FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 14 januari 1997 *

1. Genom de frågor som Arbeitsgericht Hamburg har ställt till domstolen anmodas domstolen att på nytt uttala sig om tillämpningen av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (nedan kallat direktivet eller direktiv 76/207). [1]

Domstolen anmodas i huvudsak att uttala sig om huruvida direktiv 76/207 hindrar att skadestånd på grund av könsdiskriminering vid rekrytering underkastas ett villkor om vållande. Mot samma bakgrund frågas dessutom om direktiv 76/207 hindrar en nationell lagregel i vilken föreskrivs en övre gräns för skadeståndets storlek.

2. Som den nationella domstolen har påpekat [2] har EG-domstolen redan anmodats att uttala sig om liknande frågor. Den nationella domstolen önskar ändå få bekräftelse på att samma svar kan tillämpas på de faktiska omständigheterna i det mål som den skall avgöra och på föreskrifterna i nationell lag.

3. Innan jag går in på dessa frågor skall jag kortfattat redogöra för det aktuella målet.

Tillämpliga bestämmelser

Relevanta gemenskapsbestämmelser: direktiv 76/207

4. Syftet med direktiv 76/207 är att i medlemsstaterna genomföra principen om likabehandling av kvinnor och män genom att bland annat säkerställa att arbetstagare av båda könen har lika möjligheter i fråga om tillgång till anställning.

5. För detta ändamål definieras principen om likabehandling och dess gränser i artikel 2 i

* Originalspråk: franska.

1 — EGT L 39, s. 40.

2 — S. 8—10 i beslutet om hänskjutande, fransk översättning.

direktivet. I artikel 2.1 anges således att denna princip innebär att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus. I artikel 2.2 preciseras dock att direktivet inte hindrar medlemsstaterna att från dess tillämpningsområde utesluta den yrkesverksamhet, och i förekommande fall den utbildning som leder fram till den, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande, på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs.

6. I artikel 3 i direktivet preciseras likabehandlingsprincipens räckvidd i fråga om just tillgång till anställning. Enligt lydelsen av artikel 3.1 innebär tillämpningen av likabehandlingsprincipen att det i villkoren inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, som till exempel urvalskriterier, för tillgång till några arbetsuppgifter eller befattningar, inom vilken sektor eller verksamhetsgren, oavsett nivå, det vara månde. I artikel 3.2 a föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att alla lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen avskaffas.

7. Enligt artikel 6 i direktivet skall medlemsstaterna vidta de åtgärder som är nödvändiga för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade, på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats på det sätt som avses i artiklarna 3, 4 och 5, att göra sina rättigheter gällande i domstol.

Nationell rätt

8. De nationella lagregler om likabehandling av kvinnor och män i yrkeslivet som är relevanta i detta fall återfinns i Bürgerliches Gesetzbuch (tysk civillagsamling, nedan kallad BGB) och i Arbeitsgerichtsgesetz (lag om arbetsdomstolarnas organisation, nedan kallad ArbGG).

9. Enligt 611 a § första stycket BGB får en arbetsgivare inte genom avtal eller bestämmelser missgynna en anställd på grund av hans eller hennes kön, i synnerhet vad gäller upprättandet av ett anställningsförhållande, befordran, utbildning eller uppsägning. Särbehandling på grund av kön är dock tillåten, om avtalet eller bestämmelserna rör en verksamhet som på grund av sin särskilda natur kan utövas endast av arbetstagare av det ena eller det andra könet. I andra stycket i samma bestämmelse anges att om en arbetsgivare i samband med upprättandet av ett anställningsförhållande gör sig *skyldig* till överträdelse av förbudet i första stycket, "kan den förfördelade platssökanden begära en skälig ekonomisk ersättning vars belopp inte får överstiga tre månadslöner". Månadslönen skall motsvara den ersättning i pengar och in natura som den anställde skulle ha haft rätt till för regelbundet arbete under den månad då anställningsförhållandet upprättades.

10. Enligt 611 b § BGB får en arbetsgivare inte erbjuda anställning åt enbart män eller

enbart kvinnor, utom i det fall som avses i 611 a § första stycket andra meningen.

