



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 26 april 2017¹

Mål C-174/16

**H.
mot
Land Berlin**

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Det ändrade ramavtalet om föräldraledighet – Begreppet ’rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva’ – Likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet – En medlemsstats bestämmelser enligt vilka den provotid under vilken en offentlig tjänsteman med chefsansvar är provanställd enligt lag löper ut efter två år utan möjlighet till förlängning, även vid bortavaro på grund av föräldraledighet – Motivering – Åsidosättande av unionsrätten – Gottgörelse”

1. Är det – med beaktande av **Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning)** (nedan kallat direktiv 2006/54)², och **rådets direktiv 2010/18/EU av den 8 mars 2010 om genomförandet av det ändrade ramavtalet om föräldraledighet som ingåtts av BUSINESSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS och om upphävande av direktiv 96/34/EG** (nedan kallat direktiv 2010/18)³ – tillåtet med bestämmelser enligt vilka den provotid på två år under vilken en nyanställd offentlig tjänsteman med chefsansvar är provanställd inte ska avbrytas under dennes föräldraledighet? Det är i huvudsak detta som är föremålet för förevarande begäran om förhandsavgörande.

1 Originalspråk: franska.

2 EUT L 204, 2006, s. 23.

3 EUT L 68, 2010, s. 13.

Tillämpligabestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2006/54

2. I artikel 14.1 a och 14.1 c i direktiv 2006/54 föreskrivs följande:

”Det får inte förekomma någon direkt eller indirekt könsdiskriminering i den offentliga eller privata sektorn, inbegripet offentliga organ i fråga om följande:

a) Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran

...

c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, och löner ...”

3. I artikel 15 i direktiv 2006/54 föreskrivs följande: ”En kvinna som är [mammaledig] skall vid ledighetens slut ha rätt att återgå till sitt arbete eller ett likvärdigt arbete, på villkor som inte är mindre gynnsamma för henne och komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som hon skulle ha haft rätt till under sin bortovaro.”

4. I artikel 16 i direktiv 2006/54 föreskrivs följande: ”Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas rätt att erkänna särskild rätt till [pappaledighet] och/eller adoptionsledighet. Medlemsstater som erkänner sådan rätt skall vidta nödvändiga åtgärder för att skydda manliga och kvinnliga arbetstagare mot uppsägning och avskedande på grund av att de utövar denna rätt och se till att de vid slutet av en sådan ledighet har rätt att återgå till sitt arbete, eller ett likvärdigt arbete på villkor som inte är mindre gynnsamma för dem, och komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som de skulle ha haft rätt till under sin bortovaro.”

Direktiv 2010/18

5. Det ändrade ramavtal om föräldraledighet som ingicks den 18 juni 2009 (nedan kallat det ändrade ramavtalet) har fogats som bilaga till direktiv 2010/18. 1 § punkterna 1 och 2 i det ändrade ramavtalet har följande lydelse:

”1. I detta avtal fastställs minimikrav för att göra det lättare för förvärvsarbetande föräldrar att kombinera arbete och familj ...

2. Detta avtal ska tillämpas på alla arbetstagare, kvinnor och män, som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande enligt definitionen i den lagstiftning, de kollektivavtal eller den praxis som gäller i respektive medlemsstat.”

6. I 2 § punkt 1 i det ändrade ramavtalet föreskrivs följande: ”Män och kvinnor ges genom detta avtal en individuell rätt till föräldraledighet med anledning av ett barns födelse eller vid adoption av ett barn för att vårda detta barn upp till en bestämd ålder som får vara upp till åtta år och som ska fastställas av medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter”. I 2 § punkt 2 anges att ”[l]edigheten ska beviljas för en period av minst fyra månader.”

7. I 5 § i det ändrade ramavtalet, som handlar om anställningsrättigheter och icke-diskriminering, föreskrivs följande:

- ”1. Vid föräldraledighetens slut ska arbetstagaren ha rätt att återvända till samma arbete eller, om det inte är möjligt, till ett likvärdigt eller liknande arbete som är förenligt med dennes anställningsavtal eller anställningsförhållande.
2. De rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten börjar ska bevaras oförändrade fram till och med föräldraledighetens slut. Vid föräldraledighetens slut ska dessa rättigheter inklusive de ändringar som följer av nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis vara gällande.

...

4. För att säkerställa arbetstagarnas möjlighet att utnyttja föräldraledigheten ska medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter, i enlighet med nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis, vidta de åtgärder som behövs för att skydda arbetstagarna mot mindre gynnsam behandling eller uppsägning på grund av att de ansöker om eller utnyttjar sin rätt till föräldraledighet.

...”

Tysk rätt

8. 97 § i Landesbeamtenengesetz (lag om offentlig anställning för delstaterna)⁴ (nedan kallad LBG) har följande lydelse:

- ”1. Tjänster i lönegrad A 13 och högre ... ska ... inledningsvis tillsättas [med] tjänstemän med provanställning vid delstatsförvaltningen i Berlin ... Provanställningen löper på två år. Den får inte förlängas.

...

4. Efter en framgångsrik provanställning blir den provanställda tjänstemannen tjänsteman på livstid i enlighet med punkt 1. ... I undantagsfall kan en tjänsteman ... sägas upp ... efter 12 månader om det under det första året står klart att tjänstemannen inte kommer att fullgöra sin provanställning med lyckat resultat. Vid tvivel om huruvida tjänstemannen kommer att fullgöra sin provanställning med lyckat resultat ska diskussioner regelbundet föras med kolleger och överordnade, minst var tredje månad från den tidpunkt då rimliga tvivel uppkom. Om tjänsten inte omvandlas till en fast tjänst upphör alla rättigheter till ersättning från den tjänsten. Inga ytterligare rättigheter förvärfas. Under en period på ett år får tjänstemannen inte på nytt provanställas på samma tjänst. Om tjänstemannen vid första tillfället inte framgångsrikt fullgjorde sin provanställning enbart av det skälet att de till cheftjänsten hörande arbetsuppgifterna inte utövades under tillräckligt lång tid, kan den högre förvaltningsmyndigheten medge undantag från sjunde meningen.

...”

⁴ I dess lydelse enligt Dienstrechtsneuordnungsgesetz av den 22 juni 2011 (lagen om ändring och modernisering av den federala lagstiftningen om offentligt anställda).

Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

9. H., klaganden i det nationella målet, är sedan 2002 tjänsteman på livstid vid kommunförvaltningen i Berlin. Efter ett rekryteringsförfarande befordrades hon, genom en utnämningsskrivelse av den 20 september 2011, och provanställdes som tjänsteman med chefsansvar (rådgivare i lönegrad B 2). Fram till dess hade hon haft en lägre tjänst (rådgivare i lönegrad A 16).

