tussen de heer Anderson en mevrouw Fogelqvist, respectievelijk als tweede en derde geplaatst, aanzienlijk was en dat zij betwijfelde of voorrang moest worden gegeven aan een vrouwelijke kandidaat, in dit geval mevrouw Fogelqvist.

Op 18 november 1997 heeft de rector evenwel mevrouw Fogelqvist benoemd, daar hij van mening was dat het verschil in kwalificatie met de heer Anderson niet

van dien aard was dat positieve discriminatie bij de selectie strijd opleverde met het vereiste van objectiviteit.

12. De heer Anderson en mevrouw Abrahamsson zijn tegen dit benoemingsbesluit opgekomen bij het college van beroep. De heer Anderson betoogt met name, dat de benoeming van mevrouw Fogelqvist in strijd is zowel met § 3 van verordening 1995:936 als met het gemeenschapsrecht zoals dit door het Hof in het arrest Kalanke [7] is uitgelegd.

13. In het kader van die procedure heeft Överklagandenämnden för Högskolan besloten het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„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, 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 kwa-

7 — Arrest Hof van 17 oktober 1995 (C-450/93, Jurispr. blz. I-3051).

lificaties 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?"

De ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek

14. De instantie die de onderhavige prejudiciële vragen heeft gesteld, is het college van beroep voor hoger onderwijs (Överklagandenämnden för Högskolan) en dus een bestuursorgaan. Onderzocht moet worden of dit „een nationale rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) is met het oog op de toepassing van dat artikel.

15. Ik breng in herinnering dat het begrip verwijzende rechterlijke instantie een autonoom begrip is, in zoverre dat dit niet altijd en in alle gevallen overeenkomt met de door de rechtsystemen van de lidstaten aan de betrokken instantie gegeven kwalificatie. Het begrip „rechterlijke instantie" als gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof hangt op generlei wijze af van de wettelijke benaming van de verwijzende instantie, maar van een aantal voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil het betrokken orgaan krachtens artikel 177 bevoegd zijn tot het stellen van prejudiciële vragen. Die voorwaarden zijn de volgende: de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter ervan, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de autonomie van het orgaan ten aanzien van partijen en de onafhankelijkheid ervan. [8]

16. Het college van beroep geeft in zijn beschikking toe dat het een bestuursorgaan is, maar het stelt niettemin in algemene of nogal vage bewoordingen, dat het in dit geval aan alle voorwaarden voldoet om beschouwd te worden als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag, te weten het college is bij de wet ingesteld, het heeft een permanent karakter en verplichte rechtsmacht, het doet uitspraak na een procedure op tegenspraak en past de regelen des rechts toe.

De Zweedse regering bevestigt deze uitleg door zelf ook in algemene zin te verwijzen naar de toepasselijke wettelijke bepalingen. Zij brengt namelijk naar voren dat de Zweedse Grondwet onderscheid maakt tussen rechterlijke instanties en bestuursorganen en dat naar Zweeds recht het college van beroep onder de laatste catego-

8 — Zie arresten Hof van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Jurispr. blz. 377); van 14 december 1971, Politi (43/71, Jurispr. blz. 1039); van 11 juni 1987, Pretore di Salò (14/86, Jurispr. blz. 2545, punt 7); van 30 maart 1993, Corbiau (C-24/92, Jurispr. blz. I-1277, punt 15); van 19 oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 9); van 12 december 1996, X (C-74/95 en C-129/95, Jurispr. blz. I-6609, punt 17); van 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23); van 12 november 1998, Victoria Film (C-134/97, Jurispr. blz. I-7023, punt 14); en van 2 maart 1999, Eddline El-Yassini (C-416/96, Jurispr. blz. I-1209, punt 17).

rie valt. Het is ingesteld bij de wet op het hoger onderwijs (1992:1434) en valt onder de werking van de verordening houdende instructies voor colleges van beroep voor het hoger onderwijs (1992:404). Deze verordening bepaalt dat het college van beroep uit acht leden bestaat, die door de regering benoemd worden, dat de voorzitter en vicevoorzitter rechters zijn en dat van de overige leden er drie jurist moeten zijn. De wet openbaar bestuur (1993:223), die de procedure voor het college van beroep regelt, staat belanghebbenden toe schriftelijke of mondelinge opmerkingen in te dienen en alle aan het bestuur verstrekte gegevens in te zien. Krachtens § 1 van hoofdstuk 5 van de wet op het hoger onderwijs (1992:1434) is het besluit van het college bindend en kan hiertegen niet worden opgekomen. Ten slotte is het college ten opzichte van andere staatsinstellingen autonoom, en wel krachtens § 7 van hoofdstuk 11 van de grondwet, die iedere vorm van bemoeienis met de werkzaamheden van bestuursorganen van de zijde van andere organen van de uitvoerende macht of van het Parlement verbiedt.

