FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 14. januar 1997 *

1. Med de spørgsmål, Arbeitsgericht Hamburg har forelagt, har den ønsket, at Domstolen endnu en gang tager stilling til anvendelsen af Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [1] (herefter »direktivet« eller »direktiv 76/207«).

Den nationale ret ønsker i det væsentlige oplyst, om direktiv 76/207 er til hinder for, at godtgørelse for den skade, der er lidt som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med ansættelse, er betinget af, at der foreligger culpa. Retten har endvidere ønsket oplyst, om direktiv 76/207 i så fald er til hinder for, at der efter en national bestemmelse gælder et loft for godtgørelsesbeløbet.

2. Som den nationale ret har fremhævet [2], er Domstolen allerede tidligere blevet anmodet om at tage stilling til lignende spørgsmål. Arbeitsgericht Hamburg har imidlertid ønsket bekræftet, at de faktiske omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, samt de nationale bestemmelser fører til den samme besvarelse.

3. Jeg vil først give en redegørelse for sagens retlige baggrund og derefter tage stilling til de forelagte spørgsmål.

Retlig baggrund

De relevante fællesskabsretlige bestemmelser: direktiv 76/207

4. Direktiv 76/207 tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, idet arbejdstagere af begge køn navnlig skal sikres lige muligheder med hensyn til adgang til beskæftigelse.

5. Således indeholder direktivets artikel 2 definitionen af princippet om ligebehandling

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 39, s. 40.

2 — Forelæggelseskendelsen, s. 8, 9 og 10 i den franske oversættelse.

og dettes grænser. Det hedder nærmere i stk. 1, at princippet indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling. I bestemmelsens stk. 2 præciseres det imidlertid, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse og i givet fald de dertil førende uddannelser, for hvilken udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.

6. I direktivets artikel 3 præciseres rækkevidden af ligebehandlingsprincippet for så vidt navnlig angår adgang til beskæftigelse. I henhold til bestemmelsens stk. 1 indebærer princippet, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet. I artikel 3, stk. 2, litra a), hedder det, at medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til, at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves.

7. I henhold til direktivets artikel 6 skal medlemsstaterne indføre de nødvendige bestemmelser for, at 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.

National ret

8. De nationale lovbestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder i erhvervslivet, der er relevante i den foreliggende sag, findes i Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »BGB«) og i Arbeitsgerichtsgesetz (lov om arbejdsretlige instanser, herefter »ArbGG«).

9. I henhold til BGB's § 611a, stk. 1, må en arbejdsgiver ved en aftale eller ved fastsættelse af bestemmelser, navnlig ved etablering af et ansættelsesforhold og i forbindelse med forfremmelse, anvisninger og afskedigelse, ikke stille en arbejdstager ringere på grundlag af dennes køn. En forskellig behandling på grundlag af køn er dog lovlig, såfremt aftalen eller de fastsatte bestemmelser vedrører erhvervsudøvelse, hvor det er afgørende, at udøveren er af et bestemt køn. I bestemmelsens stk. 2 er det fastsat, at såfremt en arbejdsgiver ved etableringen af et ansættelsesforhold *overtræder* det i stk. 1 fastsatte forbud mod forskelsbehandling, »kan den ansøger, der herved stilles ringere, fremsætte krav om en passende økonomisk godtgørelse, der dog ikke kan overstige tre måneders løn«. Som månedsløn betragtes de ydelser i penge og naturalier, som ansøgeren i den måned, hvor ansættelsesforholdet ville være blevet etableret, under normale omstændigheder ville have krav på.

10. I henhold til BGB's § 611b, stk. 1, må en arbejdsgiver ikke udelukkende søge arbejds-

tagere af et bestemt køn, bortset fra det i § 611a, stk. 1, omhandlede tilfælde.