10. Under perioden 25 juli 2011–19 januari 2012 var H. sjukskriven på grund av graviditetsrelaterade besvär. Under perioden 20 januari 2012–29 maj 2012 tog hon ut obligatorisk mammaledighet och i anslutning till denna sjukledighet i samband med konvalescens. Från och med den 30 maj 2012 beviljade arbetsgivaren henne föräldraledigt. På begäran av H. förlängdes denna ledighet vid flera tillfällen och avslutades den 20 februari 2015.

11. Genom beslut av den 4 september 2014 underrättade Landesverwaltungsamt Berlin (förvaltningsmyndigheten i delstaten Berlin, Tyskland), i sin egenskap av den myndighet som är ansvarig för personalfrågor i delstaten Berlin, H. om att hon inte framgångsrikt hade fullgjort sin tvååriga provanställning för den chefstjänst som hon hade utnämnts till. Eftersom H. aldrig hade utfört de arbetsuppgifter som följer med denna tjänst underrättades hon om att hennes provanställning hade löpt ut den 19 september 2013, i enlighet med 97 § punkt 4 LBG. I samma beslut underrättades H. om att hon skulle återinsättas på den lägre tjänst som hon hade innehaft sedan 2011.

12. Under andra halvåret 2012 utannonserades på nytt den chefstjänst som H. hade provanställts till. Tjänsten tillsattes med en annan sökande.

13. H. överklagade beslutet av den 4 september 2014, och gjorde bland annat gällande att detta beslut stred mot direktiven 2006/54 och 2010/18, eftersom beslutet diskriminerar kvinnor som befinner sig på föräldraledighet. Förvaltningsmyndigheten i delstaten Berlin avlog överklagandet den 10 november 2014. Den grundade sitt beslut på att inom den offentliga förvaltningen kan en chefstjänst på livstid endast tillsättas om kandidaten framgångsrikt har fullgjort en tvåårig provanställning, som inte kan förlängas. Vid en onormalt lång bortavaro måste det göras en bedömning av huruvida den tid för att fullgöra arbetsuppgifterna som återstår räcker för att anta ett positivt beslut i fråga om provanställningen. Eftersom H. emellertid inte hade utfört sina uppgifter som chef en enda dag kunde förvaltningen inte annat än konstatera att hon den 19 september 2013 inte framgångsrikt hade fullgjort sin provanställning. Denna bestämmelse gäller i lika hög grad för kvinnor som för män. Män har samma rätt till föräldraledighet som kvinnor och deras bortavaro på grund av föräldraledighet får samma konsekvenser till följd av 97 § LBG. Förvaltningsmyndigheten i delstaten Berlin har därför bestritt att det rörde sig om direkt diskriminering i den mening som avses i direktiv 2006/54. Enligt förvaltningsmyndigheten förelåg inte heller någon indirekt diskriminering, eftersom 97 § LBG – även om förvaltningsmyndigheten medgav att det vid beräkningen av prøvotiden inte tas hänsyn till den oförmåga på grund av graviditetsrelaterade besvär som främst drabbar kvinnor – motiveras av det berättigade mål som eftersträvas, nämligen att kontrollera den utnämnda personens lämplighet för tjänsten. Att en person är lämplig för tjänsten kan endast slås fast efter det att den berörda personen faktiskt har utfört sina arbetsuppgifter under en relativt lång period. Vad gäller direktiv 2010/18, har förvaltningsmyndigheten i delstaten Berlin konstaterat att enligt 5 § punkt 2 andra meningen i det ändrade ramavtalet gäller de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten upphör, ”inklusive de ändringar som följer av nationell lagstiftning”, och förvaltningsmyndigheten anser att ändringen av H:s situation i slutet av hennes föräldraledighet är ett resultat av en sådan ändring på grund av tillämpningen av 97 § LBG. Eftersom H:s provanställning som tjänsteman lagenligt har direktiv 2010/18 inte åsidosatts.

14. H. ingav därefter ett överklagande till den hänskjutande domstolen, som nu vill få klarhet i huruvida 97 § LBG är förenlig med direktiven 2006/54 och 2010/18. Den hänskjutande domstolen har påpekat att den högre förvaltningsmyndigheten inte utnyttjade sitt utrymme för skönsmässig bedömning så att H. kunde fortsätta sin provanställning när hon återgick till arbetet efter föräldraledigheten, men att den nationella lagstiftningen i vilket fall som helst är otillräcklig i detta avseende, framför allt eftersom tjänsten, som i förväg var vikt för H. om hon framgångsrikt hade fullgjort sin provotid, permanent gick till en annan person. Även om det presumeras att de bestämmelser enligt vilka provanställningen vid en befordran till en chefstjänst inom den offentliga förvaltningen enligt lag löper ut två år efter det att provanställningen påbörjades – utan möjlighet till förlängning, även om den offentliga tjänstemannen är föräldraledig under den perioden – strider mot direktiv 2006/54 eller direktiv 2010/18, återstår det fortfarande att fastställa vilka åtgärder den nationella domstolen ska vidta till följd av denna slutsats beträffande H:s situation. Hennes tjänst har ju tillsatts med en annan person, likvärdiga tjänster är sällsynta och när de är lediga måste de tillsättas genom ett nytt urvalsförfarande som kan pågå i flera månader.

15. Verwaltungsgericht Berlin (förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) beslutade därför att vilandeförklara målet och har, genom en skrivelse som inkom till domstolens kansli den 24 mars 2016, begärt ett förhandsavgörande från domstolen avseende följande frågor:

- ”1) Ska bestämmelserna i rådets direktiv [2010/18] samt bestämmelserna i det [ändrade] ramavtalet om föräldraledighet tolkas på så sätt, att de utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka den provotid – under vilken en offentlig tjänsteman med chefsansvar är provanställd – enligt lag upphör utan någon möjlighet till förlängning, då en manlig eller kvinnlig tjänsteman under större delen av denna provotid har befunnit sig på föräldraledighet och fortfarande befinner sig på sådan ledighet?
- 2) Ska bestämmelserna i [direktiv 2006/54], särskilt artiklarna 14.1 a eller c, 15 eller 16 i direktivet tolkas så, att nationella bestämmelser med sådant innehåll som angetts i den första frågan utgör en indirekt könsdiskriminering när bestämmelserna potentiellt kan beröra ett mycket större antal kvinnor än män?
- 3) För det fall den första eller den andra frågan ska besvaras jakande, utgör i så fall bestämmelserna i unionsrätten även hinder för nämnda bestämmelser i nationell rätt, när dessa bestämmelser motiveras med ett syfte som innebär att bedömningen under provotiden av en provanställning avseende en permanent offentlig tjänst med chefsansvar, endast kan göras för det fall arbetsuppgifterna verkligen har utförts under lång tid?
- 4) För det fall [den tredje frågan] besvaras jakande, tillåter då tolkningen av unionsrätten andra rättsliga följder än en förlängning av provotiden i omedelbar anslutning till föräldraledighetens slut – avseende den tidsperiod som ännu inte fullgjorts vid föräldraledighetens början – på samma eller en jämförbar tjänst, när det exempelvis inte längre står några sådana tjänster till förfogande?
- 5) Kräver tolkningen av unionsrätten i sådana fall, att det för tillsättningen av en annan tjänst eller tjänsteställning med chefsansvar, inte hålls något nytt urvalsförfarande enligt nationella bestämmelser som inkluderar andra sökande?”

