CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 14 januari 1997 *

1. Het Arbeitsgericht Hamburg verzoekt het Hof met de thans gestelde vragen nogmaals om een uitspraak over de toepassing van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden [1] (hierna: „richtlijn" of „richtlijn 76/207").

Het Hof wordt, zakelijk weergegeven, verzocht uit te maken, of richtlijn 76/207 zich ertegen verzet, dat aan het recht op schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving, de voorwaarde wordt verbonden van schuld. Voorts wordt de vraag gesteld, of in bedoeld geval richtlijn 76/207 zich ertegen verzet, dat een nationale regeling het bedrag van de schadevergoeding aan een maximum bindt.

2. Gelijk de verwijzende rechter opmerkt [2], heeft het Hof zich reeds eerder over soortgelijke vragen moeten uitspreken. Hij wenst echter bevestiging te verkrijgen, dat de aan hem voorgelegde feiten en de bepalingen van zijn nationale recht dezelfde antwoorden gebieden.

3. Na een korte uiteenzetting van het kader van de onderhavige zaak zal ik op de gestelde vragen ingaan.

Wettelijk kader

De toepasselijke communautaire bepalingen: richtlijn 76/207

4. Richtlijn 76/207 beoogt de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, door onder meer te waarborgen, dat de werknemers van beiderlei kunne gelijke kansen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces hebben.

5. Te dien einde definieert artikel 2 van de richtlijn het beginsel van gelijke behandeling

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB 1976, L 39, blz. 40.

2 — Zie verwijzingsbeschikking.

en de grenzen ervan. Ingevolge artikel 2, lid 1, houdt dit beginsel in, dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie. Artikel 2, lid 2, preciseert evenwel, dat de richtlijn geen belemmering vormt voor de bevoegdheid van de Lid-Staten om beroepsactiviteiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is, van de toepassing ervan uit te sluiten.

6. Artikel 3 van de richtlijn verduidelijkt de draagwijdte van het beginsel van gelijke behandeling wat betreft de toegang tot het arbeidsproces. Luidens artikel 3, lid 1, houdt de toepassing van dit beginsel in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak, en tot alle niveaus van de beroepshiërarchie. Volgens artikel 3, lid 2, sub a, moeten de Lid-Staten de nodige maatregelen nemen om te bereiken dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken.

7. Krachtens artikel 6 van de richtlijn moeten de Lid-Staten in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften opnemen om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de artikelen 3, 4 en 5, de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden.

Het nationale recht

8. De in casu toepasselijke nationale wettelijke bepalingen betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsleven, zijn neergelegd in het Bürgerliche Gesetzbuch (hierna: „BGB") en in het Arbeitsgerichtsgesetz (hierna: „ArbGG").

9. Luidens § 611a, lid 1, BGB mag de werkgever een werknemer bij een overeenkomst of een maatregel, inzonderheid bij de totstandkoming van een arbeidsverhouding, bij bevordering, bij opdrachten of bij ontslag, niet benadelen op grond van zijn geslacht. Een verschil in behandeling op grond van geslacht is evenwel toegestaan, voor zover een overeenkomst of een maatregel betrekking heeft op een werkzaamheid die op grond van haar bijzondere aard slechts door werknemers van een bepaald geslacht kan worden uitgeoefend. Volgens § 611a, lid 2, kan, indien de werkgever zich bij de totstandkoming van een arbeidsverhouding *schuldig* maakt aan schending van het in lid 1 neergelegde discriminatieverbod, „de benadeelde sollicitant een passende schadevergoeding in geld van maximaal drie maandsalarissen vorderen". Als maandsalaris geldt datgene waarop de sollicitant bij normale werktijd in de maand waarin de arbeidsverhouding tot stand had moeten komen, in geld en in natura recht zou hebben gehad.

10. Volgens § 611b, lid 1, BGB mag een werkgever een vacature niet uitsluitend voor

mannen of uitsluitend voor vrouwen uitschrijven, behoudens in het in § 611a, lid 1, tweede volzin, bedoelde geval.