11. I § 61b, stk. 2, i ArbGG bestemmes det, at såfremt flere ansøgere i forbindelse med etableringen af et ansættelsesforhold ad retlig vej fremsætter krav om godtgørelse i henhold til BGB's § 611a, stk. 2, som følge af påstået forskelsbehandling, begrænses de samlede godtgørelsesbeløb på arbejdsgiverens begæring til seks måneders løn, eller til tolv måneders løn, såfremt der kun er gennemført én ansættelsesprocedure med henblik på etableringen af flere ansættelsesforhold. Såfremt arbejdsgiveren allerede har imødekommet krav om godtgørelse, nedsættes dette maksimumsbeløb forholdsmæssigt. Såfremt det samlede godtgørelsesbeløb, som sagsøgerne ville have krav på, set under ét overstiger dette maksimumsbeløb, nedsættes hvert enkelt godtgørelsesbeløb forholdsmæssigt i forhold til dette beløb.

Sagens baggrund

12. Ved brev af 17. november 1994 ansøgte sagsøgeren i hovedsagen, Nils Draehmpaehl, om at komme i betragtning ved besættelsen af en stilling, som Urania Immobilienservice OHG havde annonceret i pressen. Annoncen havde følgende ordlyd:

»Vi søger en erfaren kvindelig assistent for salgschefen. Trives du med til tider hektisk aktivitet i en markedsorienteret virksomhed, kan du lave kaffe, leve med ikke at blive rost og samtidig arbejde meget, er du den rette. Du skal kunne arbejde med pc'er og kunne indgå i et team. Hvis du tør binde an med en sådan udfordring, ser vi frem til at modtage din udførlige ansøgning. Og sig så ikke, at du ikke var advaret på forhånd ...«

13. Sagsøgte i hovedsagen besvarede ikke Nils Draehmpaehl's brev. Under anbringende af, at han var den bedst kvalificerede ansøger til stillingen, og var bedre egnet end den ansøger, der i sidste instans blev valgt, og at han derfor havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, anlagde han ved Arbeitsgericht Hamburg civilt erstatningssøgsmål mod Urania Immobilienservice. Han nedlagde påstand om godtgørelse for sit tab, idet han krævede en godtgørelse svarende til tre og en halv måneds løn.

14. Den nationale ret præciserede, at i en tilsvarende sag, der verserede for en anden afdeling ved retten, havde en anden mandlig ansøger under lignende omstændigheder nedlagt påstand om godtgørelse over for Urania.

15. Sagsøgte mødte ikke frem til forligsmødet og er heller ikke fremkommet med bemærkninger til den verserende sag. Det er hverken lykkedes for den nationale ret eller for sagsøgeren at få kontakt med sagsøgte og finde frem til sagsøgtes nuværende adresse.

16. Ifølge den nationale ret var stillingsopslaget i strid med BGB's § 611b, idet det med urette [3] åbenbart henvendte sig til kvinder. Retten fandt, at sagsøgeren havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, og at sagsøgte var forpligtet til at betale godtgørelse.

17. Den nationale ret fremhævede imidlertid, at sagsøgerens krav var i strid med BGB's § 611a, stk. 2, første punktum, hvorefter det påhviler sagsøgeren at fremføre konkrete beviser [4] for, at arbejdsgiveren har handlet culpøst. Sagsøgeren havde imidlertid kun fremsat rene formodninger.

18. Retten var i tvivl om, hvorvidt BGB's § 611a, stk. 2, er forenelig med Domstolens fortolkning af artikel 2 i direktiv 76/207 i dom af 8. november 1990, Dekker [5], og om, hvorvidt de tyske bestemmelser, hvorefter det godtgørelsesbeløb, der kan kræves af den, der har været udsat for forskelsbehandling [6], er forenelige med Domstolens fortolkning af artikel 6 i direktiv 76/207 i dom af 2. august 1993, Marshall II [7], og så sig derfor ikke i stand til at træffe afgørelse i sagen. Den har derfor forelagt følgende fire præjudicielle fortolkningsspørgsmål:

»1) Er lovbestemmelser, hvorefter tilkendelse af godtgørelse som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn ved ansættelse er betinget af culpa hos arbejdsgiveren, i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF)?

2) Er lovbestemmelser, hvorefter der er fastsat et loft på tre måneders løn for godtgørelse i anledning af forskelsbehandling på grundlag af køn ved ansættelse — hvilket ikke gælder efter andre nationale civil- og arbejdsretlige bestemmelser — til ansøgere (m/k), som er blevet forskelsbehandlet under ansættelsesproceduren, men som på grund af, at

3 — Som omhandlet i BGB's § 611a, stk. 1.