16. H., Land Berlin (delstaten Berlin) och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden i förevarande mål.

Bedömning

17. Syftet med de tolkningsfrågor som har hänskjutits till domstolen är dels att få klarhet i huruvida 97 § LBG är förenlig med de rättigheter som tillförsäkras genom direktiven 2006/54 och 2010/18 (den första till och med den tredje frågan), dels vilka konsekvenser en eventuell oförenlighet bör få, eller, med andra ord hur H. ska gottgöras (den fjärde och den femte frågan).

Den första, den andra och den tredje frågan

Direktiv 2010/18

18. I direktiv 2010/18 och det ändrade ramavtal som fogats som bilaga till detta fastställs minimikrav, med beaktande av nationell lagstiftning, kollektivavtal och/eller praxis⁵, för föräldraledighet, som beskrivs som ”ett viktigt medel för att göra det möjligt att kombinera arbete och familj och att främja lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män”.⁶ Det ändrade ramavtalet ska tillämpas på alla arbetstagare, kvinnor och män, som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande.⁷ Rätt till föräldraledighet ges med anledning av ett barns födelse⁸ och syftet är att ge föräldrarna möjlighet att vårda barnet⁹. Längden på föräldraledigheten är minst 4 månader.¹⁰ 5 § i det ändrade ramavtalet ger arbetstagaren rätt att återgå till samma arbete eller, om det inte är möjligt, till ett likvärdigt eller liknande arbete ”som är förenligt med dennes anställningsavtal eller anställningsförhållande”.¹¹ De rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten börjar ska dessutom ”bevaras oförändrade fram till och med föräldraledighetens slut”.¹² Medlemsstaterna ska dessutom vidta de åtgärder som behövs för att skydda arbetstagarna mot mindre gynnsam behandling eller uppsägning på grund av att de utnyttjar sin rätt till föräldraledighet.¹³ Europeiska unionen anser slutligen att detta instrument, som gör det möjligt att förena familjeliv och arbetsliv, är så viktigt att denna sociala rättighet har upphöjts till en grundläggande rättighet och införts i punkt 33.2 i Europeiska unionens stadga för de grundläggande rättigheterna.¹⁴

19. H:s situation måste i huvudsak bedömas mot bakgrund av 5 § i det ändrade ramavtalet, eftersom det avtalet är tillämpligt på offentliga tjänstemän, vilket domstolen redan har konstaterat.¹⁵

20. För det första måste jag med en gång avvisa delstaten Berlins argument om att det skydd som arbetstagare genom det ändrade ramavtalet tillförsäkras under och i slutet av sin föräldraledighet endast gäller under miniperioden, det vill säga i fyra månader.¹⁶ Det räcker att studera domstolens praxis beträffande **rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS**¹⁷ för att övertygas om att så inte är fallet. I domen Meerts,¹⁸ i vilken domstolen uttalade sig om villkoren för uppsägning av en arbetstagare under hennes föräldraledighet, finns exempelvis inget som tyder på en sådan begränsning.

5 Se 1 § i det ändrade ramavtalet

6 Första stycket i ingressen till det ändrade ramavtalet.

7 Se 1 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet.

8 Eller vid adoption: se 2 § punkt 1 i det ändrade ramavtalet.

9 Se 2 § punkt 1 i det ändrade ramavtalet.

10 Se 2 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet.

11 Se 5 § punkt 1 i det ändrade ramavtalet.

12 Se 5 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet.

13 Se 5 § punkt 4 i det ändrade ramavtalet.

14 Se dom av den 16 september 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, punkterna 37 och 63).

15 Se, bland annat, dom av den 16 september 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, punkterna 27–30) och dom av den 16 juli 2015, Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punkt 29).

16 Se 2 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet.

17 EGT L 145, 1996, s. 4.

18 Dom av den 22 oktober 2009 (C-116/08, EU:C:2009:645).

Domstolen har nämligen funnit att den paragraf i nämnda ramavtal om föräldraledighet (nedan kallat ramavtalet) som rör villkoren för en arbetstagare som återgår till arbetet efter en föräldraledighet "[hade] till syfte att förhindra att arbetstagaren förlorar de rättigheter som följer av anställningsförhållandet eller att de blir färre, vilka rättigheter arbetstagaren kan göra gällande när denne påbörjar en föräldraledighet, och att säkerställa att arbetstagaren efter föräldraledighetens slut befinner sig i samma situation som före föräldraledigheten med avseende på dessa rättigheter".¹⁹ De tvivel som eventuellt kvarstår beror på att den berörda medlemsstaten i det målet valde att anpassa längden på föräldraledigheten till den minimiperiod som vid den tidpunkten föreskrevs i ramavtalet. Jag anser emellertid att den betydelse som föräldraledigheten tillskrivs i punkt 37 i domen Meerts,²⁰ i vilken domstolen konstaterade att "[r]amavtalet om föräldraledighet bidrar till att uppfylla de grundläggande mål som finns upptagna i punkt 16 i gemenskapens stadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, som gäller principen om likabehandling av kvinnor och män. ... De mål som eftersträvas är att förbättra levnads- och arbetsvillkor samt att åstadkomma ett fullgott socialt skydd för arbetstagarna. I förevarande mål rör det sig om de arbetstagare som begärt eller tagit i anspråk sin föräldraledighet", vilket talar emot en tolkning som innebär att det skydd som dessa arbetstagare tillförsäkras ska begränsas till enbart föräldraledighetens minimiperiod. I vilket fall som helst skingras tvivlen helt i domarna Chatzi och Riežniece.²¹ Dessa domar rörde föräldraledighet vars längd hade fastställts till högst 18 månader respektive högst 9 månader. Föräldraledigheten sträckte sig därmed mycket längre än minimiperioden i ramavtalet. Domstolen har emellertid – utan att ange några förbehåll – slagit fast att ramavtalet gav arbetstagare rätt att vid utgången av föräldraledigheten återgå till sitt arbete eller till ett likvärdigt arbete.²² I tillämpliga delar²³ kan H. därför åberopa det skydd som tillförsäkras arbetstagare i 5 § i det ändrade ramavtalet, även om Förbudsrepubliken Tyskland har valt att tillämpa en avsevärt längre period av föräldraledighet än den minimiperiod som föreskrivs i det avtalet.

