under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.

	Mertens de Wilmars	Koopmans	Bahlmann
Galmot	Pescatore	Mackenzie Stuart	O'Keeffe
Bosco	Due	Everling	Kakouris

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. april 1984.

P. Heim
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS FREMSAT DEN 31. JANUAR 1984 [1]

Høje Domstol.

De spørgsmål, som er blevet forelagt Domstolen af Arbeitsgericht Hamm (sag 14/83) og af Arbeitsgericht Hamburg (sag 79/83), rejser spørgsmålet om de retsvirkninger, der i intern ret skal knyttes til overtrædelser af det princip om ligebehandling af mænd og kvinder, særlig ved adgang til beskæftigelse, som ifølge Rådets direktiv 76/207 af 9. februar 1976 [2] konkret skal efterleves. Da de to retsinstanser ikke nærer nogen tvivl om, at de to sagsøgere virkelig har været udsat for forskelsbehandling på grund af deres køn, kan de faktiske omstændigheder i de to sager fremstilles kort:

— i sag 14/83 var Sabine von Colson og Elisabeth Kamann ansøgere til to stillinger som socialrådgiver, der skulle besættes ved en kriminalforsorgsanstalt i Nordrhein-Westfalen. Selv om de af socialrådgiverudvalget var sat øverst på listen, fik de af anstaltsadministrationen en ringere placering, idet den til sidst foretrak to ansøgere, der begge var mænd. Ifølge Arbeitsgericht Hamm viser administrationens indstilling entydigt, at de to ansøgere er blevet forskelsbehandlet på grund af deres køn;

1 — Oversat fra fransk.

2 — EFT L 39 af 14. 2. 1976, s. 40.

— Arbeitsgericht Hamburg nåede til samme resultat under en sag anlagt af Dorit Harz: det var netop det forhold, at sagsøgeren er kvinde, der fik Deutsche Tradax GmbH til at udelukke hende fra den stilling, som hun ansøgte om på grund af en række særlige forhold ved stillingen.

At princippet om ligebehandling af kvindelige og mandlige arbejdstagere ved adgang til beskæftigelse er tilsidesat, synes således at være fastslået: de tyske retters tvivl skyldes *beskaffenheden af den erstatning, der tilkommer ofrene i medfør af artikel 611a, stk. 2,* i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Denne artikel blev optaget i BGB ved lov af 13. august 1980 om gennemførelse af Fællesskabets arbejdsretlige bestemmelser (BGBl. 1980 I, s. 1308); først fastslås princippet om forbud mod enhver forskelsbehandling på grundlag af køn i bestemmelsens stk. 1, især ved indgåelsen af et arbejdsforhold, hvorefter det i stk. 2 udtales:

»Er en ansættelsesaftale ikke afsluttet, og har arbejdsgiveren herved gjort sig skyldig i en overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling, jfr. stk. 1, er arbejdsgiveren pligtig at erstatte de udgifter, som arbejdstageren har afholdt i tillid til, at en sådan retsstridig forskelsbehandling ikke hindrer indgåelsen af en ansættelsesaftale«.

Den tyske lovgiver påbyder således, at der ydes erstatning til den ansøger, der er blevet forbigået på grund af sit køn, for det tab, som han har lidt ved at blive skuffet i sin forventning om, at arbejdsgiveren overholder forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Der tilkendes ikke udtrykkeligt nogen ret til ansættelse: alene den »negative kontraktsinteresse« (»Vertrauensschaden«) erstattes. Følgelig består den erstatning, der kan tillægges arbejdstageren på dette grundlag, kun i udgifterne i forbindelse med ansøgningen (frimærke — kuvert — rejseudgifter og udgifter til dokumentation), der i reglen kun beløber sig til nogle få DM. De forelæggende retter rejser det spørgsmål, om en så beskeden erstatning er i overensstemmelse med fællesskabsdirektiv 76/207. Deres præjudicielle spørgsmål, der i formuleringen ligger tæt op ad hinanden, kan sammenfattes således:

1. Følger der af tilsidesættelsen af det princip om ligebehandling af kvindelige og mandlige arbejdstagere ved adgang til beskæftigelse, som er fastslået i direktiv 76/207,

   a) et retskrav for den krænkede ansøger på at kunne indgå en arbejdsaftale, hvilket skal virke som sanktion over for den modvillige arbejdsgiver (sagerne 14 og 79/83, spørgsmål 1)?

