# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 16 november 1999 *

## Föremålet för begäran om förhandsavgörande

1. I förevarande mål har Överklagandenämnden för högskolan begärt att domstolen skall uttala sig om huruvida ett nationellt system för att främja anställning av kvinnor vid högskolor och universitet är förenligt med gemenskapsrätten. Kännetecknande för den nationella lagstiftningen är att den innebär en möjlighet — och i vissa fall en skyldighet — för myndigheten att anställa en sökande av det underrepresenterade könet även om vederbörande inte är den lämpligaste med hänsyn till sina meriter och kvalifikationer.

## Gemenskapslagstiftningen

2. Jag vill erinra om att enligt artikel 1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (nedan kallat direktivet) [1] syftar direktivet till att i medlemsstaterna "realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och... social trygghet".

I artikel 2.1 i direktivet fastslås att denna princip innebär "att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus".

I artikel 2.4 klargörs att direktivet gör det möjligt för medlemsstaterna att vidta eller behålla eventuella "åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1".

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191.

3. Efter det att tolkningsfrågorna ställdes har Amsterdamfördraget trätt i kraft, vilket har ändrat EG-fördraget — såvitt är relevant för denna prövning — med avseende på genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män. Närmare bestämt föreskrivs enligt den nya lydelsen av artiklarna 2 och 3 i EG-fördraget att "[g]emenskapen skall ha till uppgift att... främja... jämställdhet mellan kvinnor och män" och att gemenskapens verksamhet skall "syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män". Dessutom fastslås i artikel 6a, vilken likaledes har införts genom det nya fördraget, att "rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet [kan] vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön...".

4. I den ändrade versionen av artikel 119 i EG-fördraget (nu artikel 141 EG i ändrad lydelse) föreskrivs att "[v]arje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas (artikel 141.1)", att "[r]ådet skall enligt förfarandet i artikel 251 [f.d. artikel 189b] och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling av kvinnor och män i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete" (artikel 141.3) samt slutligen att "[i] syfte att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären" (artikel 141.4).[2] I *Förklaring om artikel 119.4 [nu artikel 141] i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen* som bilagts Amsterdamfördraget anges att "[n]är medlemsstaterna beslutar om sådana åtgärder som avses i artikel 119.4 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen bör de i första hand sträva efter att förbättra kvinnornas situation i arbetslivet".

5. Redan innan fördraget ändrades hade gemenskapsinstitutionerna antagit många olika rättsakter i fråga om likabehandling av kvinnor och män. Av särskild betydelse är rådets rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor[3], i vilken det anges att "[d]e gällande reglerna om likabehandling som har till syfte att tillförsäkra enskilda rättigheter inte [är] tillräckliga för att avskaffa alla former av faktiska ojämlikheter, om inte regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ dessutom vidtar åtgärder för att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för

2 — I den tidigare versionen av artikel 119 som gällde innan Amsterdamfördragets ändringar infördes gjordes inte någon hänvisning till positiv särbehandling av det underrepresenterade könet och föreskrevs endast förbud mot diskriminering i fråga om lön. I artikel 119 första stycket föreskrevs följande: "Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete."

3 — EGT L 331, s. 34.

som en följd av attityder, beteenden och strukturer i samhället" och i vilken medlemsstaterna med uttrycklig hänvisning till artikel 2.4 i direktivet uppmanades att vidta åtgärder för positiv särbehandling, bland annat i syfte att "uppmuntra[...] kvinnors ansökan, anställning och befordran inom områden, yrken och nivåer där de är underrepresenterade, i synnerhet på ansvarsfulla tjänster".

## Den nationella lagstiftningen

6. Enligt 11 kap. 9 § regeringsformen skall vid tillsättning av statlig tjänst avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom "förtjänst" och "skicklighet".[4] Dessutom anges i lagen (1994:260) om offentlig anställning att urval av sökande skall ske på grundval av deras skicklighet om det inte finns "särskilda skäl för något annat".

7. Enligt jämställdhetslagen (1991:433) är det tillåtet att fatta beslut avseende positiv särbehandling. I 16 § punkt 2 föreskrivs närmare bestämt att könsdiskriminering inte skall anses föreligga när "beslutet är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet".

8. Undervisningen vid högskolor, som är föremål för den aktuella begäran om förhandsavgörande, regleras av högskoleförordningen (1993:100).[5]

I 4 kap. 15 § högskoleförordningen, i dess lydelse efter den 1 januari 1999, föreskrivs följande:

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

Vid tillsättningen skall även beaktas sådana sakliga grunder som stämmer överens med

4 — Det framgår av förarbetena att med "förtjänst" avses huvudsakligen längden av föregående tjänstgöring medan "skicklighet" innebär lämplighet för befattningen ådagalagd genom teoretisk och praktisk utbildning och den dittillsvarande verksamhetens art.

5 — Senast ändrad genom förordning av den 1 januari 1999.

allmänna arbetsmarknads-, jämställdhets-, social- och sysselsättningspolitiska mål."

I 4 kap. 15 a § föreskrivs följande:

"Om en högskola har beslutat att positiv särbehandling får tillämpas vid tillsättningen av viss tjänst eller visst slag av tjänster som ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet gäller följande.

Vid tillsättningen får en person av underrepresenterat kön med tillräckliga sådana kvalifikationer som avses i 15 § första stycket utses framför en person av motsatt kön som annars skulle ha utsetts.