17. Uit de door de Zweedse regering vermelde bepalingen blijkt duidelijk dat het college van beroep een wettelijke grondslag heeft, dat het een permanent karakter heeft, dat het verplichte rechtsmacht heeft (§ 1, leden 1 en 2, van hoofdstuk 5 van de wet 1992:1434) en dat het niet naar billijkheid, maar met toepassing van de regelen des rechts moet beslissen.

Twijfel kan echter bestaan met betrekking tot twee van de bovenvermelde voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil het betrokken overheidsorgaan beschouwd worden als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag en het prejudiciële verzoek derhalve ontvankelijk kunnen zijn: de eerste voorwaarde betreft de contradictoire aard van de procedure, en de tweede de daadwerkelijke onafhankelijkheid en de onafzetbaarheid van de leden van het college van beroep.

18. a) Ik begin met de eerste van deze twee voorwaarden. Ik heb al in mijn conclusie van 7 oktober 1999 in de zaak Gabalfrisa e.a. (C-110/98—C-147/98) opgemerkt dat het feit dat geen uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, gezien bepaalde recente arresten van het Hof op zich niet bepalend is om aan het verwijzende orgaan de kwalificatie rechterlijke instantie te ontzeggen. Dit neemt niet weg dat in de gevallen waarin het Hof prejudiciële verzoeken heeft aanvaard die waren gedaan in een summiere procedure waarin de verweerder niet verscheen, het uit voorzorg een hoge mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het oordelende orgaan als compensatie van dit gebrek

heeft verlangd. [9] Voor mij kan er dus geen enkel twijfel over bestaan dat, om een verzoek te kunnen behandelen, het verwijzend orgaan absoluut uitspraak moet doen in een procedure op tegenspraak.

In de onderhavige zaak beweert de Zweedse regering, zonder te worden tegengesproken door het verwijzend college, dat de procedure voor het college van beroep niet wordt geregeld door de Zweedse wet op de bestuursrechtelijke procedure (wet 971:291) — deze is slechts van toepassing op geschillen die voor de administratieve rechter worden gebracht — maar door de wet openbaar bestuur (1986:223), dat wil zeggen de wet die regelt hoe bestuursbesluiten genomen worden. [10] Krachtens deze wet hebben partijen niet uitdrukkelijk recht op een procedure op tegenspraak. § 17 van deze wet bepaalt uitsluitend dat het bestuursorgaan de belanghebbenden van alle hen betreffende stukken kennis laat nemen en hen in de gelegenheid stelt opmerkingen in te dienen.

§ 14 van diezelfde wet voorziet bovendien in de mogelijkheid voor partijen om mondeling opmerkingen in te dienen.

De contradictoire aard van deze procedure die, laat ik het nogmaals benadrukken, wordt geregeld door de wet die de wijze van totstandkoming van bestuursbesluiten regelt, berust dus op bepalingen die de bestuurde het recht geven om kennis te nemen van alle stukken die door het bestuursorgaan in aanmerking worden genomen. Nu is het wel duidelijk dat dit soort bepalingen niet beogen een procedure op tegenspraak voor te schrijven, maar veeleer streven naar een absolute transparantheid van het betrokken orgaan en aan burgers het recht willen toekennen om opmerkingen in te dienen en nieuwe elementen aan te dragen. Ik meen niettemin dat, gezien de specifieke bevoegdheid van het verwijzende orgaan in casu — een bevoegdheid die bestaat uit het toezicht op de wettigheid van bestuurshandelingen van hogescholen en universiteiten — niet kan worden uitgesloten dat § 14 en vooral § 17 van de wet openbaar bestuur belanghebbenden kunnen verzekeren van een normale procedure op tegenspraak. In het bijzonder § 17 biedt de burgers die voor het college van beroep opkomen tegen een bestuursbesluit, in ieder geval de mogelijkheid hun opmerkingen in te dienen aangaande ieder element dat door een derde wordt aangedragen, en evenzo worden degenen wier benoeming of bevordering wordt aangevochten, in kennis gesteld van het beroep en hebben ook zij het recht om opmerkingen in te dienen.

Ondanks het „atypische" karakter van deze procedure op tegenspraak voldoet het col-

9 — In mijn conclusie in de zaak Gabalfrisia e.a. heb ik in het bijzonder verwezen naar het arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald, waarin het Hof, onder verwerping van de stelling van de Commissie dat het verwijzende orgaan „naar eigen zeggen niet rechtspreekt in een procedure op tegenspraak", volstond met te beslissen dat „het vereiste van een procedure op tegenspraak geen absoluut criterium is". Deze uitspraak zonder op het geval betrokken motivering wekt verbazing als men in aanmerking neemt dat het Hof voorheen prejudiciële verwijzingen heeft toegelaten in procedures waarin het contradictoire karakter weliswaar niet non-existent was, maar alleen was uitgesteld naar een (soms eventueel) later moment (zie arresten Politi en Pretore di Salò, aangehaald in voetnoot 8, evenals arresten van 28 juni 1978, Simmenthal, 70/77, Jurispr. blz. 1453, en van 21 april 1988, Pardini, 338/85, Jurispr. blz. 2041).