21. För det andra är det nödvändigt att bemöta påståendet från delstaten Berlin om att denna fullt ut följde bestämmelserna i det ändrade ramavtalet, eftersom H., när hon återgick till arbetet efter föräldraledigheten, dels återgick till en likvärdig tjänst som den lägre tjänst som hon innehade innan utnämningsskrivelsen av den 20 september 2011 (nämligen en tjänst som rådgivare i lönegrad A 16), dels inte kunde åberopa några rättigheter som hon förvärvat eller stod i begrepp att förvärva beträffande tjänsten som rådgivare i lönegrad B 2, eftersom hon faktiskt aldrig hade utfört de arbetsuppgifter som följde av den tjänsten. Delstaten Berlin har i detta avseende gjort gällande att den omständigheten att H. förlorade sin ställning som provanställd tjänsteman på grund av att provanställningen upphörde under föräldraledigheten ska ses som en sådan "ändring" av lagstiftningen som avses i 5 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet. I vilket fall som helst måste rätten att återgå till arbetet tolkas som en rätt under en begränsad tid, i annat fall skulle arbetsgivare tvingas lämna tjänster vakanta under obegränsad tid, vilket skulle göra det svårare för företag att fungera väl. I skäl 23 i det ändrade ramavtalet anges dessutom just att man ska "undvika ... hinder som motverkar tillkomsten och utvecklingen av små och medelstora företag".

22. Vad gäller de rättigheter som en arbetstagare förvärvat eller står i begrepp att förvärva har domstolen redan slagit fast att det framgår av såväl ordalydelsen av 2 § punkt 6 i ramavtalet – som motsvaras av den nuvarande 5 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet – som det sammanhang i vilket den ingår att denna bestämmelse hade "till syfte att förhindra att arbetstagaren förlorar de rättigheter som

19 Dom av den 22 oktober 2009, Meerts (C-116/08, EU:C:2009:645, punkt 39). Min kursivering.

20 Dom av den 22 oktober 2009, Meerts (C-116/08, EU:C:2009:645).

21 Dom av den 16 september 2010 (C-149/10, EU:C:2010:534) respektive dom av den 20 juni 2013 (C-7/12, EU:C:2013:410).

22 Se dom av den 16 september 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, punkt 57) och dom av den 20 juni 2013, Riežniece (C-7/12, EU:C:2013:410, punkterna 50 och 51).

23 Mot bakgrund av vad domstolen slog fast i punkt 47 i domen av den 16 juni 2016, Rodríguez Sánchez (C-351/14, EU:C:2016:447), kan domstolens bedömning beträffande direktiv 96/34 och det ramavtal som återfinns i bilagan till det direktivet även tillämpas med avseende på direktiv 2010/18 och det ändrade ramavtalet, om det sistnämnda inte har inneburit några ändringar i detta hänseende, vilket är fallet med det skydd som arbetstagare tillförsäkras när de vid utgången av sin föräldraledighet återgår till arbetet (för en jämförelse, se dels 2 § punkterna 5 och 6 i ramavtalet, dels 5 § punkterna 1 och 2 i det ändrade ramavtalet).

följer av anställningsförhållandet eller att de blir färre, vilka rättigheter arbetstagaren kan göra gällande när denne påbörjar en föräldraledighet, och att säkerställa att arbetstagaren efter föräldraledighetens slut befinner sig i samma situation som före föräldraledigheten med avseende på dessa rättigheter”.²⁴ Domstolen har dessutom särskilt framhållit att "[m]ed beaktande av målet i ramavtalet om föräldraledighet att behandla kvinnor och män lika ... måste 2 § punkt 6 i ramavtalet anses ge uttryck för en princip i gemenskapens arbetsrättsliga lagstiftning som är särskilt viktig och därmed inte får tolkas restriktivt”.²⁵ Begreppet "de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva", i den mening som avses i ramavtalet, och senare i det ändrade ramavtalet, omfattar följaktligen "samtliga de rättigheter och förmåner – i form av pengar eller in natura – som direkt eller indirekt följer av anställningsförhållandet och som arbetstagaren kan göra gällande gentemot arbetsgivaren vid föräldraledighetens början".²⁶ Således skulle "nationell lagstiftning som leder till en minskning av rättigheterna enligt anställningsförhållandet då arbetstagaren tar föräldraledigt ... kunna avvålla densamma från att vara föräldraledigt ... Detta skulle direkt strida mot syftet med ramavtalet om föräldraledighet, där ett av målen är att bättre förena familjeliv och arbetsliv".²⁷

23. Jag erinrar om att det av handlingarna i målet framgår att H. befordrades och provanställdes på en tjänst med chefsansvar den 20 september 2011, när hon var sjukskriven på grund av graviditetsrelaterade besvär. Hennes föräldraledighet, som beviljades av hennes arbetsgivare, började löpa först den 30 maj 2012. Den fiktiva provotiden på två år hade därför börjat löpa mer än åtta månader tidigare.²⁸ Vid den tidpunkten – det vill säga när föräldraledigheten började – stämmer det att H. ännu inte hade utfört sina arbetsuppgifter som provanställd tjänsteman med chefsansvar, men att hon enligt utnämningsskrivelsen av den 20 september 2011 var berättigad till tjänsten. Det ska dessutom understrykas att det fanns ett visst mått av otålighet hos H:s arbetsgivare, som under andra halvåret 2012 genomförde ett nytt urvalsförfarande för att kunna tillsätta samma tjänst.

24. Utnämningen av H. skedde därför inte bara när hon var gravid utan dessutom även när hon redan befann sig på ledighet. Hennes ansökan om föräldraledighet och de successiva förlängningarna av denna beviljades av hennes arbetsgivare inom ramen för de allmänna bestämmelser som fastställer den maximala längden på föräldraledigheten till tre år. Dessa förlängningar kan inte på något sätt användas som en förevändning för att kritisera H. för längden på hennes bortavaro. Skälen till detta är tre. Även om H. till sist tog ut nästan hela den föräldraledighet som föreskrivs i den nationella lagstiftningen (från och med den 30 maj 2012 till och med den 20 februari 2015), ansåg hennes arbetsgivare för det första (efter endast 15 månaders föräldraledighet) att hon redan den 19 september 2013 hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter. För det andra har medlemsstaterna ett stort utrymme för skönmässig bedömning vid fastställandet av föräldraledighetens maximala längd, så länge som den minimiperiod som anges i det ändrade ramavtalet iakttas, och det måste presumeras att de i så fall gör en avvägning mellan arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen. Det är därför, både rättsligt och intellektuellt, svårt att förstå varför det som den ena handen har gett arbetstagarna – nämligen rätten till en viss periods föräldraledighet – skulle tas ifrån dem med den andra, genom att de kritiseras för att deras bortavaro är organisationsmässigt oacceptabel för arbetsgivaren och/eller genom att de tvingas återgå till arbetet. För det tredje kan jag förstå att bortavaro på grund av föräldraledighet, där egentligen endast uttag av maximal föräldraledighet kan förväntas, kan skapa problem för arbetsgivaren. I själva ramavtalet anges dock att arbetstagaren kan upplysas om sådana

24 Dom av den 22 oktober 2009, Meerts (C-116/08, EU:C:2009:645, punkt 39 och där angiven rättspraxis). Min kursivering. Se även dom av den 22 april 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, EU:C:2010:215, punkt 51).