4 — Forelæggelseskendelsen, s. 7, afsnit a), i den franske oversættelse.

5 — Sag C-177/88, Sml. I, s. 3941.

6 — BGB's § 611a, stk. 2, og ArbGG's § 61b, stk. 2.

7 — Sag C-271/91, Sml. I, s. 4367.

den ansatte ansøger (m/k) var bedre kvalificeret, heller ikke ville have fået den ledige stilling, såfremt der ikke var udøvet forskelsbehandling ved udvælgelsen, i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF)?

3) Er lovbestemmelser, hvorefter der er fastsat et loft på tre måneders løn for godtgørelse i anledning af forskelsbehandling på grundlag af køn ved ansættelse — hvilket ikke gælder efter andre nationale civil- og arbejdsretlige bestemmelser — til ansøgere (m/k), som ville have fået den ledige stilling, såfremt der ikke var udøvet forskelsbehandling ved udvælgelsen, i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF)?

4) Er lovbestemmelser, hvorefter der med hensyn til krav om godtgørelse, der fremsættes af flere personer, som er blevet udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn ved ansættelse — hvilket ikke gælder efter andre nationale civil- og arbejdsretlige bestemmelser — er fastsat et loft på i alt seks måneders løn for alle, der er blevet forskelsbehandlet, i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF)?«

Indledende bemærkninger

19. Indledningsvis skal jeg bemærke, at Domstolen ifølge fast praksis savner kompetence til som led i den præjudicielle procedure i henhold til EF-traktatens artikel 177 at træffe afgørelse om, hvorvidt en national bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten. Derimod kan Domstolen forsyne den nationale ret med alle de fortolkningsbidrag vedrørende fællesskabsretten, som kræves, for at retten selv kan vurdere, om de nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten [8].

8 — Jf. bl. a. dom af 1.2.1996, sag C-177/94, Perfili, Sml. I, s. 161, præmis 9.

20. De forelagte spørgsmål må derfor omformuleres. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret således oplyst, om artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207 skal fortolkes således, at bestemmelserne er til hinder for, at godtgørelse for skade som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med ansættelse er betinget af, at arbejdsgiveren har handlet culpøst. Det andet og tredje spørgsmål drejer sig om, hvorvidt det er forenteligt med direktiv 76/207, at der er fastsat et loft for de godtgørelser, der eventuelt kan kræves. Med det fjerde spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om fællesskabsretten er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter der gælder et loft for de samlede godtgørelsesbeløb, således som det er fastsat i ArbGG's § 61b, stk. 2.

Det første spørgsmål

21. Den nationale ret har rejst det spørgsmål, om det svar, Domstolen gav i Dekker-dommen, også kan anvendes i den sag, der er indbragt for retten.

22. Jeg skal i den forbindelse minde om, at i Dekker-sagen blev en ansøger ikke ansat, fordi hun var gravid. Den nederlandske retsinstans ønskede bl. a. oplyst, om en national bestemmelse, hvorefter ydelse af erstatning som følge af tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet er betinget af, at det bevises, at arbejdsgiveren har handlet culpøst, er forenelig med artikel 2 og 3 i direktiv 76/207.

23. Domstolen fulgte generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse [9], og med henvisning til en allerede fast praksis [10] bekræftede Domstolen, at selv om medlemsstaterne kan vælge, hvorledes de vil sikre en faktisk og effektiv retsbeskyttelse, som omhandlet i artikel 6 i direktiv 76/207, når den valgte sanktion henhører under en ordning med civilretligt ansvar for arbejdsgiveren, er enhver tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling *i sig selv* ansvarspådragende, uden at det kræves bevist, at der foreligger culpa, og uden at der kan tages hensyn til ansvarsfrihedsgrunde efter national lovgivning [11].

24. Kommissionen og sagsøgeren i hovedsagen [12] har anført, at Dekker-dommen giver svaret på det første spørgsmål, der er forelagt i nærværende sag.

25. Derimod har den tyske regering anført, at det ikke uden videre følger af Dekker-dommen, at den omtvistede nationale

9 — Forslag til afgørelse i Dekker-sagen, punkt 34-37.

10 — Dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891.