10 — Deze uitleg wordt bevestigd door de literatuur: zie Ragnemalm, H., „Administrative justice", *Juristförlaget*, Stockholm, 1991, blz. 210, en Strömberg, H., „Allmän förvaltningsrätt", *Liber Ekonomi*, 19e druk, Lund, 1998 met name blz. 80.

lege van beroep mijns inziens aan de door het gemeenschapsrecht in deze gestelde voorwaarde voor ontvankelijkheid van een prejudicieel verzoek.

19. b) Aangaande de tweede voorwaarde — onafhankelijkheid van de leden van het college van beroep — zou ik willen benadrukken, zoals ik ook al heb gedaan bij een andere gelegenheid, dat de onafhankelijkheid van de rechters essentieel is voor het erkennen van een overheidsorgaan als rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag en voor de toepassing van dit artikel, en dat uiterst nauwkeurig dient te worden onderzocht of de nationale bepalingen stroken met het vereiste van onafhankelijkheid van een orgaan dat zich, al is het maar in een bijzonder kader en voor bepaalde doeleinden, als rechterlijke instantie presenteert.

In dit geval blijken de leden door de regering te worden benoemd voor onbepaalde tijd (§ 9 van de verordening houdende instructies voor het college). De op het college betrekking hebbende wetten en verordeningen vermelden niet de duur van hun mandaat noch de gevallen waarin de leden van het college door het bestuur kunnen worden ontslagen. De duur van hun ambtstermijn staat vermoedelijk in het benoemingsbesluit vermeld, wat voldoende kan zijn om het permanente karakter en de bestendigheid van het orgaan te verzekeren.

Het ontbreken van specifieke bepalingen over de voorwaarden en modaliteiten voor het ontslag van de leden van het college roept daarentegen twijfel op aan de onafhankelijkheid van dit orgaan. Ik vind het althans verwonderlijk dat de Zweedse regering aanvoert dat die onafhankelijkheid kan worden afgeleid uit de bepaling van de grondwet, waarin de autonomie van alle nationale bestuursinstanties is vastgelegd (hoofdstuk 11, § 7). De grondwet bevat namelijk slechts voor rechters een uitputtende opsomming van de gevallen waarin ontslag kan worden verleend, en deze bepaling is niet van toepassing op bestuursorganen en dus niet op leden van het college van beroep (§ 5).

20. Behalve de reeds aangehaalde grondwetsbepaling over de autonomie van de bestuursorganen bij het nemen van hun besluiten, bevat de wet openbaar bestuur een eveneens uitputtende opsomming van gevallen waarin leden van bestuursorganen door de overheid kunnen worden gewraakt of waarin die leden verplicht zijn om omstandigheden mee te delen die grond voor verschoning kunnen opleveren (§§ 11 en 12).

Gezien het recente arrest Köllensperger en Atzwanger [11] dat de Zweedse regering heeft aangehaald, kan op grond van de regels inzake wraking en verschoning van de leden van een orgaan, in combinatie met

11 — Arrest Hof van 4 februari 1999 (C-103/97, Jurispr. blz. I-551).

de regels die andere overheidsorganen verbieden om aanwijzingen te geven, worden aanvaard dat voldaan is aan de genoemde voorwaarde die noodzakelijk is voor erkenning van het bestuursorgaan als „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 177 van het Verdrag. In dit arrest verklaarde het Hof: „Het staat niet aan het Hof uit te gaan van de veronderstelling, dat de wijze waarop die bepaling wordt toegepast, in strijd zou zijn met de [nationale] grondwet en met de beginselen van de rechtsstaat."

Uit deze rechtspraak vloeit voort dat door de samenhang tussen beide soorten regels kan worden uitgesloten dat het instrument van ontslag van de leden van overheidsorganen tot een vorm van bemoeienis verwordt die tegen de vrijheid en onafhankelijkheid van de leden van het college bij hun oordeelsvorming ingaat. Deze rechtspraak betekent met andere woorden, dat het recht van ontslag in een zodanig normatief kader geen afbreuk kan doen aan de onafhankelijkheid van voormeld college. Deze uitleg is buitengewoon ruim. In plaats van de onafhankelijkstoetsing te beperken tot het criterium, of de ontslagredenen overeenkomen met of gelijksoortig zijn aan die voor beroepsrechters, wordt daarbij tevens betrokken het bestaan van een algemene verplichting tot niet-inmenging in de werkzaamheden van bestuurlijke overheidsorganen in combinatie met het recht van wraking van de leden van de verschillende betrokken instanties en de verplichting van de leden om zich in bepaalde omstandigheden te verschonen. Mijns inziens is een dergelijke verplichting niet voldoende om de absolute onafhankelijkheid van het college van beroep te waarborgen: een fundamentele voorwaarde als de onafhankelijkheid van het betrokken orgaan behoort te worden gewaarborgd door duidelijke bepalingen, dit in het primaire belang van de justitiabelen die in voorkomend geval een beroep daarop moeten kunnen doen zonder hun recht om door onafhankelijke organen te worden berecht moeizaam te hoeven uitleggen en aantonen. De onafhankelijkheid van de rechterlijke instantie dient immers de bescherming van een belang van algemene aard en is van essentiële betekenis in de verhouding tussen de justitiabele en de rechtspleging. [12]