25 Dom av den 22 oktober 2009, Meerts (C-116/08, EU:C:2009:645, punkt 42 och där angiven rättspraxis). Sedan dess har vikten av denna princip bekräftats i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna: se punkt 18 i detta förslag till avgörande.

26 Dom av den 22 oktober 2009, Meerts (C-116/08, EU:C:2009:645, punkt 43). Se även dom av den 22 april 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, EU:C:2010:215, punkt 53).

27 Dom av den 22 oktober 2009, Meerts (C-116/08, EU:C:2009:645, punkt 47).

28 Mot bakgrund av att delstaten Berlin underrättade H. om att hennes provanställning som tjänsteman hade löpt ut den 19 september 2013, ska det understrykas att den tvååriga provotiden inte "avbröts", varken under hennes sjukskrivning i samband med graviditeten eller under hennes föräldraledighet, vilket kan betraktas som problematiskt med tanke på det skydd som unionslagstiftningen tillförsäkrar gravida kvinnor och kvinnor som nyligen har fått barn eller ammar. Det är emellertid inte detta problem som är föremål för de tolkningsfrågor som har hänskjutits till domstolen.

svårigheter. Om en god förståelse för förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare i sig inte är tillräckligt för att låta sig övertygas, påpekar jag att det i 6 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet anges att "[för att] underlätta återgången till arbetet efter föräldraledighet uppmanas arbetstagaren och arbetsgivaren att hålla kontakten under ledigheten". Av handlingarna i målet framgår emellertid inte att H:s arbetsgivare upplyste henne om att det eventuellt kunde bli svårt för henne att fortsätta sin provanställning som tjänsteman när hon återgick till arbetet. Dessutom underrättade inte arbetsgivaren H. förrän den 4 september 2014 om att hennes provanställning hade upphört från och med den 19 september 2013, även om arbetsgivaren redan bara några månader efter det att hennes föräldraledighet hade börjat hade vidtagit åtgärder för att ersätta henne. Genom att underlåta att underrätta H. om följderna av hennes bortavaro och genom att omedelbart anordna ett nytt urvalsförfarande för att ersätta henne gav delstaten Berlin därför inte H. möjlighet att planlägga sin återgång till arbetet. Delstaten Berlin har därmed åsidosatt den ovannämnda principen om ett gott samarbete mellan arbetsgivaren och de av dennes arbetstagare som befinner sig på föräldraledighet.

25. Slutligen bör två ömsesidigt beroende aspekter beaktas. För det första kan, särskilt eftersom det här är fråga om en tjänst inom den offentliga förvaltningen, den omständigheten att H. efter ett urvalsförfarande provanställdes som tjänsteman på en tjänst som rådgivare i lönegrad B 2 behandlas på samma sätt som en befordran till en högre lönegrad, framför allt eftersom hon inte bytte arbetsgivare.²⁹ Eftersom utnämningen till denna tjänst medförde ett större ansvar åtföljdes detta för det andra naturligtvis av en löneförhöjning.

26. Härav följer således att H., när hennes föräldraledighet började, inte hade någon definitiv rätt att inneha den tjänst som hon hade utnämnts till den 20 september 2011. Därför lutar jag åt att 5 § punkt 1 i det ändrade ramavtalet inte räcker som grund för att besvara den första frågan. Det är inte så mycket rätten att återgå till en tjänst som hon faktiskt aldrig har innehaft som de aspekter som kännetecknar hennes anställningsförhållande när hon lämnade sin tjänst som måste skyddas enligt 5 § punkt 2 i detta avtal. För att hon, i enlighet med rättspraxis, skulle ha försatts i samma situation som före hennes föräldraledighet, skulle hon vid sin återgång till arbetet getts möjlighet att under den provotid som föregår den slutliga utnämningen visa att hon kan fullgöra de arbetsuppgifter som följde med den tjänst som hon preliminärt hade utnämnts till.

27. Jag konstaterar dessutom att det inte finns något argument, inte minst på grund av de aktuella bestämmelsernas ordalydelse,³⁰ till stöd för delstaten Berlins uppfattning, eftersom det inte någonstans i det ändrade ramavtalet anges att rätten att återinsättas på sin tjänst eller skyddet för de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva är begränsade i tiden och inte omfattar hela föräldraledigheten. Detta bekräftas av att det i rättspraxis anges att den bestämmelse som reglerar återgång till arbetet efter en föräldraledighet inte får tolkas restriktivt.³¹

28. Det går inte heller att göra en jämförelse med situationen för en arbetstagare med fast anställning, eftersom det klart framgår av de faktiska omständigheter som ligger till grund för förevarande begäran om förhandsavgörande att den tvååriga provotiden i 97 § LBG bör ses som en slags försöksperiod vid just en befordran inom den lokala offentliga förvaltningen. Att den tvååriga provotiden löpte ut under H:s föräldraledighet kan dessutom inte anses utgöra en "ändring som följer av lagstiftning" i den mening som avses i 5 § punkt 2 andra meningen i det ändrade ramavtalet, eftersom H:s rättigheter under föräldraledigheten inte berördes av någon ändring i lagstiftningen.³²

29 Det är på grund av att ändringen av H:s anställningsförhållande har denna "interna" karaktär" som jag, trots en viss tvetydighet i ordalydelsen i 97 § fjärde punkten LBG, inte kommer att bedöma förevarande mål mot bakgrund av de bestämmelser som reglerar skydd mot uppsägning.

30 I 5 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet föreskrivs exempelvis att de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva ska bevaras oförändrade "fram till och med föräldraledighetens slut", och inte fram till slutet av den minimiperiod för denna ledighet som fastställs i det ändrade ramavtalet. Domstolen har dessutom själv funnit att en sådan begränsning är oacceptabel: se dom av den 16 september 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, punkt 57), och dom av den 20 juni 2013, Riezniece (C-7/12, EU:C:2013:410, punkt 32).

31 Se fotnot 25 i detta förslag till avgörande.

32 97 § LBG antogs således inte under H:s föräldraledighet.

29. Den omständigheten att en offentlig tjänsteman som har befordrats till en chefstjänst enligt 97 § LBG är skyldig att fullgöra en tvåårig provotid innan den faktiska utnämningen sker, utan att kunna skjuta upp utgången av den perioden under sin föräldraledighet eller utan att kunna skjuta upp startdatumet till omedelbart efter en sådan ledighet, kan därför medföra att en arbetstagare avhålls från att utnyttja sin rätt till föräldraledighet³³ och således uppmuntras till att avstå från att ta ut föräldraledighet, vilket direkt strider mot syftet med det ändrade ramavtalet och tvingar offentliga tjänstemän att göra ett val mellan yrkesliv, i detta fall en klättring på karriärstegen, och familjeliv, medan det i det ändrade ramavtalet anges att det ska bli lättare att förena dessa två berättigade, men ibland motstridiga, intressen. I de flesta fall är det kvinnor³⁴ som måste göra detta val och den lagstiftning som är i fråga i det nationella målet hindrar således deras möjligheter att göra karriär och befordras till tjänster med chefsansvar, och bidrar därmed till att bevara glastaket.

