

---

# EG-DOMSTOLEN OCH THAM- PROFESSURERNA

Niklas Bruun\*

---

Sedan EG-domstolen mitt under svensk högsommar den 6 juli avkunnade dom i målet C-407/98 (Abrahamsson, Anderson och Fogelqvist) har det rått en viss osäkerhet om vad domslutet innebär. Å ena sidan har man understrukt att svensk lagstiftning konstaterades stå i strid mot EG-rätten, å andra sidan har man sagt att domstolen trots allt numera klart accepterar positiv särbehandling av kvinnor. Domen förtjänar därför att granskas närmare.

## 1. BAKGRUND

Målet gällde en professur i hydrosfärvetenskap vid Göteborgs universitet. Tjänsteförslagsnämnden hade funnit att sökande Leif Anderson var mer meriterad än Elisabeth Fogelqvist. Dessa hade i tjänsteförslagsnämnden placerats som tvåa respektive trea.

Sedan den mest meriterade sökanden återkallat sin ansökan till anställningen förordnades Elisabeth Fogelqvist till tjänsten. Detta gjordes med uttrycklig hänvisning till förordning 1995:936 om vissa anställningar som professor och forskningsassistent som inrättas i jämställdhetssyfte och där det uttryckligen föreskrivs att en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer för aktuell tjänst skall utses framom 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.

Den förbigångna sökanden Leif Anderson och en annan kvinnlig sökande överklagade beslutet till Överklagandenämnden för högskolan. Leif Anderson

---

\* Professor vid Svenska handelshögskolan (Hanken), Helsingfors och Arbetslivsinstitutet

gjorde gällande att utnämningsbeslutet stred såväl mot förordningen (1995:936) som EG-rätten.

Överklagandenämnden bedömde att Leif Anderson var mer meriterad än Fogelqvist för den aktuella tjänsten och att dessa två var de mest meriterade. Frågan var då om Fogelqvist kunde utses. Nämnden menade att det inte kunde anses klart strida mot kravet på saklighet att utse henne, däremot menade man att det inte var helt klarlagt huruvida den form av positiv särbehandling, som införts i 1995 års förordning överensstämmer med EG-rätten.

Överklagandenämnden beslöt därför att vilandeförklara ärendet för att ställa följande fyra tolkningsfrågor till EG-domstolen:

1. Utgör artikel 2.1 och 2.4 i Europeiska gemenskapernas råds direktiv av den 9 februari 1976 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG) hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer för en statlig tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts (positiv särbehandling), om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses, och enligt vilken lagstiftning tillämpning av positiv särbehandling skall underlåtas endast om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid mot kravet på saklighet vid tillsättningen?
2. Om svaret på fråga 1 är ja, är i så fall tillämpningen av positiv särbehandling otillåten även om den nationella lagstiftningen är begränsad till att gälla tillsättning av antingen ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster (såsom enligt förordningen 1995:936) eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program enligt vilket positiv särbehandling får tillämpas (såsom enligt 4 kap. 15 a § högskoleförordningen)?
3. Om svaret på fråga 2 i något avseende innebär att dylik positiv särbehandling är otillåten, kan då även den på svensk förvaltningspraxis och 4 kap. 15 § andra stycket högskoleförordningen grundade - av Överklagandenämnden godtagna - regeln att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, i något hänseende anses stå i strid med det i fråga 1 omnämnda direktivet?
4. Gör det vid bedömningen av ovanstående frågor skillnad om lagstiftningen avser lägre rekryteringstjänster inom en myndighets område eller de högsta sluttjänsterna inom området?

## 2. DOMSTOLENS DOM

EG-domstolen för inledningsvis en diskussion om Överklagandenämnden för högskolan skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 234 (tidigare 177) i fördraget. I enlighet med den relativt liberala tolkningslinje man till denna del företräder kom man fram till att så är fallet. Motiven var att organet är upprättat genom lag, har stadigvarande karaktär, har tvingande jurisdiktion, har en oberoende ställning och att dess prövning utmynnar i bindande beslut som inte kan överklagas.

Överklagandenämnden ansågs alltså vara en domstol och EG-domstolen beslöt pröva ärendet.