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

9. På grundval av de allmänna principer som fastslås i 15 a § föreskrivs i förordning 1995:936 om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte att vissa åtgärder avseende positiv särbehandling skall vidtas.[6] I 1—3 §§ i denna förordning föreskrivs nämligen följande:

"Denna förordning gäller de anställningar som professor och forskarassistent som för särskilt anvisade medel under budgetåret 1995/96 skall inrättas och tillsättas vid vissa statliga universitet och högskolor som ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet." (1 §)

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

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

6 — På grundval av sagda förordning beviljade regeringen genom regeringsbeslut den 14 mars 1996 (dnr U 96/91) extraordinära medel för 30 professorstjänster.

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

Positiv särbehandling skall dock inte tillämpas om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen." (3 §)

## Bakgrund och tolkningsfrågor

10. Den 3 juni 1996 ledigförklarade Göteborgs universitet en professur i hydrosfärvetenskap, särskilt fysikaliska och biogeokemiska processer i naturliga vatten. I annonsen angavs att tillsättningen av tjänsten avsågs vara ett led i universitetets strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet enligt förordning 1995:936.

11. Bland sökandena fanns Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni och Elisabet Fogelqvist. Tjänsteförslagsnämnden beslutade att för sitt urval bland sökandena genomföra två omröstningar. Den första grundades uteslutande på vetenskapliga meriter enligt högskoleförordningen. Enligt den prövningen placerades Leif Anderson först med fem röster mot tre för Georgia Destouni. I den andra omröstningen togs däremot hänsyn även till de kriterier som angivits för att främja åtgärder i jämställdhetssyfte (i den mening som avses i ovannämnda 1995 års förordning), och därvid placerades Georgia Destouni i första rummet.

Nämnden föreslog således att den sist nämnda sökanden skulle utses. Sedan Georgia Destouni emellertid återkallat sin ansökan till anställningen beslutade rektor att återremittera ärendet till tjänsteförslagsnämnden.

Tjänsteförslagsnämnden anförde att en majoritet av dess ledamöter ansåg att skillnaden mellan Leif Anderson och Elisabet Fogelqvist, vilka placerats i andra respektive tredje rummet, var betydande och visade därigenom att det förelåg tvivel avseende skyldigheten att ge den kvinnliga sökanden, det vill säga Elisabet Fogelqvist, företräde.

Rektor beslutade den 18 november 1997 att förordna Fogelqvist, då han funnit att skillnaden mellan sökandena Leif Andersons och Elisabet Fogelqvists kvalifikationer inte var så stor att tillämpningen av

positiv särbehandling stod i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

12. Beslutet om tillsättning överklagades hos Överklagandenämnden för högskolan av Katarina Abrahamsson och Leif Anderson. Leif Anderson har närmare bestämt anfört att utnämningen av Elisabet Fogelqvist strider såväl mot bestämmelserna i 3 § förordningen 1995:936 som mot gemenskapsrättens regler såsom dessa tolkats i 1995 års dom i målet Kalanke. [7]

13. Inom ramen för det förfarandet beslutade överklagandenämnden att ställa domstolen följande tolkningsfrågor:

"1. Utgör artikel 2.1 och 2.4 i Europeiska gemenskapernas råds direktiv av den 9 februari 1976 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG) hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer för en statlig tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts ('positiv särbehandling'), om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses, och enligt vilken lagstiftning tillämpning av positiv särbehandling skall underlåtas endast om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå strid mot kravet på saklighet vid tillsättningen?

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

3. Om svaret på fråga 2 i något avseende innebär att dylik positiv särbehandling är otillåten, kan då även den på svensk förvaltningspraxis och 4 kap. 15 § andra stycket högskoleförordningen grundade — av överklagandenämnden godtagna — regeln att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i

7 — Domstolens dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93 (REG 1995, s. I-3051).

merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, i något hänseende anses stå i strid med det i fråga 1 omnämnda direktivet?

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

**Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning**

14. Det organ som har ställt de aktuella tolkningsfrågorna är Överklagandenämnden för högskolan, det vill säga ett administrativt organ vars beskaffenhet av "domstol i en medlemsstat" i den mening som avses för tillämpningen av artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) måste prövas.

15. Jag vill i det avseendet erinra om att begreppet hänskjutande domstol är autonomt i den betydelsen att det inte alltid och i varje fall kan härledas ur den beteckning som organet ges i medlemsstaternas rättsordningar. Det är alls inte det hänskjutande organets *nomen iuris* som är avgörande för om detta skall anses vara en "domstol", ty enligt EG-domstolens rättspraxis är detta begrepp nämligen knutet till ett antal kriterier som skall vara uppfyllda för att organet i fråga skall ha rätt att ställa tolkningsfrågor enligt artikel 177. Kriterierna består i att organet skall vara inrättat med stöd av lag och av stadigvarande karaktär, dess avgöranden skall vara av tvingande beskaffenhet, förfarandet skall vara kontradiktoriskt och organet skall tillämpa rättsregler och vara opartiskt och oberoende. [8]

16. Samtidigt som överklagandenämnden i beslutet om hänskjutande uppger sig vara en förvaltningsmyndighet, hävdar den emellertid i allmänna — för att inte säga vaga — ordalag att rekvisiten för att den skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 i förevarande fall är uppfyllda, nämligen att nämnden är inrättad med stöd av lag, har en stadigvarande karaktär, att dess avgöranden är av tvingande beskaffenhet, att den är bunden av regler om kontradiktoriskt förfarande samt tillämpar rättsregler.