30. Det ändrade ramavtalet innehåller inget som kan motivera en sådan avskräckande verkan. 5 § punkt 2 i det ändrade ramavtalet måste följaktligen tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka en provanställd tjänsteman som efter ett urvalsförfarande har befordrats till en tjänst med chefsansvar är skyldig att före den slutliga utnämningen till den tjänsten fullgöra en tvåårig provotid, trots att utgången av den perioden inte under några omständigheter kan avbrytas under tjänstemannens föräldraledighet, och det inte heller går att skjuta upp starten på den perioden till en tidpunkt omedelbart efter en sådan ledighet.

Direktiv 2006/54

31. Det bör inledningsvis påpekas att direktiv 2006/54 är tillämpligt på offentliga tjänstemän.³⁵ Artikel 14.1 a i direktiv 2006/54 förbjuder all direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön, ingripet i den offentliga sektorn, vad gäller "[v]illkor för tillträde till anställning ..., inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran". Jag har redan redogjort för att H:s situation hänför sig till de specifika förhållanden som gäller en befordran inom den tyska lokala offentliga förvaltningen. Jag kommer därför att inrikta min bedömning på artikel 14.1 a i direktiv 2006/54.³⁶

32. I artikel 2.1 a i direktiv 2006/54 definieras indirekt diskriminering som "en skenbart neutral bestämmelse [som] särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen ... objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga".³⁷ Även om ordalydelsen i 97 § LBG utan svårigheter kan betraktas som neutralt utformad, och denna paragraf vid första anblicken i lika hög grad förefaller gälla både manliga och kvinnliga provanställda tjänstemän, är frågan om den särskilt missgynnar kvinnor svårare att besvara. I vilket fall som helst ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra detta, eftersom det åligger denna domstol att fastställa huruvida betydligt fler kvinnor än män

³³ Se, analogt, dom av den 13 februari 2014, TSN och YTN (C-512/11 och C-513/11, EU:C:2014:73, punkterna 49 och 51).

³⁴ Enligt domstolens rättspraxis ankommer det på de nationella domstolarna att fastställa huruvida så är fallet (se dom av den 20 juni 2013, Riežniece, C-7/12, EU:C:2013:410, punkt 40 och där angiven rättspraxis). På sidan 26 i sin begäran om förhandsavgörande utgår den hänskjutande domstolen emellertid från att "det även i delstaten Berlin är *betydligt fler* kvinnor än män som tar sin föräldraledighet i anspråk" (min kursivering). Jag återkommer till detta vid min bedömning av direktiv 2006/54.

³⁵ Se dom av den 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punkt 12).

³⁶ Den aktuella begäran om förhandsavgörande kan inte undersökas mot bakgrund av artiklarna 15 och 16 i direktiv 2006/54. Artikel 15 i det direktivet är en särskild bestämmelse som specifikt syftar till att skydda en kvinna som är mammaledig när hon återgår till sitt arbete "vid ledighetens slut". Artikel 16 i direktiv 2006/54 syftar specifikt till att skydda föräldrar som har tagit ut pappaledighet och/eller adoptionsledighet. De svårigheter som H. mötte vid sin återgång till arbetet är inte direkt kopplade till hennes mammaledighet, utan är en följd av hennes föräldraledighet, som är en särskild form av ledighet, skild från de former av ledighet som nämns i artiklarna 15 och 16 i direktiv 2006/54 (för skillnaden mellan mammaledighet och föräldraledighet, se, bland en omfattande rättspraxis, dom av den 19 september 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, punkterna 48–50, och dom av den 16 juni 2016, Rodríguez Sánchez, C-351/14, EU:C:2016:447, punkterna 43 och 44). Vad gäller mina tvivel om huruvida H. tillförsäkrades tillräckligt skydd under sin mammaledighet, se fotnot 28 i detta förslag till avgörande.

³⁷ Se, även, dom av den 20 juni 2013, Riežniece (C-7/12, EU:C:2013:410, punkt 39 och där angiven rättspraxis), dom av den 18 mars 2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, punkt 48 och där angiven rättspraxis), och dom av den 18 mars 2014, Z. (C-363/12, EU:C:2014:159, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

tar ut föräldraledighet i den berörda medlemsstaten, så att sannolikheten är större att kvinnor berörs av tillämpningen av den omtvistade bestämmelsen i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen har uttryckligen medgett att ”i delstaten Berlin är [det] betydligt fler kvinnor än män som tar sin föräldraledighet i anspråk”.³⁸ Den kan dock inte styrka sitt påstående med statistik som skulle göra det möjligt att jämföra uppgifter för de olika kategorierna av personer som 97 § LBG är tillämplig på, eftersom antalet tjänster med chefsansvar i delstaten Berlin är relativt få och antalet provanställda tjänstemän följaktligen också relativt litet. Antalet provanställda tjänstemän som befinner sig på föräldraledighet är ännu mindre, delvis beroende på att offentliganställda tjänstemän befordras till tjänster med chefsansvar vid relativt hög ålder.

33. Att det saknas statistiska uppgifter för att kunna göra en jämförelse mellan manliga och kvinnliga provanställda tjänstemän kan inte räcka för att hävda att det inte förekommer någon indirekt diskriminering. Eftersom det är utrett att betydligt fler kvinnor än män tar ut föräldraledighet i delstaten Berlin är det troligt att detta även gäller tjänstemän som provanställts på en tjänst med chefsansvar. Det är därför rimligt att tänka sig att de villkor som reglerar provotiden försätter de provanställda tjänstemän som har tagit ut en lång föräldraledighet – oftast kvinnor – i en ofördelaktig situation jämfört med de provanställda tjänstemän som inte har tagit ut en sådan ledighet – oftast män³⁹ – och i slutändan hindrar utnämningen av kvinnor till cheftjänster.

34. Om denna skillnad i behandling antas vara utredd, återstår det därför att fastställa huruvida 97 § LBG objektivt sett kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, vilket är ett krav enligt direktiv 2006/54. Den hänskjutande domstolen har påpekat att nämnda bestämmelses *ratio legis* är att göra det möjligt för förvaltningen att säkerställa att den provanställda tjänstemannen har den kompetens som krävs, genom att kräva att han eller hon under en provotid på två år, som inte får skjutas upp eller förlängas, faktiskt utför de arbetsuppgifter som följer av tjänsten. Det är svårt att bestrida att det mål som eftersträvas, det vill säga att säkerställa att den offentliga arbetsgivaren faktiskt kan fastställa den aktuella tjänstemannens kompetens, är ett berättigat mål. Detta gäller i ännu högre grad tjänster med chefsansvar.