Domstolen betonade - då den gick in för att besvara de fyra frågorna - inledningsvis att urvalsförfarandet vid tillsättning av en tjänst i princip skall ske genom en bedömning av de sökandes kvalifikationer i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer. Man menar att det inte framgår "av tillämplig svensk lagstiftning att bedömningen av de sökandes kvalifikationer i förhållande till de krav som den lediga tjänsten ställer har gjorts utifrån klara och tillförlitliga kriterier som kan förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för personer av det underrepresenterade könet". (p. 50). Domstolen fortsätter:

"Tvärtom framgår det av lagstiftningen att en sökande till en statlig tjänst av underrepresenterat kön och med tillräckliga kvalifikationer för denna tjänst skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts, om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses. Av detta följer att den lagstiftning som är aktuell i ärendet vid Överklagandenämnden automatiskt ger företräde åt sökande av underrepresenterat kön om dessa har tillräckliga kvalifikationer. Det enda villkor som uppställs är att skillnaden mellan de kvalifikationer som sökande av respektive kön har inte får vara så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen." (p. 51-52) Konklusionen blir: "Det går inte att exakt fastställa innebörden av detta villkor, vilket medför att valet av en sökande bland dem med tillräckliga kvalifikationer i sista hand grundas enbart på att sökanden tillhör underrepresenterat kön, även om den sökande som väljs har lägre kvalifikationer än en sökande av motsatt kön. Det görs inte heller någon objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden. Av detta följer att en sådan urvalsmetod inte kan vara berättigad enligt artikel 2.4 i direktivet." (p. 53)

EG-domstolen underkände alltså en sådan lagstiftning som 1995 års förordning.

Det faktum att lagstiftningen är begränsad till att gälla tillsättning av antingen ett på förhand bestämt, begränsat antal tjänster eller tjänster som inrättas som ett led i en enskild högskolas särskilt beslutade program enligt vilket positiv särbehandling får tillämpas påverkar inte bedömningen (fråga 2).

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

Vad gällde den fjärde frågan konstaterade EG-domstolen att enligt gemenskapsrätten görs inte någon åtskillnad mellan högre och lägre tjänster vid tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män vad gäller tillgång till anställning.

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

### 3. NÅGRA REFLEKTIONER

EG-domstolens dom utgör en fortsättning på den väg man slagit in på efter den nedskrivna Kalanke-domen (C-450/93), som ju föranledde en omfattande kritik både från akademiskt och politiskt håll. Tolkningen i Kalanke-domen har sedan reviderats och nyanserats i Marshall-domen (409/95) och Badeck-domen (C-158/97). Domen Abrahamsson (C-407/98) bör alltså läsas mot bakgrund av denna rättspraxis och ligger klart i linje med de två sistnämnda domarna.

Det nya i föreliggande dom är att man för första gången klart beaktar artikel 141.4 i Amsterdamfördraget.

Artikeln lyder (141.1 EG och 141.4 EG):

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

...

2. 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.

Domstolen förefaller alltså inte - i motsats till vad som hävdats i debatten - ta införandet av art. 141.4 till intäkt för att anse att en förändring av rättsläget bör ha inträtt. Å andra sidan undviker domstolen fortfarande att ingå på en explicit bedömning av vissa andra källor (art. 2 EG i ny lydelse efter Amsterdamrevisio-

nen, FN-konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor) som i rättsvetenskaplig diskussion tillmätts relevans.

Vid en bedömning av domen är det skäl att skilja mellan två olika frågor:

Den första frågan gäller vilket utrymme är för svensk lagstiftning, jämställdhets- och högskolepolitik efter den här diskuterade domen? På vilket sätt begränsar domen den positiva särbehandlingen som föreskrivits i förordningen från år 1995. Med andra ord: Vilket utrymme för positiv särbehandling finns kvar sedan domslutets begränsande verkan beaktats.

Den andra frågan gäller hur man i Sverige nationellt väljer att använda det utrymme EG-domstolen erbjuder. Tham-professurerna har från början varit kontroversiella och man kan ha många både juridiska, högskole- och jämställdhetspolitiska synpunkter på hur positiv särbehandling skall bedrivas.

I detta sammanhang behandlar jag endast den första frågan.