   b) skal denne tilsidesættelse — dersom det foregående spørgsmål må besvares benægtende — afføde en mærkbar økonomisk sanktion, såsom en erstatning med f.eks. et beløb på op til seks måneders løn og/eller, efter omstændighederne, strafferetlige eller andre sanktioner (sag 79/83, spørgsmål 3, og sag 14/83, spørgsmål 5)?

   c) Der spørges endvidere — med henblik på begge opfattelser — i hvilket omfang og under hvilke betingelser den nationale ret skal tage hensyn til den forskelsbehandlede ansøgers kvalifikationer i forhold til såvel den ansatte ansøger som efter omstændighederne de øvrige ansøgere, der ligeledes har fået afslag (sag 14/83, spørgsmålene 2-4, og sag 79/83, spørgsmålene 2 og 4).

2. Har direktiv 76/207, særlig artiklerne 1-3, direkte virkning (sag 14/83, spørgsmål 6, og sag 70/83, spørgsmål 5)?

Det fremgår af spørgsmålene, at det væsentlige problem i første række er at få fastslået, om direktiv 76/207 pålægger medlemsstaterne at fastsætte bestemte sanktioner. Dersom denne undersøgelse ikke giver noget resultat, skal det derefter undersøges, om fællesskabsretten pålægger medlemsstaterne bestemte pligter, der skal sikre overholdelsen af direktiverne.

I — Pålægger direktiv 76/207 medlemsstaterne at indføre sanktioner af nærmere bestemt art?

Ved besvarelsen af dette spørgsmål, der er det væsentlige indhold af de præjudicielle forelæggelser for Domstolen, skal der først mindes om, at et direktiv ifølge traktatens artikel 189 er

»bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen«.

1. Det præcise omfang af EF-staternes kompetence til at gennemføre direktiver skal altså vurderes i forhold til det tilsigtede resultat: det er den løsning, som Domstolen valgte i *Lee*-dommen, som drejede sig om, hvorvidt direktiv 72/159 om modernisering af landbrugsbedrifter [1] forpligtede medlemsstaterne til at stille retsmidler til rådighed over for administrative afgørelser vedrørende de fordele, der følger af direktivet [2]. Generelt skal man undersøge direktivets rammer for at fastslå den præcise beskaffenhed af den pligt til at virkeliggøre formålet, der påhviler medlemsstaten, og følgelig omfanget af den skønsmæssige beføjelse, som medlemsstaten råder over ved dets gennemførelse.

2. Jeg overfører nu denne overvejelse på direktiv 76/207: direktivet har »gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår« som sit formål. Formålet er gentaget i artikel 1, medens artikel 2 fastlægger princippet om ligebehandling og dets grænser. Artiklerne 3-8 afgiver grundlag for at bestemme den således fastsatte grundsætnings rækkevidde, der har en dobbelt betydning:

a) Princippet indebærer for det første, at der ikke må udføres nogen form for forskelsbehandling på grundlag af køn inden for de områder, som direktivet gælder for [3], især »for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet« [4];

1 — EFT 1972 II, s. 212.

2 — Dom af 6. 5. 1980, sag 152/79, Sml. 1980, s. 1495, præmis 12; jfr. ligeledes dom af 23. 11. 1977, ENKA-BW, sag 38/77, Sml., s. 2203, præmis 11.

3 — Artikel 3, stk. 1; artikel 4, 1. afsnit; artikel 5, stk. 1.

4 — Direktiv 76/207, artikel 3, stk. 1.

b) Princippet indebærer for det andet en pligt for medlemsstaterne til at træffe »de nødvendige foranstaltninger« særlig for:

— at ophæve administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser eller sådanne, der fremgår af overenskomster eller virksomhedsvedtægter, der strider mod princippet [1], og

— at gøre det muligt »for ... enhver person, der mener sig krænket ved, at princippet om ligebehandling som anført i artikel 3, 4 og 5 tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser efter eventuelt at have indbragt sagen for andre kompetente instanser« [2]; artikel 7 gør denne bestemmelse fuldstændig: den forpligter således medlemsstaterne til at yde beskyttelse mod enhver gengældelse i form af afskedigelse af arbejdstagere, der har gjort brug af disse retsmidler; artikel 8 hjemler pligt for medlemsstaterne til at sikre oplysning af arbejdstagerne. Endelig fastsætter artikel 9 en frist for direktivets gennemførelse, ligesom artikel 10 indfører en pligt for medlemsstaterne til at meddele Kommissionen alle nødvendige oplysninger, for at denne kan udarbejde en beretning, som den forelægger Ministerrådet, om gennemførelsen af direktivet.