21. Om de hierboven uiteengezette redenen geef ik het Hof in overweging het prejudiciële verzoek niet-ontvankelijk te verklaren.

Ten gronde

22. Bij mijn bespreking zal ik de eerste en de derde vraag tezamen behandelen en daarna ingaan op de tweede en de vierde vraag. De eerste twee vragen gaan immers over het algemene systeem van positieve acties bij benoemingen aan hogescholen en universiteiten, de andere over de toepasse-

12 — Ik betwijfel trouwens of de veronderstelling dat het vermoeden van wettigheid van handelingen van de overheidsorganen, waarnaar het arrest Köllensperger en Atzwanger verwijst, een voldoende waarborg is dat een bestuursorgaan volledig en absoluut onafhankelijk oordeelt. Niet de regelmatigheid van de handelingen van die organen is relevant voor de onafhankelijkheid van de „verwijzende rechter", maar de inhoud van de nationale regels waarop hun handelingen zijn gebaseerd.

lijkheid van dat systeem op bepaalde sectoren van het onderwijs.

De eerste en de derde prejudiciële vraag

23. Met zijn eerste en derde vraag wenst het college van beroep van het Hof te vernemen, of de positieve actie bedoeld in artikel 2, lid 4, van de richtlijn een nationale regeling kan omvatten als de Zweedse, volgens welke een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht benoemd kan worden in een onderwijsfunctie aan hogescholen en universiteiten, ook als hij niet als nummer één uit de selectie is gekomen, voor zover de sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht gezien zijn verdiensten en kwalificaties geschikt is de aan de vacature verbonden taken uit te voeren en het verschil tussen de kandidaten die respectievelijk als eerste en tweede zijn geplaatst, niet zodanig is dat selectie van de als tweede geplaatste kandidaat in strijd komt met de verplichting om de sollicitanten volgens objectieve criteria te beoordelen, zoals bepaald in de wet betreffende openbare functies (1994:260).

In geval van een ontkennend antwoord wenst de verwijzende rechter te vernemen of een dergelijk regeling geoorloofd is, althans gezien de bestuursrechtspraak krachtens welke aan een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht slechts de voorkeur kan worden gegeven als zijn verdiensten en kwalificaties gelijkwaardig (of bijna gelijkwaardig) zijn aan die van de als eerste geplaatste kandidaat.

24. Deze vragen stellen dus opnieuw de problematiek aan de orde die ik heb behandeld in mijn conclusie van 10 juni 1999 in de zaak Badeck (C-158/97). Ik verwijs in deze naar de algemene opmerkingen die ik daar heb gemaakt over de reikwijdte van de positieve acties van een lidstaat en de door het gemeenschapsrecht daaraan gestelde beperkingen. Ik ga hier slechts nader in op de richtsnoeren die uit de genoemde arresten Kalanke en Marschall naar voren komen. [13]

25. In de zaak Kalanke van 1995 — dat verzoekers hebben aangehaald ter ondersteuning van hun conclusie in het hoofdgeding en waarnaar de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking heeft verwezen — was de positieve actie voorgeschreven in een wet van de deelstaat Bremen, waarin werd bepaald: „Bij de aanwerving, inclusief de aanstelling als ambtenaar of als rechter, (...) moeten vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waar zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang in aanmerking worden genomen." „De kwalificaties mogen uitsluitend worden getoetst aan de vereisten van het beroep, de te bezetten post of de loopbaan." Naar het oordeel van het Hof is een dergelijke regeling, *volgens*

13 — Arrest Hof van 11 november 1997 (C-409/95, Jurispr. blz. I-6363).

welke vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij promotie *automatisch* voorrang genieten, niet alleen in strijd met artikel 2, lid 1, van de richtlijn daar deze regeling „een discriminatie op grond van geslacht inhoudt" (punt 16), maar kan zij ook niet vallen onder de positieve acties van lid 4 van datzelfde artikel omdat „een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, verder gaat dan een bevordering van gelijke kansen en de grenzen overschrijdt van de in artikel 2, lid 4, van de richtlijn voorziene uitzondering" (punt 22). Het Hof voegt hieraan toe dat „een dergelijke regeling, voor zover zij erop gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, de in artikel 2, lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden" (punt 23).