Den svenska regeringen har bekräftat denna tolkning och, likaså i allmänna ordalag, hänvisat till tillämplig lagstiftning. Den svenska regeringen har påpekat att det i den svenska konstitutionen görs åtskillnad mellan domstolar och myndigheter och att överklagandenämnden skall räknas till de

8 — Se dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Goebbels (REG 1966, s. 407; svensk specialutgåva, volym 1, s. 263), av den 14 december 1971 i mål 43/71, Politi (REG 1971, s. 1039), av den 11 juni 1987 i mål 14/86, Pretore di Salò mot x (REG 1987, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 9, s. 111), punkt 7, av den 30 mars 1993 i mål C-24/92, Corbiau (REG 1993, s. I-1277; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 15, av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Center (REG 1995, s. I-3361), punkt 9, av den 12 december 1996 i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, brottmål mot X, (REG 1996, s. I-6609), punkt 18, av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Konsult (REG 1997, s. 4961), punkt 23, av den 22 oktober 1998 i de förenade målen C-9/97 och C-118/97, Jokela och Pitkäranta (REG 1998, s. I-6267), av den 12 november 1998 i mål C-134/97, Victoria Film (REG 1998, s. I-7023), punkt 14, och av den 2 mars 1999 i mål C-416/96, El-Yassini (REG 1999, s. I-1209) punkt 17.

sistnämnda. Den har upprättats genom högskolelagen (1992:1434) och regleras genom Förordning med instruktion för Överklagandenämnden för högskolan (1992:204). I den förordningen föreskrivs att överklagandenämnden består av åtta ledamöter som utses av regeringen och att ordföranden och dennes ersättare skall vara eller ha varit ordinarie domare medan minst tre av de övriga ledamöterna skall vara jurister. Den svenska regeringen har dessutom anfört att förvaltningslagen (1993:223), vilken reglerar förfarandet vid överklagandenämnden, ger de berörda rätten att yttra sig skriftligt eller muntligt och att ta del av samtliga uppgifter som ges in till myndigheten. Av 5 kap. 1 § högskolelagen (1992:1434) har uppgivits följa att nämndens beslut är bindande och inte kan överklagas. Slutligen har den svenska regeringen uppgivit att nämnden är oberoende i förhållande till andra statliga organ, vilket följer av att ingen myndighet, ej heller riksdagen, enligt 11 kap. 7 § regeringsformen får ingripa i förvaltningsmyndigheters verksamhet.

17. Det framgår tydligt av de normativa bestämmelser som den svenska regeringen har åberopat att det hänskjutande organet är inrättat med stöd av lag, att det är av stadigvarande karaktär, att dess avgöranden är av tvingande beskaffenhet (5 kap. 1 § första och andra stycket i lag 1992:1434) samt slutligen att det inte föreligger någon bestämmelse enligt vilken den ges rätt att döma i enlighet med skälighet och inte med tillämpning av rättsregler.

De nationella reglernas ordalydelse lämnar emellertid vissa tvivel avseende två av de ovannämnda kriterier som nödvändigtvis måste vara uppfyllda för att förvaltningsmyndigheten skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 och således för att denna begäran om förhandsavgörande skall kunna tas upp till sakprövning. För det första i fråga om huruvida förfarandet vid överklagandenämnden är kontradiktoriskt, för det andra i fråga om huruvida dess ledamöter verkligen är oberoende och oavsättliga.

18. a) Låt mig börja med det första kriteriet. Som jag redan har påpekat i mitt förslag till avgörande av den 7 oktober 1999 i de förenade målen C-110/98—C-147/98, Gabalfrisa m.fl., är det riktigt att frånvaron av kontradiktoriskt förfarande, med hänsyn till domstolens senaste rättspraxis, inte förefaller vara av avgörande betydelse för att ett hänskjutande organ inte skall betecknas som domstol. När domstolen har beslutat att ta upp en begäran om förhandsavgörande till sakprövning som härrör från ett summariskt förfarande i vilket den svarande inte har infunnit sig, har den emellertid med rätta funnit att denna brist kompenseras av att

det dömande organet i stor utsträckning är opartiskt och oberoende. [9] Jag anser det därför inte föreligga något tvivel om att det är absolut nödvändigt att det hänskjutande organet skall ha sådan beskaffenhet för att dess begäran skall kunna tas upp till sakprövning.

I förevarande fall antar den svenska regeringen, utan att motsägas av den hänskjutande myndigheten, att förfarandet vid överklagandenämnden inte regleras av förvaltningsprocesslagen (1971:291) — vilken lag endast tillämpas på tvister vid förvaltningsdomstolar — utan av förvaltningslagen, det vill säga den lag som bland annat reglerar förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden. [10] I denna lag berörs inte uttryckligen parternas rätt till ett regelmässigt kontradiktoriskt förfarande. I 17 § föreskrivs endast att myndigheten måste underrätta de berörda parterna om alla uppgifter som har tillförts ärendet som berör dem och ge dem en möjlighet att yttra sig.

Dessutom föreskrivs i 14 § i samma lag att parterna kan lämna uppgifter muntligt.

Jag vill återigen understryka att den kontradiktoriska beskaffenheten av detta förfarande regleras genom de bestämmelser som avser förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden och således följer av de regler som tillerkänner de enskilda rätten att ta del av samtliga uppgifter som myndigheten beaktar. Det är uppenbart att syftet med dessa regler inte är att inrätta ett regelrätt kontradiktoriskt förfarande utan att garantera absolut insyn i organets handlande och att tillerkänna medborgarna rätten att yttra sig eller anföra nya uppgifter. Jag anser emellertid att det med beaktande av den specifika befogenhet som tillkommer det hänskjutande organet i förevarande mål — som består i att kontrollera att högskole- och universitetsförvaltningarnas beslut är lagliga — inte går att utesluta att 14 § och i synnerhet 17 § i förvaltningslagen kan garantera de berörda parterna ett regelrätt kontradiktoriskt förfarande. Bland annat med stöd av 17 § har nämligen de enskilda som överklagar ett förvaltningsbeslut till överklagandenämnden hur som helst rätten att yttra sig om ytterligare uppgifter som har tillförts av tredje man. På samma sätt blir de rättssubjekt vars beslut om anställning eller befordran överklagas underrättade om överklagandet och har likaledes rätt att yttra sig.