Ingen af disse bestemmelser i direktivet fastsætter således udtrykkeligt en pligt for medlemsstaterne til at belægge den manglende overholdelse af ligebehandlingsprincippet med nogen som helst sanktion eller — hvilket derfor så meget mere må gælde — med nogen bestemt sanktion. Alene artiklerne 6 og 7 lader formode, at denne overtrædelse ikke må gå upåtalt hen i en medlemsstat: imidlertid præjudicerer det forhold, at der gives søgsmålskompetence og kravet om beskyttelse af sagsøgeren ikke det endelige valg af, hvilken type sanktioner, der skal gennemføres.

3. Jeg uddrager to konklusioner af min analyse.

A — Medlemsstaterne råder over en skønsbeføjelse med hensyn til valget af sanktionstype, der skal finde anvendelse ved tilsidesættelse af det princip, der er udformet i direktivet: dette synspunkt er ikke blevet drøftet i indlæggene i de to sager. Den retssammenligning, som Kommissionen har foretaget, viser i øvrigt, hvor forskellige de valgte løsninger er. Alene i Italien hjemles der et krav på ansættelsesret, medens alle andre medlemsstater med undtagelse af Forbundsrepublikken Tyskland og Nederlandene har indført mindst to typer af sanktioner, hvad enten de nu er civilretlige, strafferetlige eller forvaltningsretlige [3]. Direktiv 76/207 forpligter således ikke medlemsstaterne til at hjemle sanktioner, såsom en ret til at indgå en aftale eller en erstatning svarende til løn i seks måneder, i et eller i to år, eller nogen anden type af sanktioner.

Følgelig gælder det, at spørgsmålene 2-4 (sag 14/83) og spørgsmålene 2-4 (sag 79/83), der alene er stillet for det tilfælde, at der gives et bekræftende svar, er blevet uden genstand; det skal blot fremhæves, at Domstolen ifølge fast praksis er af den opfattelse, at det alene tilkommer den nationale ret at tage

1 — Artikel 3, stk. 2; artikel 4, pkt. a, b, c; artikel 5, stk. 2.

2 — Artikel 6 (jfr. herved Domstolens dom af 26. 10. 1983, Kommissionen mod Italien, sag 163/82, endnu utrykt, præmisserne 18-21, og mit forslag til afgørelse II., 2°).

3 — Kommissionens rapport af 9. 2. 1981, s. 201, KOM(80) 832 endelig udg.

stilling til, hvilke faktiske forhold og procesregler der skal lægges til grund, under den verserende sag [1].

B — Spørgsmålet om den direkte virkning af direktivet eller af en række bestemmelser heri er ikke længere relevant: som allerede fremhævet, indebærer direktivet ingen ubetinget og tilstrækkelig præcis forpligtelse, hvorefter medlemsstaterne skal foretage sig noget bestemt, her vælge sanktioner af den ene eller den anden art [2]; dette punkt er ikke blevet drøftet af sagens parter.

Jeg foreslår derfor, at der gives det svar, at direktiv 76/207 ikke pålægger medlemsstaterne at indføre sanktioner af en bestemt type i tilfælde af, at princippet om ligebehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere er tilsidesat. Det indebærer imidlertid ikke, at medlemsstaterne ganske frit kan foretage deres valg af sanktion; heri er der ingen modsigelse: for så vidt virker på ny de krav, som alle medlemsstater skal iagttage, når de gennemfører fællesskabsregler.

II — Pålægger fællesskabsretten medlemsstaterne særlige forpligtelser ved gennemførelsen af direktiver?

Vi har set, at medlemsstaterne er forpligtet til som deres mål at gennemføre ligebehandlingsprincippet på de områder, der er omfattet af direktiv 76/207. Denne forpligtelse skal konkret opfyldes ved, at eksisterende former for forskelsbehandling fjernes; den suppleres ved, at der åbnes en søgsmålsadgang, der beskyttes af national lovgivning.