In het arrest Marschall was de ambtenarenwet van de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen aan de orde, die bepaalde dat in sectoren van de openbare dienst waar in een te bekleden hoger ambt van loopbaan minder vrouwen dan mannen werkzaam zijn, vrouwen bij gelijke geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestaties bij voorrang benoemd moeten worden. Deze wet kende trouwens een uitzondering op de toepassing van dit beginsel, waardoor de werkgever kan afwijken van de bepalingen ervan wanneer „met de persoon van een medekandidaat [van het mannelijke geslacht] verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan". [14] Gelet op deze „openingsclausule" achtte het Hof de regeling voldoende flexibel, nu deze niet het automatisme bevatte dat de wet van de deelstaat Bremen in het arrest Kalanke kenmerkte. Het heeft derhalve beslist dat de richtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling zich niet verzet tegen de maatregelen van de deelstaat Nordrhein-Westfalen. Volgens het dictum van dit arrest verzet artikel 2, leden 1 en 4, zich niet tegen een dergelijke regeling op voorwaarde dat de regeling „mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten in elk individueel geval waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten en de aan vrouwelijke toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan" en dat „dergelijke criteria niet

14 — Op de vraag wat nu „met de persoon van een mannelijke medekandidaat verband houdende redenen" waren op grond waarvan voorrang kon worden gegeven aan een mannelijke kandidaat, verklaarde de regering van de deelstaat Nordrhein-Westfalen dat daaronder vallen secundaire selectiecriteria zoals „het aantal dienstjaren en sociale redenen", bijvoorbeeld het hebben van een gezin. Blijkens dit antwoord kunnen de factoren waarnaar de wet verwijst, zowel de „kwalificaties" en dus het arbeidsprofiel van de kandidaten — met factoren als het aantal dienstjaren wordt reeds rekening gehouden tijdens de eerste fase van de selectieprocedures — omvatten als omstandigheden die niets te maken hebben met de geschiktheid van de kandidaat voor de functie, omstandigheden dus die een nadeel opleveren en die, net als alle nadelen die ten grondslag liggen aan de actie ter verbetering van de positie van vrouwen, een bijzondere bescherming vereisen.

discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten".

26. In mijn conclusie in de zaak Badeck merkte ik op dat uit deze rechtspraak de conclusie kan worden getrokken dat een actie ter bevordering van vrouwen in het arbeidsproces, inhoudende dat verplicht voorrang dient te worden gegeven aan vrouwelijke kandidaten, die dus zowel voor de publieke als de private sector quota voor vrouwen instelt, gemeenschapsrechtelijk geoorloofd is wanneer de werkgever daarmee de mogelijkheid heeft de kandidaat te kiezen met het meest geschikte arbeidsprofiel. De positieve actie ten gunste van vrouwen mag de beoordeling van de verdiensten en kwalificaties van mannelijke kandidaten echter niet vertekenen. Het geslacht moet enerzijds een aanvullend criterium zijn bij het bepalen van het profiel van de kandidaten, naast de andere criteria waarop in het algemeen de beoordeling van kandidaten berust, en anderzijds mag de verplichting om voorrang toe te kennen aan vrouwen niet betekenen dat bij de beoordeling van kandidaten die niet tot de doelgroep van de positieve actie behoren, geen rekening wordt gehouden met bijzondere persoonlijke omstandigheden die, hoewel niet van betekenis voor de beoordeling van het arbeidsprofiel van de kandidaten, kunnen duiden op sociale omstandigheden waaraan hetzelfde belang toekomt als aan die waarmee vrouwen normaliter te maken hebben. [15]

27. De Zweedse regeling heeft twee kenmerken: het bestuur kan — maar is niet verplicht — voorrang geven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, ook wanneer diens kwalificaties of merites minder goed zijn dan van de kandidaat die als eerste is geplaatst [16]; de rechtsbronnen genoemd door het college van beroep voorzien daarentegen niet in de mogelijkheid voor het bestuur om bij de selectie in elk geval rekening te houden met bijzondere persoonlijke omstandigheden en situaties van de kandidaten die geen voordeel hebben van de positieve actie.

