DOMSTOLENS DOM
den 17 oktober 1995 *

I mål C-450/93,

angående en begäran enligt artikel 177 i EEG-fördraget från Bundesarbeitsgericht att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiggjorda målet mellan

Eckhard Kalanke

och

Freie Hansestadt Bremen,

med stöd av

Heike Glißmann,

intervenient,

angående tolkningen av 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

* Rättegångsspråk: tyska.

män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT nr L 39, s. 40),

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av G.C. Rodríguez Iglesias, ordförande, C.N. Kakouris, D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet och G. Hirsch, avdelningsordförande, samt G.F. Mancini, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, P.J.G. Kapteyn (referent), C. Gulmann och J.L. Murray, domare,

generaladvokat: G. Tesauro,
justitiesekreterare: H.A. Rühl, avdelningsdirektör,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Eckhard Kalanke, genom Rüdiger Haubrock, advokat i Bremen,

— Freie Hansestadt Bremen, genom Hartmuth Sager, advokat i Hamburg,

— Heike Glißmann, genom Klaus Richter, advokat i Bremen,

— Förenade konungarikets regering, genom S. Lucinda Hudson, Assistant Treasury Solicitor, i egenskap av ombud, biträdd av Eleanor Sharpston, barrister,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom Marie Wolfcarius och Angela Bardenhewer, medlemmar av rättstjänsten, i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att Eckhard Kalanke, företrädd av Rüdiger Haubrock och Karsten Kuehne, advokater i Berlin, Freie Hansestadt Bremen, företrädd av Gerhard Lohfeld, advokat i Bremen, Heike Glißmann, Förenade konungarikets regering och kommissionen har avgivit muntliga yttranden vid sammanträdet den 13 december 1994,

och efter att den 6 april 1995 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Bundesarbeitsgericht har i beslut av den 22 juni 1993, som inkommit till domstolen den 23 november samma år, med stöd av artikel 177 i EEG-fördraget begärt ett förhandsavgörande beträffande två frågor avseende tolkningen av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT nr L 39, s. 40, nedan kallat "direktivet").

2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Eckhard Kalanke och Freie Hansestadt Bremen (nedan kallad "Bremens stad").

3 I Artikel 4 i Landesgleichstellungsgesetz av den 20 november 1990 (delstaten Bremens lag om jämlikhet mellan kvinnor och män i offentlig tjänst, *Bremisches Gesetzblatt*, s. 433, nedan kallad "LGG") stadgas:

"Anställning, förflyttning och befordran

1. Vid 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.

2. Vid förflyttning till en anställning i ett högre läge på skalan i fråga om löner, ersättningar och arvoden skall kvinnor som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har ges företräde då de är underrepresenterade. Det gäller också vid förflyttning till en annan tjänst och vid befordran.

3. ...

4. Meriterna skall värderas uteslutande med avseende på de yrkesmässiga krav som ställs för den tjänst eller karriärväg som skall tillträdas. Erfarenhet och särskild skicklighet, som har uppnåtts exempelvis vid hemarbete, genom föreningsarbete eller oavlönad tjänst, betraktas som meriter i den mening som anges i punkterna 1 och 2 ovan om de är av nytta för utövandet av den ifrågavarande verksamheten.

5. Underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet på skalan i fråga om löner, ersättning och arvoden. Detsamma gäller för de tjänstenivåer som anges i organisationsplanen."

4 I beslutet om hänskjutande anges att två sökande fanns kvar — båda graderade i lönenivå III BAT — i det sista ledet av anställningsförfarandet för att tillsätta tjänsten som avdelningschef för parkförvaltningen i Bremens stad.

— Eckhard Kalanke, kärande vid den nationella domstolen, utbildad trädgårds- och landskapsarkitekt, arbetar sedan år 1973 som trädgårdskulturtekniker inom parkförvaltningen och är biträdande chef för avdelningen,

— Heike Glißmann, utbildad landskapsarkitekt sedan år 1983, anställd på samma avdelning sedan år 1975, även hon som trädgårdskulturtekniker.