Då vi diskuterar domens verkningar är det skäl att understryka att domen inte underkänner positiv särbehandling som sådan utan endast vissa element i det som före domen uppfattades som gällande svensk rätt.

I själva verket menar jag att domen kan tolkas som så att den anger vad som är en EG-konform tolkning av 1995 års förordning.

Domstolens utgångspunkt är ju att det bör göras en objektiv bedömning av ansökningarna till anställning vid universitet och högskola. Härvid bör samtliga sökandes personliga förhållanden beaktas.

Dessutom utgår domstolen att en sökande som tillhör underrepresenterat kön får ges företräde framför en medsökande av motsatt kön, förutsatt att de sökande i merithänseende kan anses jämbördiga eller *i det närmaste jämbördiga* (kurs. NB) (p. 62).

Domstolens resonemang förefaller alltså antyda att domstolen menar att inte endast 11 kap. 9 § i den svenska regeringsformen utan också EG-rätten definierar kravet på "saklighet" vid tillsättning.

Det EG-rättsliga saklighetskravet förutsätter att skillnaden i kvalifikationer är ringa ("i det närmaste jämbördiga") och att man vid bedömning av kvalifikationerna och skillnaden även bör göra "en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av sökandes personliga förhållanden". Saklighetstesten bör klara också en sådan individuell prövning.

Detta innebär alltså att den lagstadgade begränsningen av tillämpningsområdet för positiv särbehandling blir mer strikt än tidigare. Begränsningen skall inte mera ses som ett slags säkerhetsventil som används i undantagsfall, utan som ett regelmässigt andra steg i en prövning där man i första omgången konstaterat att flera sökande med tillräckliga kvalifikationer finns och att någon sökande (som normalt inte skulle ha utsetts) är av ett underrepresenterat kön.

I andra omgången av prövningen undersöks sedan mot bakgrund av en objektiv bedömning av samtliga sökandes personliga förhållanden om skillna-

den mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att de inte kan betecknas som i det närmaste jämbördiga.

EG-domstolen understryker flera gånger att man inte enligt EG-rätten "automatiskt och ovillkorligt" får ge företräde åt underrepresenterat kön. Det är naturligtvis därför också möjligt att hävda att skrivningen i svensk lag borde justeras för att bättre beakta detta krav. Det handlar här enligt min uppfattning närmast om hur långt man vill gå då det gäller att i EG-konform anda omtolka begrepp som "saklighet vid tillsättning" och "kvalifikationer" eller om man föredrar att förtydliga själva lagtexten.

#### 4. AVSLUTNING

Sista kapitlet i frågan om utrymmet för positiv särbehandling är knappast skrivet. För närvarande ligger bollen hos de lagstiftande institutionerna inom EU. Kommissionen har den 7 juni i år (COM 2000, 334 final) avgett ett förslag om ändring av jämställdhetsdirektivet 76/207/EEG, som alltså var föremål för tolkning i föreliggande fall. Här föreslås också att artikeln (2.4) om positiv särbehandling skrivs om. Förslaget följer i stort de riktlinjer som dragits upp av domstolen.

Frågan kompliceras också av att EG-reglering rörande diskriminering på andra grunder än kön utarbetats och bereds. Den 29 juni antogs rådets direktiv om genomförandet av principen om lika behandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (2000/43/EG). Också här ingår regler om positiv särbehandling och minimikrav som dels ger möjlighet till positiv särbehandling på nationell nivå<sup>1</sup> men som också utvisar att positiv särbehandling i framtiden förutsätter individuell prövning då det ju väl kan uppstå situationer där representanter för olika gynnade grupper konkurrerar inbördes.

---

<sup>1</sup> Artikel 5

*Positiv särbehandling*

I syfte att säkerställa full jämlikhet i praktiken får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande.

Artikel 6

*Minimikrav*

1. Medlemsstaterna får införa eller behålla bestämmelser som är mer fördelaktiga när det gäller att upprätthålla principen om likabehandling än de som anges i detta direktiv.
2. Genomförandet av detta direktiv får under inga omständigheter utgöra skäl för att inskränka det skydd mot diskriminering som redan finns i medlemsstaterna på de områden som omfattas av detta direktiv.