11. I 61 b § andra stycket ArbGG föreskrivs att om flera personer som har missgynnats i samband med upprättandet av ett anställningsförhållande gör gällande en rätt till ersättning enligt 611 a § andra stycket BGB skall, om arbetsgivaren begär detta, ersättningsbeloppet begränsas till sex månadslöner eller till tolv månadslöner när arbetsgivaren har organiserat ett enda rekryteringsförfarande för att upprätta flera anställningsförhållanden. Om arbetsgivaren redan har uppfyllt begäran om ersättning, skall detta maximibelopp följaktligen minskas. Om de sammanlagda ersättningar som sökandena har rätt till totalt överstiger detta maximibelopp, skall varje enskild ersättning minskas i proportion till sagda belopp.

De faktiska omständigheterna

12. Den 17 november 1994 svarade Nils Draehmpaehl, som är sökande i målet vid den nationella domstolen, per brev på ett anställningserbjudande som Urania Immobilienservice OHG hade låtit publicera i pressen och som löd enligt följande:

"Vi söker en erfaren kvinnlig assistent till vår försäljningsledning. Om du har förmåga att finna dig till rätta med den hektiska verksamheten på ett försäljningsinriktat företag, om du är beredd att koka kaffe, om du kan tänka dig att arbeta hårt och samtidigt få föga beröm — då är du den rätta för oss. Du måste kunna arbeta med PC och i lag med andra. Om du verkligen törs anta denna utmaning, ser vi fram mot din ansökan. Men kom inte och säg att vi inte har varnat dig ...".

13. Svaranden vid den nationella domstolen svarade inte på Nils Draehmpaehls brev. Nils Draehmpaehl väckte skadeståndstalan mot Urania Immobilienservice vid Arbeitsgericht Hamburg och gjorde gällande att han var den sökande som var bäst lämpad för den utannonserade tjänsten och att han passade bättre än den sökande som slutligen rekryterades, varför han ansåg att han hade utsatts för könsdiskriminering. Han yrkade att skadestånd skulle utges till honom med ett ersättningsbelopp motsvarande lön för tre och en halv månad.

14. Den nationella domstolen preciserade att i ett parallellt förfarande vid en annan av den hänskjutande domstolens avdelningar hade en annan sökande också yrkat ersättning inom ramen för en skadeståndstalan mot svaranden på liknande grunder.

15. Svaranden infann sig inte till förlikningssammanträdet och uttalade sig inte om den anhängiga talan. Varken domstolen eller sökanden lyckades nå svaranden eller utröna detta företags aktuella adress.

16. Enligt den nationella domstolen stred svarandens anställningserbjudande mot 611 b § BGB, eftersom det på ett obefogat sätt [3] uppenbart var riktat uteslutande till kvinnor. Domstolen ansåg det sannolikt att sökanden hade blivit utsatt för könsdiskriminering och fann att svaranden var skadeståndsskyldig.

17. Emellertid konstaterade den nationella domstolen att sökandens anspråk stod i konflikt med 611 a § andra stycket första meningen BGB, enligt vilken det krävdes att sökanden förebringade utförlig bevisning rörande arbetsgivarens vållande [4], medan sökanden endast hade åberopat sannolikhet.

18. Eftersom Arbeitsgericht Hamburg frågar sig dels om 611 a § andra stycket BGB är förenlig med domstolens tolkning av artikel 2 i direktiv 76/207 i en dom av den 8 november 1990, Dekker [5], dels om de tyska reglerna om en övre gräns för det ersättningsbe-lopp som den diskriminerade personen kan göra anspråk på [6] är förenliga med domsto-lens tolkning av artikel 6 i direktiv 76/207 i en dom av den 2 augusti 1993 i målet Marshall II [7], och inte anser sig vara i stånd att avgöra målet, har den ställt följande fyra tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall nationella lagregler, enligt vilka skadestånd på grund av könsdiskriminering vid rekrytering förutsätter att arbetsgivaren har varit vållande, anses strida mot artiklarna 2.1 och 3.1 i rådets direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG)?