Jag anser således att det, trots att ett sådant förfarande är "otypiskt", går att anse att

9 — I mitt förslag till avgörande i målet Gabalfrisa m.fl. hänvisade jag i synnerhet till domen i det ovannämnda målet Dorsch Consult, i vilken domstolen för att tillbakavisa kommissionens argument att det hänskjutande organet "enligt eget angivande inte tillämpar något kontradiktoriskt förfarande" nöjde sig med att konstatera att "kravet på ett kontradiktoriskt förfarande inte är något absolut kriterium". Detta påstående, som inte motiverades med avseende på det då aktuella målet, är onekligen ägnat att förvåna, eftersom domstolen tidigare hade tagit upp begäran om förhandsavgörande till sakprövning som gjorts under förfaranden då det inte förhöll sig så, att det inte förekom något kontradiktoriskt förfarande, utan detta endast hade uppskjutits till ett (ibland eventuellt) senare tillfälle (se domarna i de ovannämnda målen Politi och Pretore di Salò, samt dom av den 28 juni 1978 i mål 70/77, Simmenthal (REG 1978, s. 1453), samt av den 21 april 1988 i mål 338/85, Pardini (REG 1988, s. 2041).

10 — Denna tolkning har även stöd i doktrinen, se närmare bestämt Ragnemalm Hans, Administrative Justice, Juristförlaget, Stockholm, 1991, s. 210, och Strömberg Håkan, Allmän förvaltningsrätt, Liber Ekonomi, nittonde upplagan, Lund, 1998, i synnerhet s. 80.

överklagandenämnden uppfyller detta krav som ställs i gemenskapsrätten för att begäran om förhandsavgörande skall kunna tas upp till sakprövning.

19. b) Vad beträffar det andra kriteriet, nämligen överklagandenämndens medlemmars oberoende, vill jag återigen påpeka vad jag redan har understrukit vid andra tillfällen, nämligen att det kriterium som avser domarnas oberoende utgör en central aspekt för att ett administrativt organ skall medges ha beskaffenhet av "domstol" med avseende på tillämpningen av artikel 177 i fördraget och att man måste vara mycket strikt vid bedömningen av om de nationella reglerna uppfyller det krav på oberoende som ställs på ett organ som — om än inom ett visst sammanhang och för avgränsade syften — skall anses vara en domstol.

Det framgår i förevarande fall att nämndens ledamöter utnämns av regeringen för en bestämd period (se 9 § i förordning med instruktion för överklagandenämnden för högskolan). I de lagar och förordningar som avser nämnden anges emellertid inte hur lång denna period är och inte heller i vilka fall utnämningen kan återkallas. Vad beträffar utnämningens längd kan det under alla omständigheter förutsättas att den anges i utnämningsbeslutet och detta kan anses tillräckligt för att säkerställa att organet är stadigvarande och stabilt.

Att det inte förekommer specifika bestämmelser om villkoren och förfarandena för att skilja ledamöterna från tjänsten gör däremot att det är tveksamt om organet faktiskt är oberoende. Jag ställer mig nämligen tvivlande till att det skulle gå att dra den slutsatsen, som den svenska regeringen gör, av den bestämmelse i regeringsformen som fastslår samtliga nationella myndigheters oberoende (11 kap. 7 §). Jag vill nämligen påpeka att det enbart för domare i regeringsformen anges en uttömmande förteckning över de fall då dessa får skiljas från tjänsten och att denna bestämmelse inte är tillämplig på administrativa organ och således inte på överklagandenämndens ledamöter (11 kap. 5 §).

20. Förutom den ovannämnda bestämmelsen i regeringsformen, i vilken fastslås principen att administrativa organ är oberoende då de fattar beslut, innehåller förvaltningslagen en förteckning över de fall då medlemmar av administrativa organ är jäviga och anges att dessa självmant skall ge till känna omständigheter som kan antas utgöra jäv (11 och 12 §§).

Enligt domstolens nyligen avkunnade dom i målet Köllensperger [11], som den svenska regeringen har åberopat, framgår att reglerna om jävsinvändningar mot och om självmant tillbakaträdande på grund av jäv

11 — Dom av den 4 februari 1999 i mål C-103/97, Köllensperger och Atzwanger (REG 1999, s. 566).

av medlemmarna i ett organ jämförda med reglerna om förbud mot inblandning från andra statliga organ gör det möjligt att fastslå att det nödvändiga villkoret för att medge att det administrativa organet skall anses vara en "domstol" i den mening som avses i artikel 177 i fördraget är uppfyllt. I den domen fastslogs nämligen att det inte "tillkommer... domstolen att anta att en sådan föreskrift skulle tillämpas i strid med den österrikiska grundlagen och rättsstatliga principer".

