DOMSTOLENS DOM
21. maj 1985 *

I sag 248/83

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, ved Kommissionens juridiske konsulent Manfred Beschel som befuldmægtiget, bistået af professor Jürgen Schwarze, Hamburgs universitet, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georges Kremlis, Kommissionens juridiske tjeneste, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland, ved kontorchef Martin Seidel, forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget, bistået af advokat Jochim Sedemund, Köln, og med valgt adresse i Luxembourg på Forbundsrepublikken Tysklands ambassade,

sagsøgt,

hvori der er nedlagt påstand om, at det statueres, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EØF-traktaten, idet den ikke fuldt ud i national ret har gennemført Rådets direktiver 76/207 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, og 75/117 af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten Mackenzie Stuart, afdelingsformændene G. Bosco, O. Due og C. Kakouris, dommerne P. Pescatore, T. Koopmans, U. Everling, K. Bahlmann og Y. Galmot,

generaladvokat: G. F. Mancini
justitssekretær: P. Heim

efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 26. februar 1985,

afsagt følgende

* Processprog: Tysk.

DOM

(Sagsfremstillingen udelades)

Præmisser

1 Ved stævning, indgivet til Domstolens justitskontor den 9. november 1983, har Kommissionen for De europæiske Fællesskaber i medfør af EØF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det statueres, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EØF-traktaten, idet den ikke fuldt ud i national ret har gennemført Rådets direktiver 76/207 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 (EFT L 39, s. 40), og 75/117 af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

Sagens genstand og den retlige baggrund

2 Det fremgår af sagen, navnlig af åbningsskrivelsen af 15. januar 1982 og den begrundede udtalelse af 29. oktober 1982, at Kommissionen indledte proceduren i henhold til artikel 169, efter at den tyske lov af 13. august 1980 om ligebehandling af mænd og kvinder på arbejdspladsen (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz, BGBl. 1980, I, s. 1308) var trådt i kraft. Formålet med loven var bl.a. at indføje en række nye bestemmelser i anden bog, VII. afdeling, 6. afsnit, i Bürgerliches Gesetzbuch, som vedrører tjenestekontrakter. § 611 a indeholder et forbud mod, at arbejdsgiveren ved indgåelse af en arbejdskontrakt, ved forfremmelse eller ved afskedigelse udsætter en arbejdstager for forskelsbehandling på grund af køn. Ifølge samme bestemmelse er forskelsbehandling på grund af køn dog mulig, når kønnet er en afgørende forudsætning for den virksomhed, der skal udøves. Ifølge § 611 b kan arbejdsgiveren ikke ved stillingsopslag angive, at der udelukkende ansættes mænd eller kvinder, medmindre kønnet er en afgørende forudsætning for det arbejde, der skal udføres. Der er tilføjet et nyt stykke til § 612, hvorefter arbejdstagere ikke på grund af køn kan aflønnes forskelligt for samme arbejde eller arbejde af tilsvarende værdi.

3 Det fremgår af de fremlagte dokumenter, at Kommissionen i det væsentlige har påtalt, at Forbundsrepublikken Tyskland har begrænset de til gennemførelse af de nævnte direktiver trufne foranstaltninger til privatretlige arbejdsforhold, og at den yderligere ikke har sikret, at en bestemmelse i den nævnte lov har tilstrækkelig gennemslagskraft i retlig henseende.

4 På baggrund heraf har Kommissionen over for Forbundsrepublikken Tyskland fremført fem klagepunkter, som kan sammenfattes således:

1) Direktiv 76/207 er ikke gennemført i national ret, for så vidt angår offentligretlige arbejdsforhold.

2) Direktiv 76/207 er ikke gennemført i national ret, for så vidt angår udøvelse af selvstændige erhverv.

3) Anvendelsesområdet for undtagelsesbestemmelserne i artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207 er ikke klart defineret.

4) Direktiv 76/207 er ikke fuldt ud gennemført i national ret, for så vidt angår bestemmelserne vedrørende stillingsopslag, jfr. § 611 b i Bürgerliches Gesetzbuch.

5) Direktiv 75/117 er ikke gennemført i national ret, for så vidt angår aflønning i det offentliges tjeneste.

Det bemærkes, at Kommissionen efter afsigelsen af Domstolens dom af 12. juli 1984 (Hofmann mod Barmer Ersatzkasse, 184/83, Sml. 1984, s. 3047) har frafaldet det sjette klagepunkt vedrørende barselsorlov, jfr. § 8 b i den tyske lov om beskyttelse af arbejdende mødre (Mutterschutzgesetz).

5 For nærmere at kunne fastlægge arten af de forpligtelser, som Forbundsrepublikken Tyskland påstås at have tilsidesat, findes det hensigtsmæssigt at gennemgå genstanden for og opbygningen af de to direktiver, som ligger til grund for Kommissionens søgsmål, for så vidt bestemmelserne er relevante for sagen.