11 — Dekker-dommen, præmis 22-26.

12 — Kommissionens indlæg, punkt 19-22, og sagsøgerens indlæg, punkt 39-43.

bestemmelse er forenelig med direktivets bestemmelser. Efter regeringens opfattelse vedrører dommen kun det i nederlandsk ret omhandlede krav om, at der skal foreligge culpa. I modsætning hertil er der for så vidt angår culpabegrebet i tysk ret ikke tvivl med hensyn til fællesskabsbestemmelsernes effektive virkning. Selv om kravet om, at der foreligger culpa, konsekvent er nødvendigt for, at arbejdsgiveren ifalder ansvar, kan beviset for en sådan culpa let føres, eftersom forsæt eller blot simpel *uagtsomhed* er tilstrækkelig til at udløse et sådant ansvar. Endelig stilles der særdeles strenge krav med hensyn til ansvarsfrihedsgrunde for arbejdsgiveren [13].

26. Jeg er ikke enig med den tyske regering. Efter min opfattelse er Dekker-dommen klar, og den kan uden videre anvendes i den foreliggende sag. Bortset fra, at de berørte personer er af forskelligt køn, er de sager, der er baggrunden for de to præjudicielle procedurer, identiske. I ingen af tilfældene er der etableret [14] og end ikke påtænkt etableret [15] et ansættelsesforhold, og det af grunde, som udelukkende er kønsbetingede. I begge tilfælde er det efter national lovgivning en betingelse for, at arbejdsgiveren ifalder ansvar, at det bevises, at der foreligger culpa, eller at arbejdsgiverens adfærd har været diskriminerende. I kraft af en sådan national lovbestemmelse har arbejdsgiveren således mulighed for at unddrage sig ansvar af grunde, der ikke har noget med kønsdiskriminering at gøre, og åbenbart forhindre den effektive virkning af direktivets bestemmelser. Jeg skal på det punkt henvise til generaladvokat Darmon's bemærkninger [16].

27. Jeg skal herefter foreslå, at det første spørgsmål besvares som følger: Når den af en medlemsstat valgte sanktion henhører under en ordning med civilretligt ansvar for arbejdsgiveren, er artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207 til hinder for, at godtgørelse for skade som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med ansættelse af en arbejdstager er betinget af, at der foreligger culpa, uanset graden.

Det andet og tredje spørgsmål

28. Med disse to spørgsmål har den forelæggende ret ønsket oplyst, om den fortolkning af artikel 6 i direktiv 76/207, som Domstolen anlagde i Marshall II-dommen, er til hinder for bestemmelser som dem, der findes i tysk ret, og hvorefter der gælder et loft for, hvad der eventuelt kan kræves i godtgørelse [17]. Det er i forelæggelseskendelsen præciseret, at der efter andre civil- og arbejdsretlige bestemmelser ikke gælder et sådant loft. Dette spørgsmål var genstand for en længere drøftelse i retsmødet, og det tilkommer ikke mig at fremkomme med bemærkninger

13 — Den tyske regerings indlæg, punkt 4 og 5.
14 — Dekker-sagen.
15 — Den foreliggende sag.
16 — Punkt 35 i hans forslag til afgørelse i Dekker-sagen.
17 — BGB's § 611a, stk. 1, og ArbGG's § 61b, stk. 2.

hertil. Ifølge Domstolens faste praksis er traktatens artikel 177 baseret på en klar kompetencefordeling mellem Domstolen og de nationale retsinstanser [18], og bestemmelsen kan ikke føre til, at Domstolen fortolker eller anvender national ret [19]. Jeg må derfor behandle spørgsmålet ud fra de faktiske og retlige oplysninger fra den nationale ret.

Den nationale ret har endvidere ønsket oplyst, om besvarelsen afhænger af de faglige kvalifikationer hos den ansøger, der har været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn.

29. Jeg vil først tage stilling til, om svaret på det spørgsmål, den nationale ret har forelagt, afhænger af graden af de faglige kvalifikationer hos den ansøger, der har været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn.