Av denna rättspraxis framgår att det med hänsyn till den sammantagna innebörden av de båda reglerna är uteslutet att möjligheten att entlediga ledamöter i förvaltningsorgan skulle kunna utgöra en form av inskränkning i nämndledamöternas bedömningsfrihet och autonoma beslutsfattande. Med andra ord kan man härav dra den slutsatsen att i sagda rättsliga ram kan befogenheten att entlediga ledamöter inte utgöra ett instrument för att försvaga nämndens självständighet. Jag anser emellertid att en sådan tolkning är alltför generös, eftersom det kriterium som väljs för att avgöra huruvida det hänskjutande organet är självständigt inte är förekomsten av likadana eller liknande regler som anges för entledigande av domare utan förekomsten av en allmän skyldighet att inte ingripa i statens förvaltningsmyndigheters verksamhet, i förening med rätten att framställa en invändning mot de enskilda organens ledamöter och skyldigheten för dessa att träda tillbaka. Jag anser att en sådan skyldighet under alla omständigheter inte är tillräcklig för att garantera att överklagandenämnden är helt självständig. Ett väsentligt villkor som det avseende självständighet måste nämligen garanteras genom tydliga regler i först och främst de enskildas intresse vilka i förekommande fall bör kunna åberopa dessa regler utan att behöva tillgripa komplicerade tolkningar för att få kännedom om och bevisa sin rätt att dömas av oberoende organ. Domstolens självständighet utgör ett skydd av allmänt intresse och utgör ett grundläggande värde som ligger till grund för förhållandet mellan den enskilde och domstolen. [12]

21. Med beaktande av det ovan anförda föreslår jag att domstolen avvisar denna begäran om förhandsavgörande.

## Prövning i sak

22. Då jag prövar målet i sak kommer jag att bedöma den första och den tredje frågan samtidigt och därefter den andra och den fjärde frågan. Det första paret frågor rör nämligen det allmänna systemet med positiv särbehandling vid anställning vid högskolor och universitet, medan det andra paret frågor avser tillämpningen av sagda

12 — Jag tvivlar dessutom på att presumtionen att statliga organ agerar rättsenligt, som avses i domen i målet Köllensperger, ger tillräckliga garantier för att en förvaltningsmyndighet dömer helt självständigt. Vid prövningen av om villkoret avseende den "hänskjutande domstolens" autonomi och självständighet är uppfyllt, är det avgörande nämligen inte omständigheten huruvida organet agerar lagenligt utan innehållet i interna regler som ligger till grund för agerandet i fråga.

system på bestämda sektorer inom det offentliga utbildningsväsendet.

*Den första och den tredje frågan*

23. Överklagandenämnden har ställt den första och den tredje frågan för att få klarhet i om den positiva särbehandling som avses i artikel 2.4 i direktivet omfattar ett nationellt system som det svenska, i vilket föreskrivs att kandidater av det underrepresenterade könet skall anställas som lärare vid högskolor och universitet även om de inte är de främst placerade bland de sökande. Detta gäller under förutsättning att den berörde i kraft av sina meriter och kvalifikationer är lämpad att utföra de uppgifter som vakansen avser och att skillnaden mellan de sökande, som har placerats på första respektive andra plats, inte är sådan att den i lagen (1994:260) om offentlig anställning föreskrivna skyldigheten att bedöma de sökande på sakliga grunder åsidosätts om den på andra plats placerade kandidaten väljs.

För det fall denna fråga skulle besvaras nekande ber nämnden att domstolen skall uttala sig i frågan om ett sådant system ändå kan anses vara rättsenligt med hänsyn till förvaltningspraxis enligt vilken en sökande av underrepresenterat kön får ges företräde endast om de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga (eller i det närmaste jämbördiga) i jämförelse med den sökande som placerats i första rummet.

24. Frågorna avser således den problematik som jag behandlade i mitt förslag till avgörande av den 10 juni 1999 i mål C-158/97, Badeck, till vilket jag hänvisar för allmänna överväganden kring nationella åtgärder för positiv särbehandling och kring de begränsningar som gäller för sådana enligt gemenskapsrätten. Jag kommer nedan att erinra om de riktlinjer som gäller på området enligt domstolens dom i det ovannämnda målet Kalanke och i målet Marschall. [13]

25. 1995 års dom i målet Kalanke — vilken sökandena i det aktuella förfarandet har åberopat till stöd för sina yrkanden och som det hänskjutande organet har erinrat om i sin begäran om förhandsavgörande — gällde positiv särbehandling som föreskrevs i en lag utfärdad av delstaten Bremen, i vilken stadgades att "[v]id anställning av annat skäl än i utbildningssyfte, häri inbegripet utnämning av en tjänsteman eller en domare, skall kvinnor som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har ges företräde inom de områden där de är underrepresenterade" och att "[m]eriterna skall värderas uteslutande med avseende på de yrkesmässiga krav som ställs för den tjänst eller karriär-

13 — Dom av den 11 november 1997 i mål C-409/95, Marschall (REG 1997, s. I-6363).

väg som skall tillträdas". Domstolen fastslog att lagen, *genom att, när kandidater har lika meriter och är av olika kön, automatiskt ge* kvinnliga sökande företräde inom de områden där kvinnor är underrepresenterade, strider mot artikel 2.1 i direktivet genom att den "medför... diskriminering på grund av kön" (punkt 16), och inte heller kan räknas till den positiva särbehandling som avses i artikel 2.4, eftersom "[en] nationell reglering som undantagslöst och ovillkorligt garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran går längre än att bara främja lika möjligheter... och överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4 i direktivet" (punkt 22). Domstolen fastslog därefter att "en sådan ordning — eftersom den har till syfte att uppnå en lika andel kvinnor och män inom samtliga löneskalor och tjänstenivåer — ersätter det befrämjande av lika möjligheter som föreskrivs i artikel 2.4 med det resultat som endast kan uppnås genom att en sådan jämlikhet förverkligas" (punkt 23).