11. Ingevolge § 61b, lid 2, ArbGG moet, wanneer meerdere personen wegens benadeling bij de totstandkoming van een arbeidsverhouding in rechte schadevergoeding uit hoofde van § 611a, lid 2, BGB vorderen, op verzoek van de werkgever het totaalbedrag van deze schadevergoedingen tot zes maandsalarissen of, wanneer de werkgever een enkele sollicitatieprocedure met het oog op de totstandbrenging van meerdere arbeidsverhoudingen had georganiseerd, tot twaalf maandsalarissen worden beperkt. Indien de werkgever reeds aan schadevorderingen heeft voldaan, moet dit maximumbedrag dienovereenkomstig worden verminderd. Indien de schadevergoedingen waarop verzoekers recht hebben, in totaal dit maximumbedrag overschrijden, worden de individuele schadevergoedingen naar evenredigheid van dit bedrag verminderd.

Feiten

12. Bij schrijven van 17 november 1994 reflecteerde Draehmpaehl, verzoeker in het hoofdgeding (hierna: „verzoeker"), op een in de krant verschenen personeelsadvertentie van Urania Immobilienservice OHG (hierna: „verweerster"), die luidde als volgt:

„Voor onze verkoopafdeling zoeken wij een ervaren assistente van de verkoopleiding. Wanneer u overweg kunt met de warhoofden van een op de verkoop gerichte onderneming, koffie voor hen wilt zetten, niet al te veel schouderklopjes nodig heeft en veel werk kunt verzetten, bent u bij ons aan het juiste adres. Bij ons moet u met een computer kunnen werken en moet u voor de anderen meedenken. Wanneer u deze uitdaging werkelijk wilt aannemen, verwachten wij uw uitgebreide sollicitatiedossier. Maar zegt u niet dat wij u niet hebben gewaarschuwd (...)"

13. Verweerster liet verzoekers schrijven onbeantwoord. Met het betoog dat hij voor deze betrekking de best gekwalificeerde sollicitant en geschikter was dan de uiteindelijk gekozen sollicitante, en derhalve van mening was dat hij was gediscrimineerd op grond van geslacht, diende verzoeker bij het Arbeitsgericht Hamburg een vordering tot schadevergoeding tegen verweerster in. Hij vorderde dat hem wegens de geleden schade een schadevergoeding ten belope van drie en een half maandsalaris zou worden toegekend.

14. De verwijzende rechter heeft opgemerkt, dat in een parallelle procedure voor een andere kamer van de verwijzende rechterlijke instantie een andere sollicitant schadevergoeding van verweerster vordert.

15. Verweerster verscheen niet tijdens de verzoeningsprocedure en reageerde niet op de aanhangige vordering. De nationale rechterlijke instantie noch verzoeker kon haar bereiken en haar huidige adres achterhalen.

16. Volgens de verwijzende rechter was verweersters sollicitatieoproep in strijd met § 611b BGB, aangezien hij zonder rechtvaardigingsgrond [3] kennelijk uitsluitend voor vrouwen was bedoeld. Ervan uitgaande dat verzoeker op grond van zijn geslacht was gediscrimineerd, was hij van oordeel, dat verweerster de schade moest vergoeden.

17. Verzoekers vordering botste zijns inziens evenwel met § 611a, lid 2, eerste volzin, BGB, volgens hetwelk de betrokkene omstandig moet bewijzen dat de werkgever schuld heeft [4], terwijl verzoeker enkel vermoedens uitte.

18. Het Arbeitsgericht vraagt zich af, of § 611a, lid 2, BGB verenigbaar is met de uitlegging die het Hof aan artikel 2 van richtlijn 76/207 heeft gegeven in het arrest van 8 november 1990, Dekker [5], en of de bepalingen van Duits recht [6] die het door de gediscrimineerde persoon te vorderen bedrag van de schadevergoeding aan een maximum binden, verenigbaar zijn met de uitlegging die het Hof aan artikel 6 van richtlijn 76/207 heeft gegeven in het arrest van 2 augustus 1993, Marshall II. [7] Van oordeel, dat het derhalve niet in staat is op de vordering te beslissen, legt het Arbeitsgericht Hamburg het Hof de volgende vier prejudiciële vragen voor:

„1) Zijn wettelijke bepalingen die aan het recht op schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving de voorwaarde verbinden, dat de werkgever *schuld* heeft, in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden?