2) Skall nationella lagregler som — till skillnad från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler — innebär att skadestånd på grund av könsdiskriminering vid rekrytering a priori begränsas till ett belopp motsvarande maximalt tre

3 — I den mening som avses i 611 a § första stycket BGB.

4 — Beslutet om hänskjutande, fransk översättning, s. 7, under a.

5 — Mål C-177/88, Rec. 1990, s. I-3941.

6 — Ovannämnda 611 a § andra stycket BGB och 61 b § andra stycket ArbGG.

7 — Mål C-271/91, Rec. 1993, s. I-4367.

månadslöner för platssökande som har diskriminerats under anställningsförfarandet, men som inte skulle ha fått den lediga platsen även om tillsättningen hade skett utan diskriminering, eftersom den sökande som rekryterades var mer kvalificerad, anses strida mot artiklarna 2.1 och 3.1 i rådets direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG)?

4) Skall nationella lagregler som — till skillnad från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler — innebär att de sammanlagda skadestånden för alla personer som har könsdiskriminerats i samband med rekryteringen a priori begränsas till ett totalt belopp motsvarande sex månadslöner, när flera personer gör anspråk på ersättning, anses strida mot artiklarna 2.1 och 3.1 i rådets direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG)?"

Bedömning

3) Skall nationella lagregler som — till skillnad från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler — innebär att skadestånd på grund av könsdiskriminering vid anställning begränsas till ett belopp motsvarande maximalt tre månadslöner även i det fall då en sökande skulle ha fått den lediga platsen, om tillsättningen hade skett utan diskriminering, anses strida mot artiklarna 2.1 och 3.1 i rådets direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (76/207/EEG)?

19. Jag vill inledningsvis erinra om att domstolen enligt fast rättspraxis inte är behörig att inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177 i EG-fördraget avgöra om en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten eller inte. Däremot är domstolen behörig att lämna den nationella domstolen alla gemenskapsrättsliga tolkningsdata som kan göra det möjligt för den att bedöma om de nationella bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten. [8]

8 — Se särskilt dom av den 1 februari 1996 i mål C-177/94, Perfili (REG 1996, s. I-161, punkt 9).

20. Frågorna i begäran om förhandsavgörande måste därför omformuleras. Således önskar den nationella domstolen genom sin första fråga få veta om artiklarna 2.1 och 3.1 i direktiv 76/207 skall tolkas på så sätt att de hindrar att skadestånd på grund av könsdiskriminering vid rekrytering förutsätter att arbetsgivarens vållande styrks. Den andra och den tredje frågan gäller huruvida det är förenligt med direktiv 76/207 att begränsa det skadestånd som eventuellt kan utkrävas. Med sin fjärde fråga önskar den nationella domstolen få veta om gemenskapsrätten hindrar nationella bestämmelser, enligt vilka sammanlagda skadestånd begränsas på det sätt som föreskrivs i 61 b § andra stycket ArbGG.

Den första frågan

21. Den nationella domstolen undrar om det svar som EG-domstolen lämnade i domen i målet Dekker är relevant för den tvist som skall avgöras.

22. Jag vill erinra om att det i detta mål var fråga om en vägran att anställa en sökande på grund av att hon var gravid. Den nederländska domstolen undrade särskilt om en nationell lagregel, enligt vilken betalning av skadestånd på grund av åsidosättande av likabehandlingsprincipen förutsatte att arbetsgivarens vållande kunde styrkas, var förenlig med artiklarna 2 och 3 i direktiv 76/207.

23. Domstolen följde generaladvokaten Darmons förslag till avgörande [9] och bekräftade, med utgångspunkt från en redan väl förankrad rättspraxis [10], att även om medlemsstaterna är fria i sitt val av åtgärder för att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, i den mening som avses i artikel 6 i direktiv 76/207, innebär det förhållandet att valet av sanktion omfattas av regler om arbetsgivarens civilrättsliga ansvar att ett åsidosättande av diskrimineringsförbudet *ensamt* är tillräckligt för att medföra fullt skadeståndsansvar för den som har utövat diskriminering, och det får varken krävas att arbetsgivarens faktiska vållande skall styrkas eller tas hänsyn till ansvarsfrihetsgrunder i nationell lagstiftning. [11]

24. Kommissionen och sökanden vid den nationella domstolen [12] har hävdat att denna dom redan innehåller svaret på den första av de frågor som har ställts till domstolen.