Garantien for overholdelsen af den således indførte forpligtelse begrænses ikke til disse processuelle bestemmelser: det praktiske indhold af det af medlemsstaterne således gennemførte princip påvirkes således også af sanktionen ved en mulig overtrædelse. Selv om direktivet tier om dette problem og således overlader det til de nationale myndigheder at drage omsorg for de nødvendige foranstaltninger [3], kan man imidlertid ikke her se bort fra beskaffenheden af de generelle forpligtelser, der påhviler dem ved gennemførelsen af alle fællesskabsregler. Traktatens artikel 5 udtaler herved, at

»Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner«.

Rækkevidden af dette generelle påbud lader sig nærmere fastslå gennem Domstolens praksis.

1. Hvad angår ligebehandlingen mellem mænd og kvinder, har Domstolen i dommen i sag 61/81 udtalt, at direktiv 75/117 af 10. 2. 1975 har til formål at gennemføre det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd

1 — Jfr. eksempelvis dom af 28. 3. 1979, ICAP, sag 222/78, Sml. 1979, s. 1163, præmisserne 10 og 11.

2 — Dom af 19. 1. 1982, Becker, sag 8/81, Sml. 1982, s. 53, præmisserne 25 og 52.

3 — Se om nationale sanktioner for overtrædelsen af en forordning dommen i sag 50/76, Amsterdam Bulb, Sml. 1977, s. 137, præmisserne 32 og 33.

og kvinder [1], og Domstolen udleder heraf,

»at medlemsstaterne i første række må sikre gennemførelse af dette princip ved hjælp af egnede administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, således at alle arbejdstagere i Fællesskabet nyder beskyttelse på dette område« [2]

Domstolen har i samme sag [3] henvist til artikel 6 i det pågældende direktiv, der bestemmer, at medlemsstaterne

»i overensstemmelse med nationale forhold og retssystemer træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre gennemførelsen af ligelønsprincippet og drager omsorg for, at der findes effektive midler, der gør det muligt at påse, at dette princip overholdes«.

På det grundlag nåede Domstolen til det resultat, at lovgivningen i Det forenede Kongerige, der giver arbejdsgiveren adgang til at modsætte sig et hvilket som helst fagligt klassifikationssystem og således hindrer arbejdstageren i at påvise, at der foreligger arbejde af samme værdi i forbindelse med anvendelsen af ligelønsprincippet, ikke er i overensstemmelse med direktivets formål. I dette tilfælde medførte Det forenede Kongeriges undladelse endog, at effektiviteten af princippet om ligeløn til mænd og kvinder blev bragt i fare.

Ganske vist indeholder direktiv 76/207 ikke en bestemmelse svarende til artikel 6 i direktiv 75/117, men direktivet kræver ikke desto mindre, at medlemsstaterne træffer de »nødvendige foranstaltninger« for at gennemføre direktivet: de nationale foranstaltninger, der skal gennemføre et direktiv, skal effektivt virkeliggøre det mål, der som en pligt påhviler medlemsstaten [4]. Det er herved klart, at den tilsigtede virkning af princippet om ligebehandling, som det fremgår af EØF-traktatens artikel 119, afhænger heraf. Det er efter min opfattelse muligt at give en endnu præcisere afgrænsning af den forpligtelse, der således påhviler medlemsstaterne.

2. Dersom man et øjeblik ser bort fra gennemførelsen af EØF-traktatens artikel 119, må det som en almindelig betragtning anføres, at henvisningen til intern ret må undergives visse begrænsninger.

I spørgsmålet om tilbagebetaling af ikkeskyldige beløb, har Domstolen i Fromme-sager antaget, at

»anvendelsen af national ret må... hverken påvirke rækkevidden eller effektiviteten af fællesskabsretten og herved gøre tilbagesøgning af et beløb, der retsstridigt er blevet tillagt, praktisk umulig«

og heller ikke medføre, at

»tilbagesøgningen undergives betingelser eller vilkår, der er mindre gunstige end dem, der gælder lignende rent internretlige foranstaltninger, ligesom de nationale myndigheder i deres forvaltning på dette område skal udvise den samme omhu, som de udviser ved gennemførelsen af tilsvarende nationale lovbestemmelser, således at effektiviteten af fællesskabsretten ikke forringes«.

1 — EFT L 45 af 10. 2. 1975, s. 19, direktiv »om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder«.

2 — Dom af 6. 7. 1982, sag 61/81, Kommissionen mod Det forenede Kongerige, Sml. 1982, s. 2601, præmis 7, forslag til afgørelse fra generaladvokat VerLoren van Themaat, især s. 2624.