2) Zijn wettelijke bepalingen die het bedrag van de schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving — in tegenstelling tot de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen — binden aan een maximum van drie maandsalarissen voor sollicitanten/sollicitantes die in de procedure zijn gediscrimineerd, maar die de te vervullen betrekking ook bij een niet-discriminerende selectie niet

3 — *In de zin van* § 611a, lid 1, BGB.
4 — Zie verwijzingsbeschikking.
5 — Zaak C-177/88, blz. I-3941.
6 — § 611a, lid 2, BGB en § 61b, lid 2, ArbGG.
7 — Zaak C-271/91, blz. I-4367.

zouden hebben gekregen, daar de aangestelde sollicitant/sollicitante geschikter was, in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden?

4) Zijn wettelijke bepalingen die de door meerdere gelaedeerden gevorderde schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving — in tegenstelling tot de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen — binden aan een maximum van cumulatief zes maandsalarissen voor *alle* gediscrimineerde personen, in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden?"

Bespreking

3) Zijn wettelijke bepalingen die het bedrag van de schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving — in tegenstelling tot de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen — binden aan een maximum van drie maandsalarissen voor sollicitanten/sollicitantes die de te vervullen betrekking bij een niet-discriminerende selectie zouden hebben gekregen, in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden?

19. Vooraf zij erop gewezen, dat het Hof volgens vaste rechtspraak in het kader van de prejudiciële procedure krachtens artikel 177 EG-Verdrag niet bevoegd is om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht. Het Hof is daarentegen wel bevoegd om de nationale rechter alle elementen ter uitlegging van het gemeenschapsrecht aan te reiken, waarmee hij de verenigbaarheid van de nationale bepalingen met het gemeenschapsrecht kan beoordelen. [8]

8 — Zie onder meer arrest van 1 februari 1996 (zaak C-177/94, Perfili, Jurispr. 1996, blz. I-161, r. o. 9).

20. Bijgevolg moeten de vragen worden geherformuleerd. Zo wenst de verwijzende rechter met zijn eerste vraag te vernemen, of de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207 aldus moeten worden uitgelegd, dat zij zich ertegen verzetten, dat aan het recht op schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving de voorwaarde wordt verbonden, dat de schuld van de werkgever wordt bewezen. De tweede en de derde vraag hebben betrekking op de vraag, of het verenigbaar is met richtlijn 76/207, dat de in voorkomend geval te vorderen schadevergoedingen aan een maximum worden gebonden. Met de vierde vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen nationale bepalingen die de gecumuleerde schadevergoedingen aan een maximum binden, zoals in § 61b, lid 2, ArbGG, is voorzien.

De eerste vraag

21. De nationale rechter vraagt zich af, of het antwoord dat het Hof in het arrest Dekker heeft gegeven, ook voor het onderhavige geding geldt.

22. Zoals bekend, ging het in die zaak om de weigering tot aanwerving van een sollicitante wegens zwangerschap. De Nederlandse rechterlijke instantie vroeg zich met name af, of een nationale bepaling die voor de toekenning van schadevergoeding wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling als voorwaarde stelt, dat schuld van de werkgever wordt aangetoond, verenigbaar is met de artikelen 2 en 3 van richtlijn 76/207.

23. Het Hof volgde de conclusie van advocaat-generaal Darmon [9] en bevestigde op grond van vaste rechtspraak [10], dat de Lid-Staten weliswaar vrij zijn in de keuze van de toe te passen middelen ter verzekering van een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming in de zin van artikel 6 van richtlijn 76/207, wanneer een sanctie wordt gekozen in het kader van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van de werkgever, maar dat schending van het discriminatieverbod *als zodanig* reeds volstaat voor de volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd, zonder dat daarnaast nog het bewijs van schuld van de werkgever kan worden verlangd of in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden kunnen worden erkend. [11]

24. De Commissie en verzoeker [12] stellen, dat dit arrest reeds de thans voorgelegde vraag heeft beantwoord.

25. De Duitse regering merkt daarentegen op, dat uit het arrest Dekker niet automatisch de conclusie kan worden getrokken, dat

9 — Conclusie bij arrest Dekker (punten 34-37).

10 — Arrest van 10 april 1984 (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891).