5 Ledningen för parkförvaltningen hade föreslagit att Eckhard Kalanke skulle befordras, vilket personalkommittén dock vägrade att godkänna. Ett försök till förlikningsförhandlingar utmynnade i en rekommendation till förmån för Eckhard Kalanke. Personalkommittén förklarade därpå förlikningsförhandlingarna för strandade och förde saken vidare till medlingskommittén. Denna ansåg i sitt beslut — som är bindande för arbetsgivaren — att båda sökandena hade likvärdiga meriter och att företräde i enlighet med LGG följaktligen skulle ges till den kvinnliga sökanden.

6 Inför Arbeitsgericht gjorde Eckhard Kalanke gällande att han hade bättre meriter än Heike Glißmann, vilket medlingskommittén hade förbisett. Enligt honom stred

LGG med dess kvoteringssystem mot delstaten Bremens författning, mot Grundgesetz (den tyska grundlagen) och artikel 611 a i BGB (den tyska civillagstiftningen). Både hans talan inför Arbeitsgericht och hans överklagande till Landesarbeitsgericht ogillades emellertid.

7 Bundesarbeitsgerichts första avdelning — där ansökan om "revision" är anhängig — anser att tvistens lösning i huvudsak beror på om LGG skall tillämpas. Den understryker att om medlingskommittén med orätt har tillämpat denna lag, skulle dess beslut att uteslutande på grund av kön ge fördel till en sökande med likvärdiga meriter vara olagligt. Den hänskjutande domstolen utgår från Landesarbeitsgerichts bedömning att de två sökandena var likvärdigt meriterade till tjänsten. Den anser sig bunden av appellationsdomstolens bedömning att det föreligger en underrepresentation av kvinnor inom parkförvaltningen och förklarar att medlingskommittén enligt artikel 4.2 i LGG hade att vägra att godkänna utnämningen av sökanden till den lediga tjänsten.

8 Bundesarbeitsgericht påpekar att det i förevarande fall inte är fråga om ett strikt kvoteringssystem som oberoende av deras meriter reserverar en viss procentsats av de lediga tjänsterna för kvinnor. Det är i stället fråga om ett kvoteringssystem som är beroende av sökandenas skicklighet, och kvinnor prioriteras bara när manliga och kvinnliga sökande har likvärdiga meriter.

9 Den hänskjutande domstolen anser att kvoteringssystemet är förenligt med de tyska författnings-och lagbestämmelser som har angetts ovan i punkt 6. Den påpekar i synnerhet att artikel 4 i LGG i enlighet med den tyska författningen skall tolkas på ett sådant sätt att företräde i princip skall ges till kvinnan vid anställning men att billighetsskäl i vissa fall måste leda till undantag från detta privilegium.

10 Den hänskjutande domstolen har angett ett flertal omständigheter till stöd för att denna reglering inte strider mot direktivet.

11 Den har dock ansett att visst tvivel kvarstod i detta avseende och vilandeförklarade därför målet och ställde följande frågor till domstolen inom ramen för en begäran om förhandsavgörande:

"1) Skall artikel 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 tolkas på så sätt att den även avser lagbestämmelser enligt vilka kvinnor som förflyttas till en anställning i ett högre löneläge och som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har skall ges företräde, om kvinnorna är underrepresenterade, varvid underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet och detsamma gäller för de tjänstenivåer som anges i organisationsplanen?

2) För det fall att den första frågan besvaras nekande:

skall artikel 2.1 i rådets direktiv 76/207/EEG, med beaktande av proportionalitetsprincipen, tolkas på så sätt att sådana lagbestämmelser — enligt vilka kvinnor som förflyttas till en anställning i ett högre löneläge och som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har skall ges företräde, om kvinnorna är underrepresenterade, varvid underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet och detsamma gäller för de tjänstenivåer som anges i organisationsplanen — inte skall tillämpas?"

12 Eftersom båda de frågor som har hänskjutits till domstolen avser tolkning av undantaget i artikel 2.4 i direktiv 76/207 till principen om likabehandling, kan frågorna behandlas i ett sammanhang.

13 Med dessa frågor vill den hänskjutande domstolen i sak ha klarhet i om artikel 2.1 och 2.4 i direktivet hindrar en nationell reglering som i likhet med den i förevarande fall, när kandidater till en befordran har lika meriter och är av olika kön, automatiskt ger kvinnliga sökande företräde inom de områden där kvinnor är underrepresenterade, varvid underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet och detsamma gäller för de tjänstenivåer som anges i organisationsplanen.