Gezien deze kenmerken staat voor mij vast dat zij onverenigbaar is met de richtlijn;

15 — Ik voegde hieraan toe dat bij de beoordeling van de wettigheid van de betrokken maatregel noodzakelijkerwijs ook rekening moet worden gehouden met de globale situatie die de compensatiemaatregel noodzakelijk heeft gemaakt. De eventuele wanverhouding tussen de compensatiemaatregel en de sociale context waarbinnen deze effect moet sorteren (ik denk bijvoorbeeld aan een niet duidelijk verschil in het aandeel vrouwen en het aandeel mannen in een bedrijf of in een openbare dienst), kan tot gevolg hebben dat de voorwaarden die de positieve regeling rechtvaardigen niet meer aanwezig zijn, voorwaarden die noodzakelijkerwijs verbonden zijn met feitelijke factoren. Het is aan de nationale rechter om vast te stellen of, wanneer hem een geschil wordt voorgelegd waarbij tegen een bepaalde benoeming of promotie wordt opgekomen en het bestaan van de verplichting tot het geven van voorrang wordt betwist, aan deze voorwaarden voldaan is.

16 — Volgens § 15, sub a, van verordening 1993:100 op het hoger onderwijs kan het bestuur in plaats van de op basis van zijn verdiensten en kwalificaties beter geplaatste kandidaat een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht benoemen, wanneer deze geschikt is voor de functie waarin moet worden voorzien. Krachtens § 3 van verordening 1995:936 op bepaalde benoemingen als hoogleraar en als wetenschappelijk assistent met het oog op de bevordering van de gelijkheid, die in casu toepasselijk is, is het bestuur verplicht voorrang te geven aan kandidaten die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoren, wanneer aan de voorwaarden van § 15, sub a, van verordening 1993:100 is voldaan.

meer in het bijzonder kan zij niet een onder de positieve acties bedoeld in artikel 2, lid 4, van de richtlijn vallen.

28. Zoals gezegd, zijn positieve acties ter bevordering van de arbeidsparticipatie van vrouwen gemeenschapsrechtelijk verenigbaar met het non-discriminatiebeginsel wanneer de verplichting om voorrang te geven slechts geldt voor zover er daadwerkelijk gelijkwaardigheid bestaat tussen respectievelijk de verdiensten en kwalificaties van de geselecteerde kandidaten. Hoewel, zoals ik al opmerkte in mijn conclusie van de zaak Badeck, een dergelijke gelijkwaardigheid een fictie is gezien het feit dat het onmogelijk of uiterst moeilijk is om twee of meer kandidaten op hetzelfde niveau te plaatsen, wordt hierdoor in elk geval de verplichting tot het geven van voorrang afgezwakt. Wanneer namelijk de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht kan of moet worden gekozen ook al bestaat er een verschil in kwalificaties of verdiensten, dan betekent dat mijns inziens een absolute en onvoorwaardelijke voorrang en dus eigenlijk een werkgelegenheidsgarantie voor vrouwen. Het beginsel van het selecteren van kandidaten zou evenmin nog enige betekenis hebben, omdat de beoordeling niet meer geschiedt aan de hand van een vergelijking van de verschillende kandidaten, maar aan de hand van de geschiktheid van de „bevoorrechte" kandidaten voor de taken van de functie waarin moet worden voorzien.

Het absolute en onvoorwaardelijke karakter van de voorrang van kandidaten van het ondervertegenwoordigde geslacht (in casu vrouwen) wordt niet tenietgedaan wanneer, zoals het geval is in Zweden, de sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht bij de benoeming alleen een recht van voorrang heeft als het verschil tussen de bevoorrechte kandidaat en de uitgesloten kandidaat niet zo groot is: de vergelijking tussen de kandidaten en dus het oordeel over hun kwaliteiten spelen ook in dit geval immers slechts een secundaire rol ten opzichte van de aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht verleende voorrang, zodat de selectie ontegenzeglijk volledig wordt vertekend.

Hieraan doet niet af hetgeen het college van beroep heeft opgemerkt over de reikwijdte van het „vereiste van objectiviteit" waaraan het bestuur zou zijn gebonden in alle gevallen waarin het sollicitanten beoordeelt. Volgens het college van beroep „betekent het vereiste van objectiviteit (bepaald in de Zweedse grondwet en aangehaald in de voorstukken bij verordening 1995:936 betreffende bepaalde benoemingen als hoogleraar en wetenschappelijk assistent met het oog op de bevordering van de gelijkheid) 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". [17]

17 — Pagina 8 van de verwijzingsbeschikking.

Ik wil nog opmerken, dat bij het geven van voorrang ingeval de kwalificaties gelijkwaardig zijn, het toch al moeilijk is vast te stellen of een discriminatie van de kandidaat van het oververtegenwoordigde geslacht verder gaat dan noodzakelijk is om de positieve maatregel te kunnen nemen. Het is in elk geval duidelijk dat deze problemen des te nijpender [18] zijn, wanneer een niveauverschil tussen de kandidaten bestaat.

Een dergelijke positieve actie is dus niet verenigbaar met de richtlijn: volgens de uitleg van het Hof laat zij geen enkele vorm van absolute voorrang van kandidaten van het ondervertegenwoordigde geslacht toe, daar een dergelijke vorm van actieve discriminatie hoe dan ook onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel.