11 — Arrest Dekker (r. o. 22-26).

12 — Opmerkingen van de Commissie (punten 19-22) en van verzoeker (punten 39-43).

de litigieuze nationale bepaling onverenigbaar is met de bepalingen van de richtlijn. In dit arrest ging het enkel om het schuldvereiste naar Nederlands recht. In tegenstelling daarmee doet de schuld naar Duits recht niet af aan het nuttig effect van de communautaire bepalingen. Immers, naar Duits recht moet er voor aansprakelijkheid van de werkgever weliswaar stelselmatig sprake zijn van schuld, maar het bewijs van die schuld kan gemakkelijk worden geleverd, daar opzet en — ook de geringste — *nalatigheid* volstaan voor deze aansprakelijkheid. Bovendien worden aan de gevallen waarin de aansprakelijkheid van de werkgever is uitgesloten, bijzonder strenge eisen gesteld. [13]

26. Ik ben het niet eens met het standpunt van de Duitse regering. Mijns inziens is het arrest Dekker duidelijk en zonder meer overdraagbaar op de onderhavige zaak. Afgezien van het verschil in geslacht, zijn de geschillen die aan beide verwijzingsprocedures ten grondslag liggen, immers gelijk. In beide gevallen is, om redenen die uitsluitend verband houden met het geslacht van de sollicitant, een arbeidsverhouding niet tot stand gekomen [14] en zelfs niet in overweging genomen. [15] In beide gevallen vereist de in geding zijnde nationale wettelijke regeling volgens haar formulering voor aansprakelijkheid van de werkgever, dat naast de discriminerende handeling of gedraging ook schuld wordt aangetoond. Een dergelijke nationale wettelijke regeling stelt een werkgever dus in staat zich aan zijn aansprakelijkheid te onttrekken om een reden die niets met discriminatie op grond van geslacht te maken heeft, en ondermijnt duidelijk het nuttig effect van de bepalingen van de richtlijn. Ik verwijs hiervoor naar hetgeen advocaat-generaal Darmon heeft gezegd. [16]

27. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, de eerste vraag te beantwoorden als volgt: wanneer een Lid-Staat kiest voor strafbaarstelling in het kader van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van de werkgever, verzetten de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207 zich ertegen, dat aan het recht op schadevergoeding wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving de voorwaarde wordt verbonden van — zij het ook zeer geringe — schuld.

De tweede en de derde vraag

28. Met deze twee vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de uitlegging die het Hof in het arrest Marshall II aan artikel 6 van richtlijn 76/207 heeft gegeven, zich verzet tegen maatregelen als die voorzien in het Duitse recht, die de in voorkomend geval verschuldigde schadevergoedingen aan een maximum binden. [17] In de verwijzingsbeschikking wordt gepreciseerd, dat de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen niet in een dergelijk maximum voorzien. Ter terechtzitting is een langdurige discussie aan dit punt gewijd, over de afloop

13 — Opmerkingen van de Duitse regering (punten 4 en 5).
14 — Zaak Dekker.
15 — Onderhavige zaak.
16 — Punt 35 van zijn conclusie bij arrest Dekker.
17 — § 611a, lid 1, BGB en § 61b, lid 2, ArbGG.

waarvan ik mij niet heb uit te laten. Blijkens vaste rechtspraak berust artikel 177 van het Verdrag immers op een duidelijke scheiding van bevoegdheden tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof [18] en kan derhalve van het Hof niet worden verlangd, dat het nationaal recht uitlegt of toepast. [19] Ik moet mij derhalve richten naar de door de verwijzende rechter verstrekte juridische en feitelijke gegevens.

Het Hof wordt voorts verzocht te preciseren, of het antwoord afhangt van de geschiktheid van de sollicitant die op grond van zijn geslacht is gediscrimineerd.

29. Ik zal om te beginnen onderzoeken, of het voor het antwoord op de vraag van de verwijzende rechter relevant is, in welke mate de op grond van zijn geslacht gediscrimineerde sollicitant geschikt is.