25. Den tyska regeringen har däremot anfört att domen i målet Dekker inte gör det möjligt att automatiskt dra slutsatsen att den

9 — Förslag till avgörande i målet Dekker (punkt 34—37).

10 — Dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (Rec. 1984, s. 1891).

11 — Målet Dekker (punkt 22—26).

12 — Kommissionens yttrande (punkt 19—22) och sökanden vid den nationella domstolen (punkt 39—43).

omtvistade nationella bestämmelsen är oförenlig med bestämmelserna i direktivet. Enligt regeringen gäller denna dom endast kravet på vållande i nederländsk rätt. I motsats till den senare är vållandekriteriet i tysk rätt inte sådant att det äventyrar gemenskapsbestämmelsernas ändamålsenliga verkan. Även om kravet på vållande i tysk rätt är systematiskt nödvändigt för att arbetsgivarens ansvar skall inträda, är det lätt att styrka detta vållande, eftersom det vid sidan av uppsåt räcker med vårdslöshet — eller till och med ringa vårdslöshet — för att ansvar skall föreligga. Vidare är förutsättningarna för arbetsgivarens ansvarsfrihet ytterst begränsade. [13]

26. Jag delar inte den tyska regeringens ståndpunkt. Enligt min mening är det klart och tydligt att rättsfallet Dekker kan överföras på detta mål. Bortsett från skillnaden i fråga om kön är de tvister som har lett till de båda förfarandena för förhandsavgörande identiska. Inte i något av fallen har ett anställningsförhållande upprättats [14] eller ens påtänkts [15] av skäl som uteslutande har att göra med den platssökandes kön. I båda fallen föreskrivs uttryckligen i den berörda nationella lagstiftningen att arbetsgivarens ansvar förutsätter att det styrks att han har varit särskilt vållande genom diskriminerande handling eller uppträdande. En sådan nationell lagregel gör det således möjligt för arbetsgivaren att undgå ansvar av ett skäl som inte rör könsdiskriminering, vilket alldeles uppenbart äventyrar den ändamålsenliga verkan av bestämmelserna i direktivet. I detta hänseende hänvisas till generaladvokaten Darmons resonemang. [16]

27. Jag föreslår följaktligen att domstolen besvarar den första frågan enligt följande: När en medlemsstat väljer en sanktion som omfattas av regler om civilrättsligt ansvar, utgör artiklarna 2.1 och 3.1 i direktiv 76/207 hinder för att skadeståndsansvar på grund av könsdiskriminering vid rekrytering förutsätter att arbetsgivaren har varit vållande, även om detta avser även ringa vållande.

Den andra och den tredje frågan

28. Genom dessa båda frågor önskar den nationella domstolen få veta om den tolkning som domstolen har givit artikel 6 i direktiv 76/207 i domen i målet Marshall II hindrar sådana bestämmelser som de som har utfärdats i tysk rätt, i vilka föreskrivs en övre gräns för storleken på de skadestånd som eventuellt kan utkrävas. [17] I det hänskjutande beslutet preciseras att det inte föreskrivs någon liknande begränsning i övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler. Denna fråga ägnades en lång diskussion under det muntliga förfarandet, men det ankommer inte på mig att uttala mig om hur den skall

13 — Den tyska regeringens yttrande (punkterna 4 och 5).
14 — Målet Dekker.
15 — Förevarande mål.
16 — Punkt 35 i förslaget till avgörande i målet Dekker.
17 — 611 a § första stycket BGB och 61 b § andra stycket ArbGG.

lösas. Det följer nämligen av domstolens fasta rättspraxis att artikel 177 är grundad på en tydlig åtskillnad mellan de nationella domstolarnas och EG-domstolens befogenheter [18], vilket innebär att EG-domstolen inte bör tolka eller tillämpa nationell rätt. [19] Jag måste därför utgå från de rättsliga och faktiska uppgifter som den nationella domstolen har lämnat.