30. Det mener jeg ikke, og dette af mindst tre grunde.

31. *For det første* må det fastslås, at som det var tilfældet i Dekker-sagen, har arbejdsgiveren kun afvist at etablere et ansættelsesforhold med ansøgeren på grund af dennes køn og ikke ud fra hensyn, der vedrører ansøgerens faglige kvalifikationer. Den nationale ret forveksler to helt forskellige begreber, nemlig på den ene side en mistet mulighed for ansøgeren på grund af dennes køn og på den anden side den objektivt fejlagtige vurdering af ansøgerens faglige kvalifikationer, som arbejdsgiveren måtte foretage.

32. Da den skade, der lides ved ansættelsen som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn, er af ganske særlig karakter, må der ydes godtgørelse for den, uanset hvilken anden skade den krænkede ansøger måtte lide, og uden at godtgørelsen for en sådan eventuel anden skade kan have betydning, hverken for princippet om, at der skal ydes godtgørelse for en sådan forskelsbehandling, eller for godtgørelsens størrelse.

33. *Endvidere* fremgår det af fast retspraksis, at såfremt forbuddet mod forskelsbehandling tilsidesættes, skal medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 6 iværksætte en sanktion, der kan sikre en faktisk og effektiv retsbeskyttelse [20] og have en reelt afskrækkende

18 — Jf. bl. a. dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org. ref.: Rec. s. 1, af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi, Sml. s. 1555, præmis 17, 18 og 19, og af 23.2.1995, forenede sager C-358/93 og C-416/93, Bordessa m.fl., Sml. I, s. 361, præmis 10.

19 — Jf. bl. a. dom af 6.4.1962, sag 13/61, Bosch mod Van Rijn, Sml. 1954-1964, s. 293, org. ref.: Rec. s. 89, og af 20.10.1993, sag C-10/92, Balocchi, Sml. I, s. 5105, præmis 16 og 17.

20 — Jf. dommen i Von Colson og Kamann-sagen (præmis 23) og i Dekker-sagen (præmis 23).

virkning over for arbejdsgiveren [21]. Efter min opfattelse ville det modvirke den effektive virkning af direktivets bestemmelser, såfremt en godtgørelse for skade som følge af en sådan forskelsbehandling var betinget af, at den krænkede ansøger førte bevis for, at han/hun har de samme eller bedre faglige kvalifikationer end den ansøger, arbejdsgiveren ansatte.

34. *Endelig* er godtgørelsen for skade, der lides som følge af manglende hensyntagen til en ansøgers faglige kvalifikationer og fortjenester, uanset om ansøgeren er mand eller kvinde — *naturligvis kun, såfremt der ikke herved er tale om skjult kønsdiskriminering* — ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207. Jeg kan derfor kun henvise den retsinstans, hovedsagen er indbragt for, til at anvende national ret.

35. Den præcisering, den nationale ret udtrykkeligt har anmodet om med det andet spørgsmål og indirekte med det tredje spørgsmål, vedrørende de faglige kvalifikationer for den ansøger, der forskelsbehandles på grundlag af køn, er derfor ikke relevant med henblik på tvistens afgørelse.

36. Som led i disse præjudicielle spørgsmål har den nationale ret ønsket oplyst, hvorvidt den løsning, Domstolen valgte i Marshall II-dommen, kan anvendes i den foreliggende sag [22]. Den forelæggende ret har understreget, at til forskel fra de almindelige civil- og arbejdsretlige bestemmelser i tysk ret [23] består sanktionen for overtrædelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med adgang til beskæftigelse i en økonomisk godtgørelse som led i en ordning om civilretligt ansvar for arbejdsgiveren. Godtgørelsen kan ikke overstige et beløb svarende til tre måneders løn. Lønnen er det beløb, som den ansatte ansøger ville have haft krav på.

37. Lad mig nævne, at i Marshall II-sagen havde en britisk retsinstans anmodet Domstolen om at besvare et lignende spørgsmål.

38. M. H. Marshall, der havde været udsat for en diskriminerende afskedigelse, krævede udbetalt en godtgørelse. Industrial Tribunal fastsatte det tab, hun havde lidt som følge af den diskriminerende afskedigelse, til et beløb, der var højere end det loft, der i section 65(1)(b) i Sex Discrimination Act 1975 var fastsat for denne form for skade. Den

21 — Jf. bl. a. Marshall II-dommen (præmis 24).