30. Ik geloof dat dit niet het geval is, en wel om ten minste drie redenen.

31. *In de eerste plaats* moet worden vastgesteld dat, evenals in de zaak Dekker, de werkgever slechts op grond van het geslacht van de sollicitant geen arbeidsverhouding met hem tot stand heeft willen brengen, en niet om redenen die verband houden met de geschiktheid van laatstgenoemde. De nationale rechter haalt twee totaal verschillende begrippen door elkaar: het missen van een kans op grond van geslacht en de objectief onjuiste beoordeling door de werkgever van het dossier van de sollicitant.

32. Daar de schade wegens discriminatie op grond van geslacht bij aanwerving een op zichzelf staande schade is, moet zij worden vergoed, los van alle andere schade die de benadeelde sollicitant eventueel heeft geleden, en zonder dat de vergoeding van die eventuele andere schade enige invloed kan hebben op zowel het beginsel als de hoogte van de schadevergoeding voor deze discriminatie.

33. *In de tweede plaats* is het vaste rechtspraak, dat artikel 6 van de richtlijn de Lid-Staten bij schending van het discriminatieverbod verplicht, een sanctie toe te passen die een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming verzekert [20] en ten aanzien van de werkgever een echt afschrik-

18 — Zie onder meer arresten van 5 februari 1963 (zaak 26/62, Van Gend en Loos, Jurispr. 1963, blz. 3); 5 oktober 1977 (zaak 5/77, Tedeschi, Jurispr. 1977, blz. 1555, r. o. 17-19), en 23 februari 1995 (gevoegde zaken C-358/93 en C-416/93, Bordessa e. a., Jurispr. 1995, blz. I-361, r. o. 10).

19 — Zie onder meer arresten van 6 april 1962 (zaak 13/61, De Geus, Jurispr. 1962, blz. 93), en 20 oktober 1993 (zaak C-10/92, Balocchi, Jurispr. 1993, blz. I-5105, r. o. 16 en 17).

20 — Arresten Von Colson en Kamann (r. o. 23) en Dekker (r. o. 23).

kende werking heeft. [21] Mijns inziens zou worden afgedaan aan het nuttig effect van de bepalingen van de richtlijn, indien de vergoeding van de wegens deze discriminatie geleden schade ervan afhankelijk werd gesteld, dat de benadeelde sollicitant bewijst dat hij beter of even geschikt is als de door de werkgever aangestelde sollicitant.

34. *Ten slotte* valt de vergoeding van de schade die is geleden wegens de miskenning van de verdiensten en kwalificaties van een persoon, man of vrouw, — *tenzij het uiteraard om een verkapte discriminatie op grond van geslacht gaat* — niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207. Derhalve kan ik de nationale rechter slechts verwijzen naar de toepassing van zijn nationale recht.

35. Bijgevolg is de door de nationale rechter in de tweede vraag expliciet en in de derde vraag impliciet gewenste verduidelijking met betrekking tot de geschiktheid van de op grond van zijn geslacht gediscrimineerde sollicitant, voor de oplossing van het geschil irrelevant.

36. In het kader van deze prejudiciële vragen verzoekt de nationale rechter het Hof dus om een uitspraak over de vraag, of de in het arrest Marshall II [22] gekozen oplossing van toepassing is op de onderhavige zaak. Hij preciseert, dat in zijn nationale recht, anders dan in de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen [23], schending van het beginsel van non-discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van de voorwaarden voor toegang tot het arbeidsproces, wordt gestraft met een schadevergoeding in geld in het kader van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van de werkgever, die tot drie maandsalarissen is beperkt. Als salaris geldt het salaris waarop de kandidaat na aanwerving recht zou hebben gehad.

37. Zoals bekend, heeft het Hof in bedoeld arrest inderdaad een soortgelijke vraag van een Britse rechter moeten beantwoorden.

38. Marshall, slachtoffer van een discriminerend ontslag, vorderde betaling van schadevergoeding. Het Industrial Tribunal begrootte het door haar als gevolg van haar discriminerend ontslag geleden financiële verlies op een bedrag dat hoger was dan het daarvoor in Section 65(1)(b) van de Sex Discrimination Act 1975 vastgestelde maximum.

21 — Zie onder meer arrest Marshall II (r. o. 24).

22 — Zie verwijzingsbeschikking.

23 — Zie punt 28 van mijn conclusie.

De verwijzende rechter vroeg zich met name af, of deze nationale bepaling verenigbaar was met artikel 6 van richtlijn 76/207.