29. In de derde prejudiciële vraag vermeldt de verwijzende rechter dat in de Zweedse bestuurspraktijk sollicitanten van het ondervertegenwoordigde geslacht op grond van § 15, sub a, van de verordening op het hoger onderwijs (verordening 1993:100) slechts voorrang krijgen, wanneer de kwalificaties van de kandidaten gelijkwaardig of vrijwel gelijkwaardig zijn. In dit verband wijst het college van beroep erop dat „hoewel het streven naar bevordering van de gelijkheid een objectieve reden volgens de grondwet is, betekent het voorschrift waarschijnlijk dat de grootte van het verschil in kwalificaties bij voorkeursbehandeling niet ongelimiteerd mag zijn". [19] De Zweedse administratieve rechtspraak brengt deze bepaling duidelijk in verband met het klassieke model van positieve actie zoals dat in de gemeenschapswetgeving wetgeving is ontwikkeld. Het is echter niet aan het Hof, maar aan de nationale rechter om het belang van deze praktijk in de nationale rechtsorde te bepalen en te beoordelen wat de betekenis daarvan is voor de nationale bepalingen.

30. Hoe dit ook zij, voor verenigbaarheid van een positieve actie met het gemeenschapsrecht is, zoals ik al opmerkte, eveneens vereist dat de betrokken bepaling in de mogelijkheid voorziet voor het bestuur om bij de selectie van kandidaten die geen voordeel hebben van de positieve discriminatie, rekening te houden met bijzondere persoonlijke omstandigheden en situaties die op een sociale situatie kunnen duiden die even belangrijk is als die waaraan vrouwen normaliter het hoofd moeten bieden. Uit de door de verwijzende rechter en de Zweedse regering naar voren gebrachte argumenten blijkt evenwel niet dat de regeling waarbij deze positieve actie is ingevoerd, of de administratieve rechtspraak ter zake voorziet in een dergelijke afwijkingsmogelijkheid. Niettemin is het aan de nationale rechter om te beoordelen of een dergelijke verplichting voortvloeit

18 — In antwoord op een vraag van het Hof over de uitleg van § 15, sub a, van hoofdstuk 4 van verordening 1993:100 vermeldt de Zweedse regering dat op een totaal van eenentwintig aanstellingen aan hogescholen, vijf vrouwen met toepassing van het programma ter bevordering van vrouwen zijn benoemd. Drie van deze vijf benoemingen zijn bestreden voor het college van beroep. In twee gevallen achtte het college de benoeming in strijd met het objectiviteitsvereiste en is bet benoemingsbesluit dus vernietigd.

19 — Pagina 10 van de verwijzingsbeschikking.

uit andere rechtsbronnen volgens welke het bestuur een voorkeursbehandeling dient te verlenen aan personen met persoonlijke omstandigheden die hun deelname aan de arbeidsmarkt bemoeilijken.

31. Gezien het voorgaande ben ik van mening dat het gemeenschapsrecht en in het bijzonder artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn een lidstaat niet toestaat een benoemingsregeling in te voeren volgens welke een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht met voldoende kwalificaties moet worden benoemd in plaats van een kandidaat van het andere geslacht die op basis van zijn verdiensten en bekwaamheden als eerste is geplaatst, ook al vindt de positieve discriminatie niet plaats wanneer het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit bij de benoeming.

Het gemeenschapsrecht staat daarentegen niet in de weg aan een bestuurspraktijk volgens welke aan een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht voorrang kan worden gegeven boven een sollicitant van het andere geslacht, mits hun kwalificaties gelijkwaardig of bijna gelijkwaardig zijn en de nationale regeling het bestuur verplicht om bij de benoeming van kandidaten die geen voordeel hebben van de positieve actie, bijzondere persoonlijke omstandigheden en situaties in aanmerking te nemen, die op sociale moeilijkheden kunnen duiden die even belangrijk zijn als die waaraan vrouwen normaliter het hoofd moeten bieden.

De tweede en de vierde prejudiciële vraag

32. Met de tweede en de vierde vraag wenst het college van beroep te vernemen of de Zweedse regeling als boven omschreven, ook dan ongeoorloofd is wanneer het programma ter bevordering van de gelijkheid een „vooraf bepaald, beperkt aantal vacatures" betreft, zoals het geval is bij verordening (1995:936) inzake bepaalde benoemingen als hoogleraar en als wetenschappelijk assistent met het oog op de bevordering van de gelijkheid, dan wel voor vacatures die zijn gecreëerd in het kader van een speciaal opgezet programma van een bepaalde instelling van hoger onderwijs, dat positieve discriminatie toestaat, zoals het geval is krachtens § 15, sub a, van hoofdstuk 4 van verordening 1993:100 (tweede vraag), of wanneer de desbetreffende regeling uitsluitend betrekking heeft op lagere aanvangsfuncties dan wel op de hoogste bereikbare functies (vierde vraag).