Domstolen har dessutom anmodats att precisera om svaret beror på yrkeskompetensen hos den sökande som har utsatts för könsdiskriminering.

29. Inledningsvis skall utredas om svaret på den nationella domstolens fråga beror på graden av yrkeskompetens hos den sökande som har utsatts för könsdiskriminering.

30. Själv anser jag inte att det förhåller sig så, och detta av minst tre skäl.

31. *För det första* kan det, som i målet Dekker, konstateras att arbetsgivarens vägran att inleda ett anställningsförhållande med platssökanden endast berodde på dennes kön och inte på några orsaker som rörde hans yrkeskompetens. Den nationella domstolen har sammanblandat två helt skilda företeelser, nämligen förlusten av en möjlighet på grund av sökandens kön och den objektivt felaktiga bedömning som arbetsgivaren kan göra av handlingarna i platsansökan.

32. Den skada som har förorsakats på grund av könsdiskriminering vid anställning skall gottgöras oberoende av all annan skada som den förfördelade sökanden i förekommande fall kan ha lidit, och det utan att ersättningen för denna andra eventuella skada kan ha någon som helst inverkan på vare sig principen om eller omfattningen av ersättningen för denna diskriminering.

33. *Dessutom* anges i fast rättspraxis att i fall av överträdelse av diskrimineringsförbudet är medlemsstaterna enligt artikel 6 i direktivet skyldiga att vidta en sanktion som säkerställer ett faktiskt och effektivt domstolsskydd [20] och som har en reell avskräckande verkan på arbetsgivaren. [21] Det förefaller mig som om

18 — Se bland annat dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend och Loos (Rec. 1963, s. 1), av den 5 oktober 1977 i mål 5/77, Tedeschi (Rec. 1977, s. 1555, punkt 17—19) och av den 23 februari 1995 i mål C-358/93 och C-416/93, Bordessa m. fl. (REG 1995, s. I-361, punkt 10).

19 — Se bland annat dom av den 6 april 1962 i mål 13/61, De Geus (Rec. 1962, s. 89) och av den 20 oktober 1993 i mål C-10/92, Balocchi (Rec. 1993, s. I-5105, punkterna 16 och 17).

20 — Domarna i målet Von Colson och Kamann (punkt 23) och målet Dekker (punkt 23).

21 — Se särskilt domen i målet Marshall II (punkt 24).

det skulle äventyra den ändamålsenliga verkan av bestämmelserna i direktivet, om skadestånd på grund av diskriminering förutsatte att den förfördelade sökanden styrker att han har större eller lika stor yrkeskompetens som den sökande som arbetsgivaren har rekryterat.

34. *Slutligen* kan konstateras att skadestånd på grund av en oriktig bedömning av en — manlig eller kvinnlig — enskild persons meriter och yrkeskompetens inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 — *om det inte är fråga om dold könsdiskriminering naturligtvis*. Jag kan således endast finna att det ankommer på den nationella domstolen att tillämpa den nationella rätten.

35. Den precisering som den nationella domstolen, uttryckligen i den andra frågan och underförstått i den tredje frågan, har begärt beträffande den könsdiskriminerade sökandens yrkeskompetens saknar följaktligen relevans för tvistens lösning.

36. Inom ramen för dessa frågor har den nationella domstolen anmodat EG-domstolen att uttala sig om huruvida den lösning som antogs i domen i målet Marshall II kan tillämpas i förevarande mål. [22] Den nationella domstolen har förklarat att enligt den nationella rätten skall — i motsats till vad som normalt gäller enligt nationella civil- och arbetsrättsliga regler [23] — sanktionen vid överträdelse av förbudet mot könsdiskriminering i fråga om villkoren för tillgång till anställning bestå i att ekonomisk ersättning, begränsad till ett belopp motsvarande tre månadslöner, utges inom ramen för reglerna om arbetsgivarens civilrättsliga ansvar. Lönen motsvarar den lön som den rekryterade sökanden skulle ha haft rätt till.