I målet Marschall hade det ifrågasatts att delstaten Nordrhein-Westfalens lag om offentlig anställning var förenlig med artikel 2.1 och 2.4 i direktivet. I sagda lag föreskrivs att kvinnor, om de har samma lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, skall ges företräde vid befordran om färre kvinnor än män är anställda i den tjänstegrupp till vilken befordran är aktuell. I lagen föreskrivs dessutom en undantagsregel av innebörden att arbetsgivaren kan avstå från att tillämpa positiv särbehandling "på grund av omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person".[14] Med beaktande av att denna "undantagsregel" förelåg, fastslog domstolen att systemet var tillräckligt flexibelt, det vill säga att det saknade den automatik som kännetecknade den lag i Bremen som prövats i målet Kalanke, och att direktiv 76/207 om lika villkor således inte utgjorde hinder för de åtgärder som vidtagits av delstaten Nordrhein Westfalen. Det står i domslutet att läsa att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet inte utgör hinder för en sådan ordning om denna "i varje enskilt fall garanterar manliga sökande med meriter som är likvärdiga med dem som de kvinnliga sökandena har att deras ansökningar ges en objektiv bedömning, vid vilken samtliga kriterier som sammanhänger med sökandenas person beaktas, och vid vilken kvinnliga sökande inte skall ges företräde

14 — Regeringen i Nordrhein-Westfalen, som under förfarandet hade ombetts klargöra vad som konkret avsågs med "omständigheter som sammanhänger med en manlig sökandes person" och som eventuellt kunde ligga till grund för att föredra en manlig sökande, uppgav att sådana omständigheter omfattar sekundära urvalskriterier såsom "tjänsteår och sociala motiv", exempelvis omständigheten att kandidaten har försörjningsansvaret för en familj. Av detta svar framgår att de uppgifter som lagen hänvisar till kan avse såväl "kvalifikationer", det vill säga de sökandes yrkesprofil — uppgifter vilka i likhet med antalet tjänsteår är av betydelse redan under den inledande fas då de sökande rangordnas — som situationer som inte är knutna till den sökandes lämplighet för de uppgifter som han kommer att utföra inom ramen för sitt anställningsförhållande, situationer där vederbörande befinner sig i en ofördelaktig ställning, vilket kräver att särskild hänsyn tas, i likhet med de situationer som ligger till grund för skyddsåtgärder till förmån för kvinnor.

om ett eller flera av dessa kriterier föranleder att en manlig sökande skall väljas" och ålägger att "sådana kriterier inte diskriminerar kvinnliga sökande".

26. I mitt förslag till avgörande i målet Badeck påpekade jag att det med utgångspunkt från denna rättspraxis går att dra slutsatsen att en åtgärd för att främja kvinnans ställning i yrkeslivet, som innebär en skyldighet att ge företräde åt sökande av kvinnligt kön och som således inför kvoter för kvinnor i såväl offentlig som privat tjänst, kan anses rättsenlig ur gemenskapsrättslig synvinkel om den gör det möjligt för arbetsgivaren att välja den sökande som professionellt sett är lämpligast. Åtgärden får heller inte i något fall ändra bedömningen av manliga sökandes meriter och kvalifikationer. I det syftet måste könet för det första utgöra ett komplementärt kriterium för att avgöra sökandenas profil, vilket kriterium måste sammanfalla med de kriterier som vanligtvis ligger till grund för den sammantagna bedömningen av de sökande. För det andra får skyldigheten att ge kvinnor företräde inte medföra att det vid bedömningen av sökande som inte omfattas av den positiva särbehandlingen inte tas hänsyn till särskilda personliga förhållanden vilka, även om de inte har något samband med bedömningen av de sökandes yrkesmässiga profil, kan tyda på att vissa sociala situationer föreligger som har samma betydelse som dem som kvinnor vanligtvis måste bemästra. [15]

27. Det i förevarande mål aktuella svenska systemet har två kännetecken: det ger myndigheten en möjlighet — och ålägger i vissa fall myndigheten en skyldighet — att ge en sökande av det underrepresenterade könet företräde även om denne har lägre kvalifikationer och meriter än den bäst placerade sökanden [16], och dessutom — enligt de rättskällor som det hänskjutande organet har åberopat — föreskrivs inte att myndigheten har möjlighet att, vid urvalet, med avseende på sökande som inte omfattas av positiv särbehandling, under alla omständigheter beakta särskilda omständigheter och situationer av personlig art.

Med hänsyn till dessa kännetecken anser jag det inte råda något tvivel om att

15 — Jag anförde dessutom att det vid bedömningen av en åtgärds rättsenlighet nödvändigtvis även måste tas hänsyn till den sammantagna situation som har gjort den balanserande åtgärden nödvändig. Om den balanserande åtgärden är oproportionerlig i förhållande till den sociala kontext som den tillämpas inom (jag har i åtanke de fall då det exempelvis endast finns en obetydlig procentuell skillnad mellan andelen kvinnor och män i ett företag eller i en viss offentlig sektor) kan det leda till att villkoren för att den positiva särbehandlingen skall vara rättsenlig inte längre kan anses vara uppfyllda. Det är den nationella domstolens sak att kontrollera om dessa villkor är uppfyllda inom ramen för en tvist angående huruvida ett beslut om anställning eller befordran har kritiserats och där det således har ifrågasatts huruvida det föreligger en skyldighet att ge företräde.

16 — I 4 kap 15 a § högskoleförordningen (1993:100) föreskrivs att myndigheten vid tillsättningen av viss tjänst får utse en person av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer för tjänsten framför en person av motsatt kön som annars skulle ha utsetts. I 3 § förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent, däribland den i förevarande mål aktuella tjänsten, föreskrivs att myndigheten skall ge sökande av underrepresenterat kön företräde om de villkor som föreskrivs i 15 a § är uppfyllda.

systemet är oförenligt med direktivet och i synnerhet inte om att det är omöjligt att anse att det utgör sådan positiv särbehandling som avses i artikel 2.4 i detsamma.