3 — Førnævnte sag 61/81, præmis 10.

4 — Jfr. om rækkevidden af de sanktioner, som tilsidesættelse af formålene bag en EKSF-henstilling er belagt med, dommen i sag 9/61, Nederlandene, Sml. 1954-1964, s. 325, orig. ref. Rec. 1962, s. 413 — forslag til afgørelse fra generaladvokat Roemer, særligt s. 455.

Endelig har Domstolen ved fastlæggelsen af sådanne grænser for henvisningen til national ret fastslået, at der gælder den regel

»i forbindelse med forholdet til de fremgangsmåder, der anvendes ved afgørelse af lignende, rent nationale sager, ... at anvendelsen af national ret ifølge henvisningen skal ske på en måde, der ikke indebærer en forskelsbehandling i sammenligning med de nationale fremgangsmåder« [1].

Der fremstår af denne afgørelse, der sammenfatter Domstolens praksis, et tredobbelt krav, således som generaladvokat VerLoren van Themaat har fremhævet det[2]:

a) de nationale foranstaltninger, som der henvises til, må under ingen omstændigheder bringe effektiviteten af fællesskabsreglerne i fare;

b) de kan derfor ikke være mindre effektive end — med generaladvokatens ord — »praksis med hensyn til gennemførelsen« af tilsvarende nationale bestemmelser [3];

c) de kan derfor ikke uden at være diskriminerende behandle de retsundergivne mindre gunstigt, end tilfældet er det ved anvendelse af de nationale regler.

Sammenfattende gælder det, at de skal være neutrale i forhold til fællesskabsretten, og lige så effektive som nationale gennemførelsesregler, ligesom de ikke må indebære en forskelsbehandling af Fællesskabets borgere. Disse betingelser, der alle skal være opfyldt, afgrænser omfanget af de forpligtelser, som fællesskabsretten pålægger medlemsstaten over alt, hvor den overlader den et vist skøn i forbindelse med gennemførelsen af fællesskabsregler. Det er derfor ikke overraskende, at Domstolen har anvendt principperne særlig markant i spørgsmålet om sanktioner, som en medlemsstat kan pålægge for overtrædelsen af forvaltningsforskrifter i forbindelse med tilsyn med udlændinge.

3. Medlemsstaterne har således i spørgsmålet om den frie bevægelighed for personer bevaret deres beføjelse til at føre tilsyn med fremmede statsborgeres ophold på deres territorium [4]. De kan herved bl.a. pålægge dem at overholde de forvaltningsforskrifter, der er påbudt ved Rådets direktiv 68/360 »om afskaffelse af restriktioner om rejse og ophold inden for Fællesskabet for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer« [5], f.eks. om besiddelsen af visse identitets- eller opholdsdokumenter [6] eller om den oplysningspligt, der er foreskrevet ved artikel 8, stk. 2 [7]. Imidlertid gælder det, at selv om der heraf følger en adgang for medlemsstaterne til at fastsætte sanktioner for overtrædelsen af nationale forskrifter gennemført i overensstemmelse med direktivet, kan de ikke indføre en hvilken som helst sanktion: sanktionerne skal således være »svarende til dem, der finder anvendelse ved nationale lovovertrædelser af samme omfang«

1 — Dom af 6. 5. 1982, sag 54/81, Fromme, Sml. 1982, s. 1449, præmis 6; se ligeledes den af generaladvokat VerLoren van Themaat fremhævede retspraksis i samme sag, s. 1469.

2 — Samme dom, s. 1470.

3 — Samme dom, s. 1471.

4 — Dom af 8. 4. 1976, sag 48/75, Royer, Sml. 1976 s. 497, præmis 42; dom af 7. 7. 1976, sag 118/75, Watson, Sml. 1976, s. 1185, præmis 17.

5 — EFT 1968 II, s. 477.

6 — Artiklerne 3, 4 og 7.

7 — Dom i førnævnte sag 118/75, præmisserne 18 ff; dom af 14. 7. 1977, sag 8/77, Sagulo, Sml. 1977, s. 1495, præmisserne 4 og 5; dom af 3. 7. 1980, sag 157/79, Pieck, Sml. 1980, s. 2171, præmis 17.

og stå i et rimeligt forhold til arten af den begåede overtrædelse, således at der ikke lægges hindringer i vejen for princippet om fri bevægelighed for personer [1].