35. Däremot är det en helt annan sak huruvida medlen för att nå det målet är lämpliga och nödvändiga. Vid en första anblick utgör den omständigheten att § 97 LBG har en allmän och absolut karaktär ett problem. Provotiden får under inga omständigheter förlängas och perioderna av bortavaro, oavsett hur berättigade de än må vara, räknas som perioder under vilka den provanställda tjänstemannen anse ha brustit i sina åligganden under provanställningen. Tjänstemän som inte godkänns omfattas dessutom av en karensperiod på i princip ett år under vilken de inte får ansöka om att delta i ett nytt urvalsförfarande. Även om jag förstår att det kan vara nödvändigt att pröva de provanställda tjänstemännen har jag svårt att förstå varför en sådan prövning måste pågå i just två år och varför den tyska lagstiftningen inte erbjuder någon som helst flexibilitet i fråga om möjligheterna att skjuta upp utgången av provanställningen, framför allt när föräldraledighet tas ut. Den provanställda tjänstemannens bortavaro på grund av föräldraledighet straffas dessutom dubbelt. Bortavaron utgör inte enbart ett hinder för att slutligen utnämnas till tjänsten utan hindrar även under ett års tid tjänstemannen från att delta i ett nytt urvalsförfarande. Till stöd för sin uppfattning har delstaten Berlin anfört skäl kopplade till behovet av en väl fungerande verksamhet. Det rör sig emellertid endast om allmänna påståenden. Det framgår inte av handlingarna i målet att verksamheten skulle ha drabbats av allvarliga störningar om H:s tjänst hade lämnats vakant. H:s arbetsgivare tycks dessutom inte ha kontrollerat huruvida den aktuella tjänsten tillfälligt kunde ha tillsatts med en annan person. Den omständigheten att en provanställning, vid cheftjänster inom offentlig förvaltning, i undantagsfall kan förlängas om tjänstemannen, bland annat på grund av

³⁸ Se sidan 26 i begäran om förhandsavgörande. Delstaten Berlin har bestritt detta konstaterande och överlämnat statistik (se sidan 16 delstaten Berlins inläga). Av den överlämnade tabellen framgår att under det år H:s föräldraledighet började (2012) hade 34,1 % av barnen i delstaten Berlin en far som erhöll ersättning vid föräldraledighet. Tabellen visar emellertid varken hur många kvinnor som tog ut föräldraledighet eller hur lång föräldraledighet modern respektive fadern tog ut.

³⁹ Se, analogt, dom av den 20 juni 2013, Riežniece (C-7/12, EU:C:2013:410, punkt 41).

föräldraledighet, inte har kunnat fullgöra hela den provanställningstid som krävs,⁴⁰ försvagar kraftigt det återopade argumentet om behovet av en väl fungerande verksamhet. Granskningen av den provanställda tjänstemannen, det vill säga det mål som eftersträvas med 97 § LBG, kan lika gärna genomföras när tjänstemannen återgår till sitt arbete efter föräldraledigheten, vilket innebär att den mindre förmånliga behandlingen av provanställda tjänstemän som befinner sig på föräldraledighet – som i huvudsak kan antas vara kvinnor – i slutändan inte är nödvändig för att nå det eftersträfvade målet. Till detta kommer att de negativa konsekvenserna av bortavaro på grund av föräldraledighet går långt utöver vad som är nödvändigt för att nå det eftersträfvade målet.

36. Med förbehåll för den hänskjutande domstolens bekräftelse av att betydligt fler kvinnor än män riskerar att beröras av de omtvistade bestämmelserna i det nationella målet, ska artikel 14.1 a i direktiv 2006/54 jämförd med artikel 2.1 b i samma direktiv mot bakgrund av ovanstående tolkas så, att den utgör hinder för bestämmelser enligt vilka en provanställd tjänsteman, som efter ett urvalsförfarande har befordrats till en tjänst med chefsansvar, är skyldig att före den slutliga utnämningen fullgöra en tvåårig provotid, trots att utgången av den perioden inte under några omständigheter kan avbrytas under tjänstemannens föräldraledighet, och det inte heller går att skjuta upp starten på den perioden till en tidpunkt omedelbart efter en sådan ledighet.

Den fjärde och den femte tolkningsfrågan

37. Genom sin fjärde och sin femte fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i vilka konsekvenser det åsidosättande av unionsrätten som H. har drabbats av bör leda till och vilken gottgörelse hon bör erbjudas. Den hänskjutande domstolen pekar framför allt på att det eventuellt inte går att "återinsätta" H. på den chefstjänst som hon provanställdes till eftersom den tjänsten redan har tillsatts och det inte har anslagits budgetmedel till en likvärdig tjänst, vilket således innebär att ingen likvärdig tjänst är tillgänglig för närvarande. Enligt den nationella lagstiftningen måste dessutom alla som söker en tjänst inom den lokala offentliga förvaltningen delta i ett urvalsförfarande innan de kan utnämnas. Om en likvärdig tjänst som den H. utnämndes till före sin föräldraledighet skulle bli vakant skulle hon därför i princip vara tvungen att delta i ett sådant förfarande, utan någon garanti för att hon i slutändan skulle väljas ut.

38. Av begäran om förhandsavgörande framgår att även om H. ansöker om att få fortsätta sin provanställning på en likvärdig chefstjänst, som den tjänst som hon utnämndes till före föräldraledigheten, anser den hänskjutande domstolen att 97 § LBG inte går att tolka på ett sätt som är förenligt med direktiv 2006/54 eller direktiv 2010/18. Den hänskjutande domstolen är i ett sådant fall skyldig att tillämpa unionsrätten i dess helhet och att skydda de enskildas rättigheter enligt denna, genom att vid behov underlåta att tillämpa den bestämmelse i den nationella lagstiftningen som strider mot unionsrätten.⁴¹ Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin) har emellertid uppgett att H:s tjänst snabbt tillsattes med en annan person⁴² och att det för närvarande inte finns någon vakant tjänst. Att enbart avstå från att tillämpa 97 § LBG förefaller därför inte vara tillräckligt för att på ett tillfredsställande sätt återupprätta H:s rättigheter.

40 Enligt den hänskjutande domstolens inlagor.

41 Se, analogt, dom av den 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 40 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 6 mars 2014, Napoli (C-595/12, EU:C:2014:128, punkt 50). Domstolen har redan slagit fast att artikel 14.1 c i direktiv 2006/54 utgör en ovillkorlig och tillräckligt precis bestämmelse för att enskilda ska ha rätt att återopa den inför nationell domstol gentemot en medlemsstat eftersom den i allmänna och otvetydiga ordalag förbjuder all diskriminering (se dom av den 6 mars 2014, Napoli, C-595/12, EU:C:2014:128, punkterna 46–48). Detsamma måste gälla artikel 14.1 a i det direktivet. På samma sätt fastställs två tydliga skyldigheter i 5 § punkterna 1 och 2 i det ändrade ramavtalet: dels rätten att återvända till samma arbete eller till ett likvärdigt eller liknande arbete, dels bevarandet av de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva.