37. Jag vill passa på att erinra om att en brittisk domstol har begärt EG-domstolens svar på en liknande fråga.

38. Helen Marshall hade utsatts för en diskriminerande uppsägning och begärde att ersättning skulle utges. Industrial Tribunal uppskattade den ekonomiska förlust som Helen Marshall hade förorsakats på grund av diskriminerande uppsägning till ett belopp som översteg den gräns för ersättning för denna typ av skada som fastställts i sektion 65.1 b i Sex Discrimination Act 1975. Den

22 — Beslutet om hänskjutande, i fransk översättning, s. 8, under b.

23 — Se punkt 28 i detta förslag till avgörande.

nationella domstolen ville särskilt veta om denna nationella bestämmelse var förenlig med artikel 6 i direktiv 76/207.

39. Kommissionen och sökanden vid den nationella domstolen har hävdat att domen i målet Marshall II delvis kan överföras på förevarande mål.

40. Den tyska regeringen har bestritt detta. Den anser att domen i målet Marshall II saknar relevans, eftersom den gäller ett särskilt fall av diskriminerande uppsägning som inte kan överföras på det aktuella fallet av diskriminerande vägran att anställa. Regeringen har tillagt att den ovan nämnda domen i målet Von Colson och Kamann kan tillämpas på detta mål och att de tyska lagreglerna i fråga motsvarar de principer som domstolen har fastslagit i denna dom. I de nationella reglerna föreskrivs således en ersättning som är rimlig i förhållande till den lidna skadan och som är tillräckligt avskräckande för den som har utövat diskriminering.

41. Jag tvivlar på att de principer som har fastslagits i dessa båda domar inte skulle kunna gå att förena. Enligt min mening har domstolen i domen i målet Marshall II preciserat och utvecklat principer som har sin grund i domen i målet Von Colson och Kamann. Jag vill erinra om just de principer som följer av dessa domar.

42. I domen i målet Von Colson och Kamann har domstolen först och främst erinrat om att det i artiklarna 5 och 189 tredje stycket i fördraget föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de syften uppnås som eftersträvas genom direktiv 76/207 och att de nationella domstolarna skall tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och ändamål. [24] Beträffande detta direktiv har domstolen även erinrat om att det syfte som gemenskapslagstiftaren eftersträvar är att säkerställa att förbudet mot könsdiskriminering av arbetstagare fungerar effektivt.

43. Domstolen har därefter preciserat att faktiskt lika möjligheter inte kan skapas utan ett lämpligt sanktionssystem. [25] Vad beträffar artikel 6 i direktivet fastslog domstolen att "det följer av denna bestämmelse att medlemsstaterna är skyldiga att vidta *tillräckligt effektiva* åtgärder för att uppnå direktivets syfte och se till att berörda personer *faktiskt* kan åberopa dessa åtgärder vid nationella domstolar. Sådana åtgärder kan till exempel omfatta bestämmelser som kräver att arbetsgivaren anställer den diskriminerade sökanden eller som säkerställer en *skälig* ekonomisk ersättning och som i förekommande fall kan förstärkas genom ett system med böter. Det bör emellertid påpekas att det inte föreskrivs någon bestämd sanktion i direktivet, utan medlemsstaterna är fria att välja bland

24 — Punkterna 15 och 26.

25 — Punkt 22.

olika lösningar som är ägnade att uppnå dess syfte". [26] Dessutom bör de åtgärder som antas av medlemsstaterna "... ha en *reell avskräckande verkan på arbetsgivaren*". [27]

44. I domen i målet Marshall II erinrade domstolen först om dessa principer [28] och fastställde därpå att hänsyn måste tas till de särskilda omständigheter som föreligger i varje enskilt fall där likhetsprincipen har åsidosatts. [29] Domstolen uttalade sig också om vad som kan anses "skäligt" i fråga om en sanktion som är ägnad att säkerställa att likabehandlingsprincipen återupprättas efter en diskriminerande uppsägning.