De nationale sanktioner, der således er indført af medlemsstaterne, skal sikre overholdelsen af forvaltningsregler, som muliggør en kontrol med, at udenlandske fællesskabsborgeres ophold, rejse og etablering på territoriet forløber forskriftsmæssigt. Dersom man overfører det tidligere fremstillede tredobbelte krav til dette område, kan man sige, at effektiviteten af disse sanktioner er begrænset i to henseender:

— kravet forudsætter for det første, at sanktionerne svarer til dem, der finder anvendelse på lignende overtrædelser efter intern ret;

— kravet indebærer for det andet, at sanktionerne ikke må være af en sådan art, at de begrænser rækkevidden af principperne om fri bevægelighed og ligebehandling derved, at de ikke står i noget rimeligt forhold til overtrædelsens alvor.

Denne fortolkning — som kræver en sanktion, der er effektiv, men samtidig forholdsmæssig og svarende til en national sanktion — hviler på følgende betragtning: de formaliteter, som vandrende arbejdstagere blev undergivet ifølge direktiv 68/360, udgør et nødvendigt modstykke til grundprincippet om disses frie bevægelighed; den tilsynsbeføjelse, der således anerkendes for medlemsstaterne, skal følgelig fortolkes på en særlig snæver måde for at hindre, at disse forskrifter ikke medfører, at de rettigheder, der tillægges fællesskabsborgerne ved selve traktaten (artiklerne 7 og 48), gøres uvirksomme [2].

4. Derimod medfører den samme fortolkning, at jeg stiller kravet om effektivitet i forgrunden, når de nationale sanktioner tager sigte på at *sikre overholdelsen af et grundprincip, der er fastlagt ved traktaten,* såsom princippet om ligebehandling af mænd og kvinder [3]. For at sanktionerne skal være egnede til at sikre gennemførelsen af den forpligtelse, der er pålagt ved traktaten og gentaget ved artikel 2 i direktiv 76/207 i overensstemmelse med det almindelige krav i henhold til traktatens artikel 5, stk. 1, skal de være *effektive, dvs. afskrækkende:* i modsat fald bringes den dobbelte målsætning, nemlig den økonomiske og sociale [4], bag artikel 119 i fare, idet virksomhederne i så fald uden risiko kan overtræde Fællesskabets påbud og berøve kvindelige arbejdstagere den beskyttelse, som de med rette kan forvente i medfør af selve traktaten. Hvad angår sanktionernes beskaffenhed, skal de efter min opfattelse opfylde to betingelser, som Domstolen har fastsat vedrørende den tvingende virkning af sanktioner, der knyttes til overtrædelsen af forvaltningsforskrifter på området for den frie bevægelighed. Kravet om ensartede og forholdsmæssige sanktioner består således fortsat, idet der er tale om

1 — Førnævnte dom 118/75, præmis 21; førnævnte dom i sag 8/77, præmis 13; førnævnte dom i sag 157/79, præmis 19.

2 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Mayras, sag 48/75, Royer, Sml. 1976, s. 526; førnævnte dom i sag 118/75, præmis 18.

3 — Jfr. 3. betragtning til førnævnte direktiv 68/360 og dommen af 8. 4. 1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. 1976, s. 473, præmis 12.

4 — Førnævnte dom i sag 43/75, Sml. 455, præmisserne 8-12.

sanktioner, men kravet skal her *tjene* deres effektivitet, eftersom der er tale om sanktioner, der skal sikre overholdelsen af et af Fællesskabets grundprincipper. Følgelig gælder det, at for at de nationale sanktioner, som en medlemsstat knytter til tilsidesættelsen af princippet om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstager, kan anses for passende, skal de

— kunne sammenlignes med de sanktioner, der finder anvendelse på overtrædelser af samme alvor, og

— stå i et rimeligt forhold til alvoren af den begåede overtrædelse, der består i tilsidesættelse af et af Fællesskabets grundprincipper.

Den afskrækkende karakter af sanktioner, der er hjemlet ved en bestemt national lovgivning eller forvaltningsordning, skal vurderes i forhold til disse krav.