28. Som jag har erinrat om ovan anses nämligen i gemenskapsrätten positiv särbehandling i syfte att främja kvinnors ställning i arbetslivet vara förenlig med icke-diskrimineringsprincipen endast då skyldigheten att ge företräde avser fall då de utvalda sökandenas kvalifikationer och meriter faktiskt är jämbördiga. Även om detta krav på jämbördighet — som jag påpekat i mitt förslag till avgörande i målet Badeck — är en fiktion, eftersom det är omöjligt eller extremt osannolikt att två eller flera sökande skulle vara lika meriterade, utgör det icke desto mindre en lindring av skyldigheten att ge företräde. Att tillåta eller föreskriva att en sökande av underrepresenterat kön skall anställas även vid olika kvalifikationer och meriter skulle enligt min mening ge upphov till ett absolut och ovillkorligt system med företräde och således innebära att tjänster förbehålls kvinnor. Detta skulle i förlängningen leda till att själva urvalet av sökande förlorar sitt syfte, eftersom bedömningsgrunden inte skulle stå att finna i jämförelsen av kandidaterna utan i de "privilegierade" kandidaternas lämplighet för att utföra de uppgifter som hör till tjänsten i fråga.

Jag anser att den omständigheten, att den rätt till företräde som ges vissa av det underrepresenterade könet (det vill säga, i förevarande fall, kvinnor) är av absolut och ovillkorlig karaktär, inte rubbas av att det föreskrivs — som i den svenska rättsordningen — att rätten till anställning endast uppstår då skillnaden mellan den sökande som valts och den som uteslutits inte är betydande, eftersom jämförelsen mellan kandidaterna och därigenom bedömningen av dessa blir av underordnad betydelse i förhållande till det privilegium som beviljas sökande av underrepresenterat kön, vilket uppenbarligen får till följd att urvalsförfarandet fullständigt snedvrids.

Denna uppfattning kan inte vederläggas av vad överklagandenämnden påpekat avseende "kravet på saklighet", som myndigheten under alla omständigheter måste uppfylla vid bedömningen av sökande vid urvalet av dessa. Överklagandenämnden har påpekat att "kravet på saklighet [vilket föreskrivs i regeringsformen och till vilket det hänvisas i förarbetena till förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte] torde innebära att positiv särbehandling inte skall tillämpas, därest det skulle innebära risk för en mer påtaglig effektivitetsförlust inom de angivna verksamheterna om den mest kvalificerade sökanden inte utsågs". [17]

17 — Se beslutet om hänskjutande, s. 6.

Jag vill tillägga att redan det företräde som ges vid jämbördiga kvalifikationer gör det svårt att fastslå om den sökande av överrepresenterat kön har diskriminerats utöver vad som är nödvändigt för att den positiva särbehandlingen skall kunna tillämpas. Det är således uppenbart att svårigheten ökar [18] om särbehandling tillåts när det finns skillnader, om än små, mellan de sökande.

Det skall således uteslutas att sådan positiv särbehandling är förenlig med direktivet, vilket enligt domstolens tolkning inte medger att något absolut företräde ges sökande av det underrepresenterade könet, eftersom en sådan form av aktiv särbehandling under alla omständigheter inte står i proportion till sin målsättning.

29. Vid formuleringen av sin tredje tolkningsfråga har det hänskjutande organet erinrat om att enligt svensk förvaltningspraxis och 4 kap. 15 § andra stycket högskoleförordningen (1993:100) ges sökande av underrepresenterat kön företräde endast om de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga. I det hänseendet erinrar det hänskjutande organet om att det i propositionen till förordning (1995:936) anges att "[t]rots att strävanden att främja jämställdhet är en saklig grund i regeringsformens mening, torde föreskriften innebära att det finns en gräns för hur stor skillnaden i kvalifikationer får vara vid positiv särbehandling". [19] Det är uppenbart att förvaltningspraxis återför den svenska lagstiftningen till den klassiska modellen för positiv särbehandling såsom denna har utvecklats i gemenskapsrätten. Det är emellertid inte domstolen, utan den nationella domstolen, som skall avgöra vilken betydelse sagda praxis har inom den nationella rättsordningen och bedöma dess verkan med avseende på den nationella lagstiftningen.

30. För att en åtgärd avseende positiv särbehandling skall anses vara förenlig med gemenskapsrätten är det dessutom, som jag redan har påpekat, i varje fall nödvändigt att det i systemet föreskrivs en möjlighet för myndigheten att i fråga om de kandidater som inte omfattas av positiv särbehandling vid tillsättningen beakta särskilda omständigheter och situationer av personlig art som kan tyda på sociala svårigheter av som har samma betydelse som dem som kvinnor vanligtvis måste bemästra. Med hänsyn till vad det hänskjutande organet och den svenska regeringen har hävdat framgår inte att det i lagstiftningen om upprättande av den i förevarande mål aktuella positiva särbehandlingen eller tillhörande förvaltningspraxis föreskrivs en sådan möjlighet till undantag. Det är emellertid den nationella domstolen

18 — Som svar på en fråga som domstolen ställt avseende tolkningen av 4 kap. 15 a § i förordning (1993:100), har den svenska regeringen uppgivit att av 21 anställningar vid lärosäten har fem kvinnor anställts med tillämpning av programmet för att främja tillsättning av kvinnor. Tre av dessa fem anställningsbeslut har överklagats till överklagandenämnden. I två av ärendena fann nämnden att anställningen av den kvinnliga sökanden stred mot kravet på saklighet och upphävde beslutet.

19 — Se beslutet om hänskjutande, s. 6.

som skall bedöma om en sådan skyldighet framgår av andra rättskällor som ålägger myndigheterna att bevilja företräde vid bestämda personliga situationer som präglas av svårigheter att inträda på arbetsmarknaden.