39. De Commissie en verzoeker stellen, dat dat arrest ten dele overdraagbaar is op de onderhavige zaak.

40. De Duitse regering betwist dit. Haars inziens is het arrest Marshall II niet relevant, omdat het daarin gaat om het bijzondere geval van een discriminerend ontslag, dat niet vergelijkbaar is met het onderhavige geval van discriminerende niet-aanwerving. Zij voegt eraan toe, dat het arrest Von Colson en Kamann (reeds aangehaald) wel van toepassing is, en dat de in geding zijnde Duitse wettelijke bepalingen de door het Hof in dat arrest geformuleerde beginselen in acht nemen. Zo voorzien zij in de toekenning van een vergoeding die in een passende verhouding tot de geleden schade staat en voldoende afschrikkend is ten aanzien van degene die discrimineert.

41. Ik geloof niet, dat de in deze twee arresten ontwikkelde beginselen met elkaar in tegenspraak zijn. Mijns inziens vormt het arrest Marshall II een verduidelijking en een nadere ontwikkeling van de aan het arrest Von Colson en Kamann ten grondslag liggende beginselen. Juist de in deze arresten ontwikkelde beginselen zal ik nog eens in herinnering brengen.

42. In het arrest Von Colson en Kamann heeft het Hof om te beginnen erop gewezen, dat ingevolge de artikelen 5 en 189, derde alinea, van het Verdrag de Lid-Staten alle algemene of bijzondere maatregelen moeten treffen die geschikt zijn om de uitvoering van het met richtlijn 76/207 beoogde doel te verzekeren, terwijl de nationale rechter het nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn. [24] Met betrekking tot deze richtlijn heeft het Hof voorts opgemerkt, dat het door de gemeenschapswetgever beoogde doel erin bestaat, de doeltreffendheid van het beginsel van non-discriminatie van de werknemers op grond van hun geslacht te verzekeren.

43. Vervolgens heeft het Hof verduidelijkt, dat een werkelijke gelijkheid van kansen niet zonder een passende sanctieregeling te verwezenlijken valt. [25] Met betrekking tot artikel 6 heeft het Hof geoordeeld: „Uit deze bepaling volgt, dat de Lid-Staten verplicht zijn om maatregelen te nemen die *voldoende effectief* zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, en om er zorg voor te dragen, dat de betrokkenen voor de nationale rechter *daadwerkelijk* een beroep op die maatregelen kunnen doen. Daarbij valt bij voorbeeld te denken aan bepalingen die de werkgever verplichten de gediscrimineerde sollicitant aan te stellen of die deze een *passende* financiële vergoeding toekennen, een en ander eventueel gekoppeld aan een boeteregeling. De richtlijn schrijft echter niet een bepaalde sanctie voor, doch laat de Lid-Staten de vrije keuze tussen de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel ervan te berei-

24 — R. o. 15 en 26.
25 — R. o. 22.

ken." [26] Verder dienen de door de Lid-Staten vastgestelde maatregelen „(...) *ten aanzien van de werkgever een echt afschrikkende werking* te hebben". [27]

44. Het Hof heeft in het arrest Marshall II eerst deze beginselen [28] in herinnering gebracht en vervolgens beslist, dat rekening moet worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elke schending van het beginsel van gelijke behandeling [29]; voorts heeft het Hof zich uitgelaten over het „passende" karakter van de sanctie waardoor wordt gewaarborgd, dat na een discriminerend ontslag weer sprake is van gelijke behandeling.

45. Advocaat-generaal Van Gerven heeft in zijn conclusie bij het arrest Marshall II de „passende vergoeding" omschreven als de vergoeding die hoog genoeg is om doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn. [30] Dit begrip dient dus te worden onderscheiden van de volledige vergoeding. [31]

46. Het Hof heeft deze benadering niet gevolgd en heeft geoordeeld, dat in geval van een discriminerend ontslag enkel het weer in dienst nemen van de gediscrimineerde dan wel de toekenning van een volledige financiële vergoeding voor de geleden schade de gelijkheid kan herstellen [32] en beantwoordt aan de vereisten die aan het begrip „passende sanctie" ten grondslag liggen. Bijgevolg heeft het Hof zich op het standpunt gesteld, dat artikel 6 van de richtlijn niet toestaat de bij discriminerend ontslag verschuldigde vergoeding aan een maximum te binden, „(...) aangezien de schadeloosstelling daardoor *bij voorbaat* wordt beperkt tot een bedrag dat niet noodzakelijkerwijs in overeenstemming is met het vereiste, dat daadwerkelijke gelijkheid van kansen moet worden verzekerd door middel van *een adequate vergoeding* van de als gevolg van discriminerend ontslag geleden schade". [33] Daarmee heeft het Hof het arrest Von Colson en Kamann nader toegelicht.