5. Herefter skal jeg undersøge artikel 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch, der er genstand for nærværende søgsmål. Sagsøgeren og den tyske regering har for Domstolen i denne sammenhæng indtaget forskellige standpunkter vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der med hensyn til den nævnte bestemmelse tilkommer de nationale retter en skønsbeføjelse, særlig en adgang til at gøre undtagelse fra bestemmelsen, således at privatrettens almindelige erstatningsregler kan finde anvendelse; Kommissionen har udtrykt tvivl om effektiviteten af en sådan udvikling af retspraksis. Parterne har endvidere vidtløftigt drøftet arten af de alternative sanktioner, der kan træde i stedet for den erstatning, der er hjemlet ved artikel 611a, stk. 2, idet de har påberåbt sig dels retten til at kunne indgå en arbejdskontrakt, dels — i mangel heraf — en økonomisk mærkbar erstatning, hvilket er sket på grundlag af forskellige nationale bestemmelser på området.

Det er ikke min opgave inden for rammerne af artikel 177 at tage stilling til de spørgsmål, som det alene tilkommer de nationale retter at bedømme ved anvendelsen af intern ret. Imidlertid har Domstolen vedrørende de sanktioner, der skal anvendes ved tilsidesættelsen af tilsynsforanstaltninger over for udlændige udtalt, at når den nationale ret står over for national lovgivning, der ikke er tilpasset, »påhviler det den ... at gøre brug af det den tilkommende frie skøn til at fastsætte en straf, der står i et forhold til arten af og formålet med de fællesskabsretlige bestemmelser, hvis tilsidesættelse skal sanktioneres« [1]. Efter min opfattelse påhviler der den nationale ret den samme forpligtelse, når retten i lyset af de af Domstolen udviklede kriterier fastslår, at der ikke er sket en tilpasning af de sanktioner, der skal anvendes ved tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i henhold til traktatens artikel 119, således som det nærmere er fastslået ved direktiv 76/207.

Hvilket svar kan der nu gives de nationale retter i lyset af disse bemærkninger og hele den retspraksis, der ovenfor er anført?

Man kan for det første fastslå, at parterne i hovedsagen i deres indlæg har anerkendt, at kravet på erstatning efter artikel 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch *ikke er afskrækkende*, idet der foreligger sanktionsmuligheder, der er mere indgribende, i form af enten naturalopfyldelse eller økonomisk erstatning.

1 — Dom i førnævnte sag 8/77, Sagulo, præmis 12.

Det skal for det andet fremhæves, at erstatning for »den negative kontraktsinteresse« i hvert fald næppe heller kan anses for passende, fordi den klart virker så *tilfældigt:* Dorit Harz har nemlig uimodsagt fremhævet, at formålet med den anfægtede nationale bestemmelse — erstatning for det forhold, at ansøgeren er blevet skuffet i sin berettigede forventning — ikke kan føre til nogen skadeserstatning, hvis arbejdsgiveren klart har givet udtryk for, at han ikke vil ansætte en kvindelig stillingsansøger.

Den utilstrækkelige virkning af erstatning alene for den negative kontraktsinteresse fremgår endelig klart ved anvendelsen af de ovenfor nævnte krav på artikel 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch. Under den mundtlige forhandling blev den tyske regering således foranlediget til nærmere at anføre, at overtrædelser, der kan sammenlignes med forskelsbehandling på grundlag af køn udøvet ved adgang til beskæftigelse, således især forskelsbehandling på grundlag af race eller religion eller endog svigagtigt forhold eller korruption i forbindelse med ansættelse, sanktioneres både strafferetligt og civilretligt, idet de civilretlige sanktioner består i naturalopfyldelse eller, dersom dette ikke er muligt, i tilkendelse af en betydelig erstatning. En erstatning begrænset til de udgifter, der er afholdt af den krænkede ansøger, er således ikke af en sådan art, at den sikrer overholdelsen af et så grundlæggende princip som ligebehandlingen af mandlige og kvindelige arbejdstagere, der i øvrigt også er optaget i Forbundsrepublikken Tysklands grundlov, idet lignende overtrædelser er belagt med sanktioner, der er mere afskrækkende og står i et mere rimeligt forhold til den begåede overtrædelses alvor.

Sammenfattende skal jeg derfor foreslå, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Arbeitsgericht Hamm og Arbeitsgericht Hamburg, ved at kende for ret, at

— dækning af udgifter afholdt af en ansøger til en given stilling udgør ikke en erstatning, der er tilstrækkelig til at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere, således som det fremgår af traktatens artikel 119 og direktiv 76/207, idet nationale ved lov eller administrativt fastsatte forskrifter for lignende overtrædelser fastsætter sanktioner, der står i et mere rimeligt forhold til alvoren af den begåede overtrædelse.