42 Om det förfarande presumeras vara lagenligt som resulterade i att den chefstjänst som ursprungligen var vikt för H. tillsattes under andra halvåret 2012, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

39. Under dessa omständigheter erinrar jag om att den skyldighet för medlemsstaterna att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv och deras förpliktelse enligt artikel 4.3 FEU att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att denna skyldighet fullgörs, åligger medlemsstaternas samtliga myndigheter, inbegripet i deras egenskap av offentliga arbetsgivare.⁴³ Till denna allmänna skyldighet kommer de särskilda skyldigheter som föreskrivs i direktiven 2010/18 och 2006/54. I skäl 14 och artikel 2 i direktiv 2010/18⁴⁴ åläggs medlemsstaterna således att införa ”effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner” för underlåtenhet att fullgöra någon av de skyldigheter som följer av det direktivet. I direktiv 2006/54 föreskrivs samma skyldighet att införa sådana sanktioner.⁴⁵ Denna skyldighet preciseras i artikel 18, enligt vilken ”[m]edlemsstaterna ... i sina rättsordningar [ska] införa nödvändiga bestämmelser för att säkerställa en faktisk och effektiv kompensation eller gottgörelse, enligt vad medlemsstaterna bestämmer, för den förlust och skada som lidits av den person som drabbats av könsdiskriminering, på ett sätt som är avskräckande och står i proportion till den skada som lidits”.⁴⁶ Medlemsstaterna ska dessutom vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att normativa bestämmelser som strider mot principen om likabehandling mellan män och kvinnor upphävs.⁴⁷ I dessa bestämmelser föreskrivs emellertid inte att medlemsstaterna ska vidta någon bestämd åtgärd, utan medlemsstaterna ges frihet att välja mellan de olika lösningar som är lämpliga för att uppnå direktivens mål beroende på de olika situationer som kan uppstå.⁴⁸ Den åtgärd som väljs ska likväl vara ägnad att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, ha en faktisk avskräckande verkan i förhållande till arbetsgivaren och stå i rimlig proportion till skadan.⁴⁹

40. Eftersom ingen särskild gottgörelse föreskrivs i unionsrätten och inga särskilda sanktionsåtgärder fastställs i unionslagstiftningen, ankommer det på den hänskjutande domstolen att i den nationella rättsordningen lokalisera de bestämmelser som införlivat de skyldigheter beträffande sanktioner och gottgörelser som anges i direktiven 2006/54 och 2010/18. Jag erinrar om att det dessutom måste beaktas att en sanktion enligt dessa direktiv inte bara ska vara effektiv utan även avskräckande. Även om det inte är EU-domstolens uppgift att tala om för den hänskjutande domstolen vilken åtgärd EU-domstolen anser bäst uppfyller de mål beträffande sanktioner och gottgörelse som även eftersträvas av direktiven 2006/54 och 2010/18, måste det ändå konstateras att det inte skulle vara förenligt med de kraven att enbart ge H. möjlighet att delta i ett nytt urvalsförfarande, eftersom detta inte skulle utgöra vare sig en sanktion, en gottgörelse eller vara avskräckande. I det fall Förbundsrepubliken Tyskland inte har vidtagit tillräckliga åtgärder för att återupprätta de rättigheter som H. tillförsäkras genom direktiven 2006/54 och 2010/18, kan hon slutligen väcka skadeståndstalan mot staten vid de nationella domstolarna för underlåtenhet att korrekt tillämpa nämnda direktiv, inklusive den princip om gott samarbete som nämndes i punkt 24 i detta förslag till avgörande.

Förslag till avgörande

41. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin) på följande sätt:

- 1) 5 § punkt 2 i det ändrade ramavtal som fogats som bilaga till rådets direktiv 2010/18/EU av den 8 mars 2010 om genomförandet av det ändrade ramavtalet om föräldraledighet som ingåtts av BUSINESSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS och om upphävande av direktiv 96/34/EG ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka en provanställd tjänsteman, som efter ett urvalsförfarande har befordrats till en tjänst med chefsansvar, före den slutliga

43 Se dom av den 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 39).

44 I direktiv 96/34 föreskrevs inte uttryckligen någon skyldighet att vidta sanktionsåtgärder vid överträdelse av ramavtalet.

45 Se skäl 35 och artikel 25 i direktiv 2006/54.

46 Därför måste gottgörelsen vara fullständig: se dom av den 17 december 2015, Arjona Camacho (C-407/14, EU:C:2015:831, punkt 34).

47 Se artikel 23 a i direktiv 2006/54.

48 Se, vad gäller direktiv 2006/54, dom av den 11 oktober 2007, Paquay (C-460/06, EU:C:2007:601, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

49 Alltjämt vad gäller direktiv 2006/54, se dom av den 11 oktober 2007, Paquay (C-460/06, EU:C:2007:601, punkt 49).

utnämningen till denna tjänst är skyldig att fullgöra en tvåårig provotid, trots att utgången av den perioden inte under några omständigheter kan avbrytas under tjänstemannens föräldraledighet, och det inte heller går att skjuta upp starten på den perioden till en tidpunkt omedelbart efter en sådan ledighet.

- 2) Med förbehåll för att den hänskjutande domstolens bekräftelse av att betydligt fler kvinnor än män riskerar att beröras av de omtvistade bestämmelserna i det nationella målet, ska artikel 14.1 a i rådets och Europaparlamentets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, jämförd med artikel 2.1 b i samma direktiv, tolkas så, att den utgör hinder för bestämmelser enligt vilka en provanställd tjänsteman, som efter ett urvalsförfarande har befordrats till en tjänst med chefsansvar, före den slutliga utnämningen till denna tjänst är skyldig att fullgöra en tvåårig provotid, trots att utgången av den perioden inte under några omständigheter kan avbrytas under tjänstemannens föräldraledighet, och det inte heller går att skjuta upp starten på den perioden till en tidpunkt omedelbart efter en sådan ledighet.
- 3) För att gottgöra den skada som en enskild lidit till följd av åsidosättandet av direktiven 2006/54 och 2010/18 ankommer det på den hänskjutande domstolen att vidta de nationella åtgärder som fastställts av medlemsstaten i enlighet med dess skyldigheter enligt dessa direktiv. När den hänskjutande domstolen vidtar sådana åtgärder ska den säkerställa att åtgärderna är ägnade att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, har en faktisk avskräckande verkan i förhållande till arbetsgivaren och står i rimlig proportion till skadan.