In wezen wil het college van beroep weten of een positieve actie die op zich ongeoorloofd is, met het gemeenschapsrecht ver-

enigbaar kan zijn wanneer het toepassingsgebied ervan welomschreven is.

33. Naar mijn mening is voor de vraag of een positieve actie verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, van geen enkel belang hoe groot het toepassingsgebied van de actie is: het oordeel daarover hangt voornamelijk af van de uitleg die moet worden gegeven aan de bepalingen inzake het uitoefenen van de verplichting of bevoegdheid van het bestuur om voorrang te geven aan kandidaten van het ondervertegenwoordigde geslacht en, eventueel, van de vraag of een dergelijke actie noodzakelijk is gezien de daadwerkelijke sociale omstandigheden van personen waarvoor de actie bedoeld is. De draagwijdte van de regeling en dus de omvang van de gevolgen ervan spelen daarbij geen rol. Met andere woorden, het belang van de sociale gevolgen van de regeling doet niet ter zake. Als de wettigheid van een positieve actie werd beoordeeld op basis van een waardering van de omvang van de sociale gevolgen, zou de positieve actie net zo worden behandeld als iedere andere vorm van seksediscriminatie.

Zoals ik al eerder opmerkte in de zaak Badeck [20] zo, hangt anderzijds de toelaatbaarheid van dergelijke maatregelen ervan af, of zij met het algemene non-discriminatiebeginsel te verzoenen zijn. Dit beginsel en het beginsel van gelijkheid van kansen, waarop de positieve actie berust, zijn namelijk niet geheel met elkaar in tegenspraak: als materiële gelijkheid kan worden bereikt met maatregelen die naar hun aard discriminerend zijn, dan wordt in werkelijkheid toch hetzelfde doel nagestreefd als door het eerste beginsel, zij het met behulp van een aanvullende factor, in die zin dat de wetgever een oplossing aandraagt voor daadwerkelijke moeilijkheden van bepaalde bevolkingsgroepen, die niet kunnen worden opgelost door toepassing van het algemene non-discriminatiebeginsel.

34. Ik ben dus van mening dat de richtlijn een lidstaat niet toestaat een op zich ongeoorloofd programma van positieve acties vast te stellen, ook niet wanneer de nationale regeling zelf de toepassing van deze acties heeft beperkt tot een vooraf bepaald, gelimiteerd aantal vacatures ofwel tot vacatures die gecreëerd zijn in het kader van een speciaal opgezet programma van een enkele onderwijsinstelling. Deze regeling is niet verenigbaar met het gemeenschapsrecht, of ze nu geldt voor lagere aanvangsfuncties of de hoogst bereikbare functies.

20 — Punt 26.

Conclusie

35. Gelet op de voorgaande overwegingen geeft ik het Hof in overweging de vragen van Överklagandenämnden för Högskolan niet-ontvankelijk te verklaren, omdat voormeld college geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is.

Subsidiair geef ik het Hof in overweging om deze vragen als volgt te beantwoorden:

„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, staat een lidstaat niet toe een benoemingsregeling in te voeren volgens welke een sollicitant van het ondervertegenwoordigde geslacht met voldoende kwalificaties moet worden benoemd in plaats van een kandidaat van het andere geslacht die op basis van zijn verdiensten en bekwaamheden de meest geschikte kandidaat is, ook indien de verplichting om voorrang te geven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht niet van toepassing is wanneer het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten zo groot is, dat de maatregel in strijd zou komen met het objectiviteitsvereiste dat de overheid bij benoeming behoort na te leven.

2) Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207 staat daarentegen niet in de weg aan een bestuurspraktijk volgens welke aan een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht voorrang kan worden gegeven boven een kandidaat van het andere geslacht, mits de kwalificaties van de eerste kandidaat gelijkwaardig of bijna gelijkwaardig zijn aan die van de tweede en de nationale regeling het bestuur verplicht om bij de benoeming van kandidaten

die geen voordeel hebben van de positieve actie, bijzondere persoonlijke omstandigheden en situaties in acht te nemen die op sociale omstandigheden kunnen duiden die even belangrijk zijn als die waaraan normaliter vrouwen het hoofd moeten bieden.

3) Artikel 2, leden 1 en 4, van richtlijn 76/207 staat een lidstaat niet toe een benoemingsregeling als bedoeld in punt 1 in te voeren, ook niet wanneer de nationale regeling de toepassing van de positieve actie beperkt tot een vooraf bepaald, gelimiteerd aantal vacatures of tot vacatures die zijn gecreëerd in het kader van een speciaal opgezet programma van een enkele onderwijsinstelling. Deze regeling blijft onverenigbaar met het gemeenschapsrecht, ook als ze alleen van toepassing is op lagere aanvangsfuncties dan wel op de hoogst bereikbare functies."