31. Med stöd av det ovan anförda anser jag att gemenskapsrätten, närmare bestämt artiklarna 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207/EEG, inte tillåter att en medlemsstat inför ett system för anställning enligt vilket en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer skall utses i stället för en sökande av motsatt kön som framstår som mera lämpad på grundval av en bedömning av dennes meriter och kompetens, även om det inte föreligger någon skyldighet att ge företräde om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med det krav på saklighet som myndigheten skall iaktta vid tillsättningen.

Gemenskapsrätten utgör däremot inte hinder för förvaltningspraxis enligt vilken en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, och under förutsättning att den nationella lagstiftningen ålägger myndigheten att i fråga om de kandidater som inte omfattas av positiv särbehandling vid tillsättningen beakta de särskilda omständigheter och situationer av personlig art som kan tyda på sociala svårigheter som har samma betydelse som dem som kvinnor vanligtvis måste bemästra.

*Den andra och den fjärde tolkningsfrågan*

32. Överklagandenämnden har ställt den andra och den fjärde frågan för att få klarhet i om det svenska system som följer av ovannämnda lagstiftning är rättsstridigt även om reglerna för att främja lika villkor avser "ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster", såsom fallet är med ovannämnda förordning 1995:936 om vissa anställningar som professor eller forskarassistent, vilka inrättas i jämställdhetssyfte, eller om det tillämpas som ett led i en enskild högskolas eller ett enskilt universitets program för anställning på grundval av 4 kap. 15 § a i förordning 1993:100 (andra frågan), eller om samma system endast tillämpas på lägre tjänster eller på högre tjänster (fjärde frågan).

Frågan kan sammanfattas på följande sätt. Skall en i sig rättsstridig åtgärd avseende positiv särbehandling anses vara förenlig

med gemenskapsrätten om den har ett begränsat tillämpningsområde?

33. Jag anser att omständigheten att tillämpningen av en åtgärd avseende positiv särbehandling är mer eller mindre omfattande inte har någon betydelse för bedömningen av dess förenlighet med gemenskapsrätten, eftersom den prövningen huvudsakligen baseras på tolkningen av de regler som styr myndighetens skyldighet eller rätt att ge företräde åt sökande av underrepresenterat kön och eventuellt på om åtgärden är nödvändig med avseende på den sociala situation som de sökande man avser att gynna faktiskt befinner sig i. Prövningen avser inte systemets tillämpningsområde och således inte heller omfattningen av dess verkningar. Den avser således inte betydelsen av de sociala återverkningar som systemet får. Att bedöma om en åtgärd för positiv särbehandling är rättsenlig på grundval av omfattningen av dess sociala konsekvenser skulle innebära att sagda åtgärd för positiv särbehandling behandlades på samma sätt som varje annan form av könsdiskriminering.

Som jag påpekat i målet Badeck förhåller det sig tvärtom så, att även om det är riktigt att sådana åtgärders rättsenlighet grundar sig på möjligheten att förena den positiva särbehandlingen med den allmänna icke-diskrimineringsprincipen, är det likaledes riktigt att icke-diskrimineringsprincipen och principen om lika villkor — som den positiva särbehandlingen grundar sig på — inte är fullständigt motsatta. Även om en grundläggande jämlikhet kan uppnås genom åtgärder som genom själva sitt föremål är av diskriminerande art, har den senare principen samma syfte som den förra, med den ytterligare aspekten att lagstiftaren åtar sig att korrigera en situation där vissa grupper i befolkningen verkligen har svårigheter som inte kan åtgärdas med iakttagande av den allmänna icke-diskrimineringsprincipen. [20]

34. Jag anser således att direktiv 76/207/EEG inte tillåter en medlemsstat att införa ett i sig rättsstridigt system för positiv särbehandling, även om den nationella lagstiftningen begränsar tillämpningen av den positiva särbehandlingen till att gälla tillsättning av ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program. Systemets oförenlighet med gemenskapsrätten påverkas inte av att lagstiftningen i fråga endast tillämpas på lägre tjänster eller på högre tjänster.

20 — Jfr punkt 26.

## Förslag till avgörande

35. Med beaktande av det ovan anförda föreslår jag att domstolen fastslår att de frågor som Överklagandenämnden för högskolan har ställt inte kan tas upp till sakprövning, eftersom sagda nämnd inte är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget.

I andra hand föreslår jag att domstolen besvarar frågorna på följande sätt:

1) Artikel 2.1 och 2.4 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor tillåter inte att en medlemsstat inför ett anställningssystem enligt vilket en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer skall utses i stället för en sökande av motsatt kön som framstår som mera lämpad på grundval av en bedömning av dennes meriter och kompetens, även om det inte föreligger någon skyldighet att ge företräde om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med det krav på saklighet som myndigheten skall iaktta vid tillsättningen.

2) Artikel 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207/EEG utgör däremot inte hinder för förvaltningspraxis enligt vilken en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, och under förutsättning att den nationella lagstiftningen ålägger

myndigheten att i fråga om de kandidater som inte omfattas av positiv särbehandling vid tillsättningen beakta de särskilda omständigheter och situationer av personlig art som kan tyda på sociala svårigheter som har samma betydelse som dem som kvinnor vanligtvis måste bemästra.

3) Artikel 2.1 och 2.4 i direktiv 76/207/EEG tillåter inte att en medlemsstat inför ett sådant system för anställning som avses i punkt 1, även om den nationella lagstiftningen begränsar tillämpningen av den positiva särbehandlingen till att gälla tillsättning av ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program. Systemets oförenlighet med gemenskapsrätten påverkas inte av att lagstiftningen i fråga endast tillämpas på lägre tjänster eller på högre tjänster.