22 — Forelæggelseskendelsen, den franske oversættelse, s. 8, afsnit b).

23 — Se punkt 28 i dette forslag til afgørelse.

nationale ret ønskede bl. a. oplyst, om den pågældende nationale bestemmelse var forenelig med artikel 6 i direktiv 76/207.

39. Kommissionen og sagsøgeren i hovedsagen har anført, at Marshall II-dommen delvis kan anvendes i den foreliggende sag.

40. Dette har den tyske regering bestridt. Efter dens opfattelse er Marshall II-dommen ikke relevant, eftersom der i den sag forelå den helt særlige situation, at der var tale om en diskriminerende afskedigelse. Dommen kan derfor ikke anvendes i denne sag, hvor der er tale om et diskriminerende afslag på ansættelse. Regeringen har tilføjet, at dommen i Von Colson og Kamann-sagen er relevant, og at de omtvistede tyske lovbestemmelser er i overensstemmelse med de principper, Domstolen opstillede i den dom. Efter bestemmelserne kan der således ydes en godtgørelse, der er passende i forhold til den lidte skade, og tilstrækkeligt afskrækkende over for den, der har udøvet forskelsbehandlingen.

41. For mig at se kan de principper, der er opstillet i de nævnte to domme, ikke bringes i overensstemmelse med hinanden. Efter min opfattelse indeholder Marshall II-dommen en præcisering og udvikling af de principper, der var lagt til grund i dommen i Von Colson og Kamann-sagen. Lad mig nævne de principper, der blev opstillet i de pågældende domme.

42. I dommen i Von Colson og Kamann-sagen fastslog Domstolen først, at i henhold til traktatens artikel 5 og artikel 189, stk. 3, påhviler det medlemsstaterne at træffe alle almindelige og særlige foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktiv 76/207 fuld virkning i overensstemmelse med dets formål, og det påhviler de nationale domstole at fortolke national ret i lyset af direktivets ordlyd og formål [24]. Med hensyn til dette direktiv har Domstolen også fremhævet, at det formål, fællesskabslovgiver forfølger, er at sikre, at princippet om forbud mod forskelsbehandling af arbejdstagere på grundlag af køn bliver effektivt.

43. Domstolen præciserede derefter, at der ikke kan skabes reel chancelighed uden et passende sanktionssystem [25]. Med hensyn til direktivets artikel 6 fastslog Domstolen, at »det følger af denne artikel, at medlemsstaterne er forpligtet til at gennemføre foranstaltninger, der er *tilstrækkeligt effektive* til at opfylde direktivets formål, og drage omsorg for, at de pågældende *rent faktisk* kan påberåbe disse foranstaltninger for de nationale domstole. Sådanne foranstaltninger kan f.eks. omfatte bestemmelser, der pålægger arbejdsgiveren at ansætte den krænkede ansøger, eller som sikrer en *passende* økonomisk godtgørelse, der efter omstændighederne kan forstærkes gennem en bødeordning. Det må imidlertid fastslås, at direktivet ikke pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, men overlader det til medlemsstaterne frit at træffe deres valg blandt de forskellige løsninger, der kan virkeliggøre

24 — Præmis 15 og 26.
25 — Præmis 22.

direktivets formål« [26]. Endvidere skal de foranstaltninger, medlemsstaterne træffer »... have *en reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiveren*« [27].

44. I Marshall II-dommen understregede Domstolen først ovennævnte principper [28] og fastslog derefter, at de særlige omstændigheder i forbindelse med hver enkelt overtrædelse af princippet om ligebehandling skal tages i betragtning [29]. Endelig fremkom Domstolen med bemærkninger om, hvilken sanktion der er »passende«, og som kan sikre retableringen af princippet om ligebehandling som følge af en diskriminerende afskedigelse.

45. I sit forslag til afgørelse i Marshall II-sagen definerede generaladvokat Van Gerven begrebet »passende godtgørelse« som et beløb, der er tilstrækkelig højt til, at sanktionen ikke fratages sin karakter af at være effektiv, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning [30]. Der måtte således sondres mellem dette begreb og begrebet fuld godtgørelse [31].