45. I generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i målet Marshall II definierades "skälig ersättning" som en ersättning som är tillräckligt hög för att utgöra en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion. [30] Enligt Van Gerven borde detta begrepp således särskiljas från begreppet full ersättning. [31]

46. Domstolen avvek från denna slutsats och fann, att vid en diskriminerande uppsägning kan endast en återanställning av den diskriminerade personen eller, som ett alternativ, full ekonomisk ersättning för den lidna skadan [32] anses återupprätta likabehandlingen och uppfylla de krav som innefattas i begreppet "skälig ersättning". Domstolen ansåg således att artikel 6 i direktivet inte tillåter att den ersättning som skall utges vid diskriminerande uppsägning begränsas, "eftersom det innebär att skadeståndsbeloppet *a priori* begränsas till en nivå som inte nödvändigtvis motsvarar kravet på att faktiskt lika möjligheter skall säkerställas genom *en skälig ersättning* för den skada som har förorsakats genom diskriminerande uppsägning". [33] Den preciserade härigenom domen i målet Von Colson och Kamann.

47. Därmed inskränktes medlemsstaternas handlingsutrymme vid genomförandet av den lösning som de valt för att säkerställa ett återupprättande av likabehandlingsprincipen i händelse av diskriminerande uppsägning: valet står mellan återanställning eller full ersättning för skadan enligt gällande nationella bestämmelser. [34]

48. Av dessa domar drar jag slutsatsen att domstolen har fastslagit principen att för det fall medlemsstaterna väljer att låta skador som har förorsakats genom en diskriminering som är förbjuden enligt direktiv 76/207 ersättas inom ramen för arbetsgivarens civilrättsliga ansvar, skall skadan ersättas fullt ut.

26 — Punkt 18, min kursivering.
27 — Punkt 23, min kursivering.
28 — Punkterna 23 och 24.
29 — Punkt 25.
30 — Punkt 18 i avgörandet.
31 — Ibidem, punkt 17.
32 — Domen i målet Marshall II (punkterna 25 och 26).
33 — Ibidem, punkt 30, min kursivering.
34 — Ibidem, punkt 36.

49. Den åtgärd som i detta fall har valts i tysk lagstiftning för att säkerställa rättigheterna för en platssökande som har könsdiskriminerats i ett anställningsförfarande består av ett skadestånd som begränsas till tre månadslöner, vilket enligt den hänskjutande domstolen är ett avsteg från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler. Dylika bestämmelser torde vara förbjudna av två skäl.

50. *För det första* hindras detta av den lösning som följer av domarna i målen Von Colson och Kamann samt Marshall II, eftersom jag av dessa domar utläser en princip om full ersättning för skada som har förorsakats av en diskriminering som är förbjuden enligt direktiv 76/207. [35]

51. För den händelse domstolen inte skulle stanna för en sådan tolkning är det möjligt att dra slutsatsen att den skada som förorsakas av sådan diskriminering inte alltid skall ersättas fullt ut, och att denna regel därför skall anpassas i förhållande till olika fall av diskriminering. Härigenom skulle domstolen komma att från fall till fall anmodas att avgöra vilken regel som skall tillämpas, exempelvis genom att fastslå att full ersättning inte skall utges vid förvägrad anställning och inte heller vid förvägrad yrkesutbildning, etcetera. Det är möjligt att mångfaldiga exemplen på fall där arbetstagare utsätts för könsdiskriminering och därmed de fall beträffande vilka domstolen måste uttala sig och eventuellt ändra sin rättspraxis.

52. Enligt min uppfattning är en sådan tolkning varken berättigad eller förnuftig. I de olika fallen (uppsägning, förvägrad anställning, etcetera) befinner sig nämligen arbetstagaren eller den platssökande i samma situation: han har utsatts för könsdiskriminering genom att arbetsgivaren uppträtt på samma klandervärda sätt. Enligt den allmänna principen om likabehandling i gemenskapsrätten får lika situationer inte behandlas olika och olika situationer får inte behandlas lika, med mindre att en sådan behandling är objektivt berättigad. [36] Av detta följer att samma regel bör användas på arbetstagare som befinner sig i liknande situationer och deras skador bör ersättas fullt ut. [37]

53. Det stämmer dock att det kan finnas olika synsätt på de skador som har förorsakats diskriminerade arbetstagare. Den nationella domstolen skall inte bara ta ställning till de olika fall där likabehandlingsprincipen har åsidosatts, utan även till de olika omständigheter som kan föreligga i ett visst fall beträffande samma åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Hur som helst ankommer det endast på den nationella domstolen att bedöma de lidna skadorna i enlighet med

35 — Punkt 48 i avgörandet.