47. De beoordelingsvrijheid waarover de Lid-Staten beschikken bij de toepassing van de oplossing die zij hebben gekozen om het herstel van gelijke behandeling te verzekeren in geval van discriminerend ontslag, is dus beperkt: hetzij herplaatsing in de oude betrekking, hetzij volledige vergoeding van de schade volgens de geldende nationale bepalingen. [34]

48. Uit deze arresten leid ik af, dat het Hof het beginsel heeft geformuleerd, dat wanneer de Lid-Staten besluiten om de als gevolg van een door richtlijn 76/207 verboden discriminatie geleden schade te vergoeden in het kader van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van de werkgever, deze vergoeding volledig moet zijn.

26 — R. o. 18, cursivering van mij.
27 — R. o. 23, cursivering van mij.
28 — R. o. 23 en 24.
29 — R. o. 25.
30 — Punt 18 van zijn conclusie.
31 — Ibidem, punt 17.
32 — Arrest Marshall II (r. o. 25 en 26).
33 — Ibidem, r. o. 30, cursivering van mij.
34 — Ibidem, r. o. 36.

49. In casu heeft de Duitse wetgever als *maatregel ter verzekering van de inachtneming* van de rechten van een sollicitant die bij aanwerving op grond van zijn geslacht is gediscrimineerd, gekozen voor een schadevergoeding die tot drie maandsalarissen beperkt is, zulks, aldus de verwijzende rechter, in tegenstelling tot de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen. Dergelijke bepalingen zijn volgens mij om twee redenen verboden.

50. *In de eerste plaats* verzet de in de arresten Von Colson en Kamann en Marshall II gekozen oplossing zich daartegen, daar ik uit deze arresten heb afgeleid, dat daarin volledige vergoeding van schade als gevolg van een door richtlijn 76/207 verboden discriminatie, als beginsel wordt gesteld. [35]

51. Indien deze uitlegging niet werd aanvaard, zou uiteindelijk worden beslist dat de door discriminatie ontstane schade niet altijd volledig wordt vergoed, en dat deze regel dus van geval tot geval moet worden aangepast. Het Hof zou dan in elk individueel geval over de toe te passen regel moeten beslissen: het zou *bijvoorbeeld moeten vaststellen*, dat bij weigering tot aanwerving de vergoeding niet volledig zal zijn, evenals bij de weigering van een beroepsopleiding enz.; er valt nog te denken aan vele andere gevallen waarin werknemers op grond van hun geslacht worden gediscrimineerd en waarin het Hof derhalve een uitspraak zou moeten doen en eventueel zijn *rechtspraak zou moeten* wijzigen.

52. Deze uitlegging lijkt mij niet gerechtvaardigd en onredelijk. Immers, in de verschillende gevallen (ontslag, weigering tot aanwerving, enz.) verkeert de werknemer of de sollicitant in dezelfde situatie: hij is *gediscrimineerd op grond van zijn geslacht*, door hetzelfde afkeurenswaardige gedrag van de werkgever. Het algemene gelijkheidsbeginsel in het gemeenschapsrecht verlangt, dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, behoudens objectieve rechtvaardiging. [36] Wanneer werknemers zich in dezelfde situatie bevinden, moet derhalve dezelfde regel worden toegepast en moet hun schade volledig worden vergoed. [37]

53. Het is echter juist, dat de door de gediscrimineerde werknemers geleden schade in omvang kan verschillen. De nationale rechter moet niet alleen de verschillende gevallen van schending van het gelijkheidsbeginsel in aanmerking nemen, maar ook de verschillende omstandigheden van het concrete geval, indien er sprake is van een zelfde schending van het gelijkheidsbeginsel. Hoe dit ook zij, enkel de feitenrechter moet volgens de

35 — Zie punt 48 van mijn conclusie.