46. Domstolen tog afstand fra dette synspunkt, idet den fastslog, at i tilfælde af en afskedigelse, som er udtryk for forskelsbehandling, kan ligebehandlingen ikke genoprettes uden enten, at den person, der har været udsat for forskelsbehandling, genansættes, eller han tilkendes erstatning for det påførte tab [32] og kun herved opfyldes de krav, der er grundlaget for begrebet »passende sanktion«. Domstolen udtalte således, at der efter direktivets artikel 6 ikke kan fastsættes et maksimumsbeløb for, hvad der kan udbetales i tilfælde af en diskriminerende afskedigelse »... da det *på forhånd* begrænser erstatningsbeløbet til et niveau, som ikke nødvendigvis svarer til kravet om reel ligebehandling gennem *en passende erstatning* af det tab, der skyldes en afskedigelse, som er udtryk for forskelsbehandling« [33]. På det punkt præciserede Domstolen således dommen i Von Colson og Kamann-sagen.

47. Det skøn, medlemsstaterne har i forbindelse med, hvilken løsning de vælger for at sikre retableringen af ligebehandlingsprincippet i tilfælde af en afskedigelse, som er udtryk for forskelsbehandling, er således begrænset: Enten skal den berørte person genansættes, eller også skal skaden erstattes fuldt ud i henhold til gældende nationale bestemmelser [34].

48. Af de nævnte domme kan det for mig at se udledes, at Domstolen har opstillet det princip, at såfremt medlemsstaterne vælger, at godtgørelse for skade som følge af en diskriminerende situation, der er forbudt i henhold til direktiv 76/207, skal ske på grundlag af en ordning med civilretligt ansvar for arbejdsgiveren, skal en sådan godtgørelse være fuldstændig.

26 — Præmis 18, mine fremhævelser.
27 — Præmis 23, min fremhævelse.
28 — Præmis 23 og 24.
29 — Præmis 25.
30 — Punkt 18 i forslaget.
31 — A.st., præmis 17.
32 — Marshall II-dommen, præmis 25 og 26.
33 — A.st., præmis 30, min fremhævelse.
34 — A.st., præmis 36.

49. I den foreliggende sag har den tyske lovgiver med henblik på at sikre, at rettighederne for en ansøger, der i forbindelse med ansættelse forskelsbehandles på grundlag af køn, fastsat, at godtgørelsen ikke kan overstige tre måneders løn, hvilket ifølge den forelæggende ret ikke svarer til de øvrige civil- og arbejdsretlige regler. To hensyn bevirker efter min opfattelse, at sådanne bestemmelser ikke er lovlige.

50. *For det første* er den løsning, Domstolen udviklede i dommen i Von Colson og Kamann-sagen og i Marshall II-dommen, til hinder for en sådan løsning, idet jeg af de nævnte domme har udledt, at der gælder et princip om fuldstændig godtgørelse for skade som følge af forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til direktiv 76/207 [35].

51. Såfremt Domstolen ikke måtte være enig i en sådan fortolkning, ville resultatet blive, at godtgørelsen for skade som følge af en sådan forskelsbehandling ikke altid er fuldstændig, og at reglen derfor måtte tilpasses, alt efter de forskellige tilfælde af forskelsbehandling. Domstolen måtte således i hvert enkelt tilfælde træffe afgørelse om, hvilken regel der skulle anvendes. Domstolen måtte f.eks. fastslå, at der i tilfælde af afslag på ansættelse ikke var ydet fuldstændig godtgørelse, og også i tilfælde af afslag på faglig uddannelse osv.; man kan forestille sig en lang række situationer, hvor arbejdstagere er udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, og dermed situationer, som Domstolen skulle tage stilling til, og at den eventuelt måtte ændre sin praksis.

52. Dette synspunkt er efter min opfattelse hverken berettiget eller rimeligt. I de forskellige tilfælde (afskedigelse, afslag på ansættelse osv.) har arbejdstageren og ansøgeren været i samme situation: De har været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, eftersom arbejdsgiveren har udvist den samme kritisable adfærd. Det generelle ligebehandlingsprincip i fællesskabsretten tilsiger, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en forskelsbehandling er objektivt begrundet [36]. Når arbejdstagere er i samme situation, skal den samme regel anvendes, og skaden skal erstattes fuldstændigt [37].