36 — Se för senaste rättspraxis dom av den 12 december 1996 i mål C-241/95, Accrington Beef m. fl. (REG 1996, s. I-6699).

37 — Domen i målet Marshall II (punkt 26).

gällande nationella bestämmelser, varvid den bör ta hänsyn till alla sådana omständigheter som den normalt beaktar.

54. *För det andra* kan tilläggas att dylika tyska lagregler även hindras av principen om medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor. Enligt denna princip är medlemsstaterna, när det saknas gemenskapsrättslig harmonisering, fria att välja vilken lösning som är lämplig för att säkerställa domstolsskyddet, men den sanktion de väljer skall erbjuda minst lika mycket skydd som en sanktion som har fastställts i jämförbara nationella rättsregler. [38] Den nationella domstolen har dock visat att så inte är fallet.

55. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen besvarar den andra och den tredje frågan på så sätt att begränsningen a priori av skadestånd som skall utges på grund av en diskriminerande vägran att anställa strider mot artiklarna 2.1 och 3.1 samt mot artikel 6 i direktiv 76/207.

Den fjärde frågan

56. Genom denna fråga önskar den nationella domstolen få veta om bestämmelserna i direktiv 76/207 hindrar sådana bestämmelser som de i tysk rätt, vilka gör det möjligt för arbetsgivaren att få till stånd en begränsning av det skadeståndsbelopp som en person som har diskriminerats i ett anställningsförfarande kan göra anspråk på, när flera personer har yrkat skadestånd på grund av könsdiskriminering. Med andra ord innebär denna nationella lagregel, till skillnad från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler [39], att det är möjligt att anpassa det skadeståndsbelopp som skall utges efter antalet sökande. Detta leder till att det skadestånd som de sistnämnda kan göra anspråk på riskerar att minskas betydligt på grund av den fastställda övre gränsen.

57. Jag önskar hänvisa till det resonemang som har förts ovan, eftersom det inte föreligger någon skillnad mellan de båda frågorna. Det är än en gång fråga om regler som leder till en begränsning av ersättningsbeloppet för den skada som den sökande faktiskt har lidit på grund av könsdiskriminering i samband med ett anställningsförfarande.

58. Jag föreslår således att domstolen besvarar den fjärde tolkningsfrågan jakande.

38 — Se bland annat dom av den 21 september 1989 i mål 68/88, kommissionen mot Grekland (Rec. 1989, s. 2965, punkterna 23 och 24).

39 — Se punkt 28 i detta förslag.

Förslag till avgörande

59. Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag att domstolen besvarar den nationella domstolens frågor enligt följande:

1) När en medlemsstat väljer att förena icke-diskrimineringsprincipen med en sanktion som omfattas av regler om civilrättsligt ansvar, skall artiklarna 2.1 och 3.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, tolkas på så sätt att de hindrar en nationell lagregel enligt vilken skadestånd på grund av könsdiskriminering av en arbetstagare vid rekrytering förutsätter att arbetsgivaren har varit vållande.

2) Artiklarna 2.1 och 3.1 samt artikel 6 i direktiv 76/207 skall tolkas på så sätt att de hindrar nationella lagregler som — till skillnad från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler — innebär att skadestånd på grund av könsdiskriminering vid rekrytering a priori begränsas till ett belopp motsvarande maximalt tre månadslöner för platssökande som har diskriminerats under anställningsförfarandet

3) Artiklarna 2.1 och 3.1 samt artikel 6 i direktiv 76/207 skall tolkas på så sätt att de hindrar nationella lagregler som — till skillnad från övriga nationella civil- och arbetsrättsliga regler — innebär att de sammanlagda skadeståndena för alla personer som har könsdiskriminerats i samband med rekryteringen a priori begränsas till ett totalt belopp motsvarande sex månadslöner, när flera personer gör anspråk på ersättning.