14 Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande förklarat att ett sådant kvoteringssystem som föreligger i förevarande fall kan bidra till att man i framtiden övervinner de nackdelar som kvinnor för närvarande utsätts för och som bevarar ojämlikheter från förr i tiden, genom att det leder till att det blir naturligt att se kvinnor även på vissa ledande befattningar. Att viss verksamhet traditionellt överlämnas åt kvinnor och att kvinnlig arbetskraft hamnar på lägre poster i hierarkin strider mot de lika rättigheter som idag skall tillämpas. Den nationella domstolen har i detta sammanhang redovisat siffror som visar på en låg andel kvinnor på de högre posterna i Bremens stads verksamheter, i synnerhet om man bortser ifrån de arbetssektorer, som till exempel utbildning, där närvaron av kvinnor på högre tjänstenivåer numera har fått genomslag.

15 Det finns inledningsvis anledning att konstatera att det framgår av artikel 1.1 i direktivet att medlemsstaterna skall förverkliga principen om likabehandling av kvinnor och män bland annat i fråga om anställning, inbegripet befordran. Principen om likabehandling innebär enligt artikel 2.1 i direktivet "att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt".

16 En nationell föreskrift vari föreskrivs att kvinnor som har meriter som är likvärdiga med dem som deras manliga konkurrenter har vid befordran automatiskt skall ha företräde inom de områden där de är underrepresenterade medför emellertid en diskriminering på grund av kön.

17 Man bör dock undersöka om en sådan nationell föreskrift är tillåten enligt artikel 2.4, eftersom direktivet inte skall "hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter".

18 Denna bestämmelse har till precist och avgränsat syfte att tillåta de åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande men som syftar till att avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället (se dom av den 25 oktober 1988, kommissionen mot Frankrike, 312/86, Rec. s. 6315, punkt 15).

19 Sålunda tillåts i denna bestämmelse nationella åtgärder inom området för tillgång till anställning, inbegripet befordran, som speciellt gynnar kvinnor och har till syfte att förbättra deras möjligheter att konkurrera på arbetsmarknaden och göra karriär på samma villkor som män.

20 Rådet har i det tredje övervägandet till sin rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling för kvinnor (EGT nr L 331, s. 34) ansett att "de gällande regler om likabehandling, som har till syfte att säkra den enskildes rättigheter, inte är tillräckliga för att avskaffa alla former av faktiska ojämlikheter om inte regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ dessutom vidtar åtgärder i syfte att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för som följd av attityder, beteenden och strukturer i samhället".

21 Det bör icke desto mindre klargöras att artikel 2.4, såsom undantag till en i direktivet fastställd rättighet för enskilda, skall tolkas restriktivt (se dom av den 15 maj 1986, Johnston, 222/84, Rec. s. 1651, punkt 36).

22 En nationell reglering som undantagslöst och ovillkorligt garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran går längre än att bara främja lika möjligheter till en befordran och överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4 i direktivet.

23 Det bör tilläggas 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.

24 Svaret till den nationella domstolen blir således att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet hindrar en nationell reglering som i likhet med den i förevarande fall, när kandidater till en befordran har lika meriter och är av olika kön, automatiskt ger kvinnliga sökande företräde inom de områden där kvinnor är underrepresenterade, varvid underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet och detsamma gäller för de tjänstenivåer som anges i organisationsplanen.

Rättegångskostnader

25 De kostnader som har förorsakats Förenade konungarikets regering och Europeiska gemenskapernas kommission, som har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet

vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

— angående de frågor som genom beslut av den 22 juni 1993 förts vidare av Bundesarbeitsgericht — följande dom:

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 hindrar en nationell reglering som, i likhet med den i förevarande fall, när kandidater till en befordran har lika meriter och är av olika kön, automatiskt ger kvinnliga sökande företräde inom de områden där kvinnor är underrepresenterade, varvid underrepresentation anses föreligga då kvinnorna inte utgör minst hälften av de anställda av olika rang i den berörda personalkategorin inom en verksamhet och detsamma gäller för de tjänstenivåer som anges i organisationsplanen.

Rodríguez Iglesias Kakouris Edward

Puissochet Hirsch Mancini

Schockweiler Moitinho de Almeida Kapteyn

Gulmann Murray

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 17 oktober 1995.

R. Grass

Justitiesekreterare

G.C. Rodríguez Iglesias

Ordförande