53. Den skade, der lides af arbejdstagere, der har været udsat for forskelsbehandling, kan imidlertid være af forskelligt omfang. Den nationale ret må ikke alene tage de forskellige tilfælde af tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i betragtning, men også de forskellige konkrete omstændigheder i sagerne, når der er tale om ensartede tilfælde af tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Det påhviler således alene den nationale ret, på grundlag af gældende nationale

35 — Jf. punkt 48 i dette forslag til afgørelse.

36 — Jf. senest dom af 12.12.1996, sag C-241/95, Accrington Beef m.fl., Sml. I, s. 6699.

37 — Marshall II-dommen, præmis 26.

bestemmelser, at fastsætte, hvilken skade der er lidt, under hensyntagen til alle de forhold, retten normalt tager i betragtning.

54. *For det andet* og subsidiært er også princippet om de nationale retssystemers processuelle autonomi til hinder for sådanne tyske bestemmelser. Overholdelsen af dette princip forudsætter, at når der ikke på fællesskabsplan er sket en harmonisering, kan medlemsstaterne frit vælge, hvilken løsning de finder passende for at sikre den pågældende retsbeskyttelse, men den valgte sanktion skal være lige så beskyttende som den, der er fastsat i den tilsvarende nationale ordning [38]. Den forelæggende ret har imidlertid præciseret, at dette ikke er tilfældet.

55. Sammenfattende skal jeg med hensyn til det andet og tredje spørgsmål foreslå, at det fastslås, at en begrænsning af godtgørelsen som følge af et afslag på ansættelse, der er udtryk for forskelsbehandling, er i strid med artikel 2, stk. 1, artikel 3, stk. 1, og artikel 6 i direktiv 76/207.

Det fjerde spørgsmål

56. Med dette spørgsmål har den forelæggende ret ønsket oplyst, om bestemmelserne i direktiv 76/207 er til hinder for bestemmelser som dem, der er fastsat i tysk ret, og hvorefter arbejdsgiveren kan opnå en begrænsning af den godtgørelse, der kan kræves af en person, der har været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med ansættelse, når der fremsættes flere krav om godtgørelse som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn. Til forskel fra andre civil- og arbejdsretlige bestemmelser [39] hjemler den pågældende bestemmelse med andre ord mulighed for, at det godtgørelsesbeløb, der skal udbetales, reguleres i forhold til antallet af ansøgere. Den godtgørelse, som ansøgerne herefter kan kræve, bliver således stærkt begrænset som følge af det fastsatte loft.

57. Jeg må her henvise til de bemærkninger, jeg fremkom med ovenfor, eftersom der ikke er nogen forskel mellem de to spørgsmål. Også her er der tale om regler, der medfører en begrænsning af godtgørelsen for den skade, der faktisk er lidt af den ansøger, der har været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med en ansættelse.

58. Jeg foreslår følgelig, at det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende.

38 — Jf. bl. a. dom af 21.9.1989, sag 68/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2965, præmis 23 og 24.

39 — Jf. punkt 28 i dette forslag til afgørelse.

Forslag til afgørelse

59. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at de spørgsmål, den nationale ret har forelagt, besvares som følger:

»1) Såfremt den af en medlemsstat valgte sanktion for tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling i forbindelse med ansættelse er et led i en ordning med civilretligt ansvar, skal bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter tilkendelse af godtgørelse for skade som følge af forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med ansættelse af en arbejdstager er betinget af culpa.

2) Bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, artikel 3, stk. 1, og artikel 6 i direktiv 76/207 skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter der til forskel fra andre civil- og arbejdsretlige nationale bestemmelser er fastsat et loft på tre måneders løn for, hvad ansøgere m/k, der har været udsat for forskelsbehandling i forbindelse med en ansættelse, kan opnå i tilfælde af forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med ansættelse.

3) Bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, artikel 3, stk. 1, og artikel 6 i direktiv 76/207 skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter der til forskel fra andre civil- og arbejdsretlige nationale bestemmelser er fastsat et loft på seks måneders løn for, hvad ansøgere, der er blevet forskelsbehandlet i forbindelse med en ansættelse, i alt kan kræve i godtgørelse, når flere ansøgere gør krav på godtgørelse.«