36 — Zie laatstelijk arrest van 12 december 1996 (C-241/95, Accrington Beef c. a., Jurispr. 1996, blz. I-6701).

37 — Arrest Marshall II (r. o. 26).

geldende nationale voorschriften de geleden schade beoordelen, rekening houdend met alle elementen die hij gewoonlijk in aanmerking neemt.

54. *In de tweede plaats* en subsidiair, verzet ook het beginsel van de procesautonomie van de nationale rechtsstelsels zich tegen de onderhavige bepalingen van Duits recht. Inachtneming van dit beginsel houdt in, dat bij gebreke van harmonisatie door het gemeenschapsrecht de Lid-Staten vrij zijn in hun keuze van de passende oplossing om deze rechtsbescherming te waarborgen, met dien verstande dat de gekozen sanctie ten minste even veel bescherming moet bieden als die welke in het kader van een vergelijkbare nationale regelgeving wordt geboden. [38] Naar de verwijzende rechter verklaart, is dat niet het geval.

55. Met betrekking tot de tweede en de derde vraag geef ik het Hof derhalve in overweging te beslissen, dat de beperking van de voor vergoeding in aanmerking komende schade in geval van discriminerende niet-aanwerving, in strijd is met de artikelen 2, lid 1, 3, lid 1, en 6 van richtlijn 76/207.

De vierde vraag

56. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de bepalingen van richtlijn 76/207 zich verzetten tegen bepalingen als die neergelegd in de Duitse wetgeving, op grond waarvan het bedrag van de schadevergoeding waarop de bij aanwerving op grond van zijn geslacht gediscrimineerde persoon aanspraak kan maken, op vordering van de werkgever kan worden beperkt wanneer meerdere schadevorderingen wegens discriminatie op grond van geslacht zijn ingediend. Deze nationale wettelijke bepaling maakt het met andere woorden mogelijk, in afwijking van de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen [39], het bedrag van de te betalen schadevergoeding aan te passen aan het aantal sollicitanten. Daardoor kan het bedrag van de schadevergoeding waarop laatstgenoemden aanspraak kunnen maken, als gevolg van het vastgestelde maximum beduidend lager uitvallen.

57. Ik verwijs op dit punt naar mijn overwegingen met betrekking tot de voorgaande vraag, want er bestaat geen enkel verschil tussen beide vragen. Ook hier gaat het om bepalingen die tot gevolg hebben, dat de vergoeding van de schade die de in het kader van een aanwervingsprocedure op grond van geslacht gediscrimineerde sollicitant werkelijk heeft geleden, aan een maximum wordt gebonden.

58. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, de vierde prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

38 — Zie onder meer arrest van 21 september 1989 (zaak 68/88, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1989, blz. 2965, r. o. 23 en 24).

39 — Zie punt 28 van mijn conclusie.

Conclusie

59. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

„1) Wanneer een Lid-Staat ervoor kiest, schending van het non-discriminatiebeginsel bij aanwerving in het kader van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid strafbaar te stellen, moeten de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling die aan het recht op schadevergoeding van een werknemer die bij een aanwervingsprocedure op grond van geslacht is gediscrimineerd, de voorwaarde verbindt, dat de werkgever schuld heeft.

2) De artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, en 6 van richtlijn 76/207 moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen nationale wettelijke bepalingen die, anders dan de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen, de schadevergoeding die bij een aanwervingsprocedure gediscrimineerde sollicitanten/sollicitantes kunnen vorderen bij discriminatie op grond van geslacht bij de aanwerving, aan een maximum van drie maandsalarissen binden.

3) De artikelen 2, lid 1, 3, lid 1, en 6 van richtlijn 76/207 moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen nationale wettelijke bepalingen die, anders dan de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen, het bedrag van de schadevergoeding waarop gezamenlijk aanspraak kan worden gemaakt door de personen die bij een aanwervingsprocedure zijn benadeeld door discriminatie op grond van geslacht, aan een maximum van zes maandsalarissen binden voor het geval meerdere personen een schadevordering indienen."