6 I artikel 1 i direktiv 75/117 defineres rækkevidden af »ligelønsprincippet«, idet det fremhæves, at princippet indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn, for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår. Ifølge artikel 2 skal medlemssta-

terne i deres nationale retsorden indføre »de nødvendige bestemmelser til, at enhver arbejdstager, der føler sig krænket ved tilsidesættelse af ligelønsprincippet, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser«. Bestemmelsen suppleres af artikel 6, hvorefter medlemsstaterne i overensstemmelse med deres nationale forhold og deres retssystemer skal træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre gennemførelsen af ligelønsprincippet.

7 Direktiv 76/207 er opbygget efter samme system som ovennævnte direktiv. Artikel 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, definerer rækkevidden af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder således, at princippet indebærer, »at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte«, for så vidt angår adgang til beskæftigelse og arbejdsvilkår. I henhold til artikel 2, stk. 2, er direktivet ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse, »for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres«. Ifølge artiklens stk. 3 er direktivet ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Det bemærkes, at rækkevidden af sidstnævnte bestemmelse i visse henseender blev fastlagt i ovennævnte dom af 12. juli 1984.

8 Med henblik på gennemførelse af ligebehandlingsprincippet pålægger direktivet medlemsstaterne to former for forpligtelser. Ifølge artiklerne 3, 4 og 5 skal medlemsstaterne ophæve enhver administrativ eller ved lov fastsat forskelsbehandling og ved lov træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at ligebehandlingsprincippet overholdes i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter samt i vedtægter for selvstændige erhverv.

9 Ifølge artikel 6 skal medlemsstaterne i deres nationale retsorden indføre de nødvendige bestemmelser for at enhver person, der mener sig krænket ved, at ligebehandlingsprincippet tilsidesættes, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser.

10 Det bemærkes, at Domstolen i dom af 10. april 1984 (von Colson og Kamann, 14/83, Sml. 1984, s. 1891) i forbindelse med en fortolkning af direktiv 76/207

fastslog, »at der ikke kan skabes reel chancelighed uden et passende sanktionssystem. Dette resultat fremgår ikke blot af selve direktivets formål, men ganske særligt af dets artikel 6, der — med sit krav om søgsmålskompetence for stillingsansøgere, der er blevet udsat for forskelsbehandling — anerkender, at disse har rettigheder, der kan gøres gældende ad rettens vej. Selv om en fuldstændig gennemførelse af direktivet ikke... stiller krav om en bestemt sanktionsform i tilfælde af overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling, indebærer den ikke desto mindre, at sanktionen skal være egnet til, at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse.«

11 Kommissionens fem klagepunkter skal gennemgås i lyset af disse betragtninger.

Den manglende gennemførelse af ligebehandlingsprincippet i offentligretlige tjenesteforhold

12 Det fremgår af sagen, at Forbundsrepublikken Tyskland oprindelig havde gjort gældende, at direktiv 76/207 ikke kunne anvendes på offentligretlige tjenesteforhold. Derfor valgte Kommissionen at behandle dette spørgsmål først. Ifølge Kommissionen gælder direktiv 76/207 generelt, hvilket navnlig fremgår af artikel 3, stk. 1, som vedrører adgangsvilkårene »til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren«. Da offentligretlige tjenesteforhold således er omfattet af direktivet, har Forbundsrepublikken Tyskland undladt ved lov at træffe de nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet på dette område. Kommissionen har anerkendt, at princippet er fastlagt i den tyske grundlov, men har gjort gældende, at bestemmelserne må konkretiseres og gennemføres ved almindelig lovgivning for at sikre deres anvendelse i praksis. Kun herved er det muligt at opfylde kravene om, »at den retstilstand, som tilsigtes med direktiverne, skal være klar og sikker«, jfr. Domstolens dom af 6. maj 1980 (Kommissionen mod Belgien, 102/79, Sml. 1980, s. 1473, præmis 11). Kommissionen har yderligere anført, at de nævnte grundlovsbestemmelser kun sikrer mænd og kvinders lige adgang til og ligebehandling i det offentliges tjeneste under forudsætning af ansøgernes »egnethed«, hvilket giver mulighed for at genindføre betingelser vedrørende deres køn. Det samme gælder lovgivningen vedrørende ansættelse i det offentliges tjeneste. Der burde således også for den offentlige sektor være fastsat bestemmelser svarende til loven af 13. august 1980.

13 Heroverfor har Forbundsrepublikken Tyskland i svarskriftet rejst tvivl om, hvorvidt direktiv 76/207 omfatter offentligretlige tjenesteforhold. Det fremgår imidlertid af senere udtalelser såvel i duplikken som under den mundtlige forhandling, at dette synspunkt ikke blev opretholdt. For så vidt angår realiteten, har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at såvel grundloven som lovgivningen om offentligretlige tjenesteforhold udtrykkeligt sikrer mænd og kvinder samme adgangsvilkår og ligebehandling inden for den offentlige forvaltning. Den tyske grundlovs artikel 3, stk. 2 og 3, bestemmer således:

»2) Mænd og kvinder har samme rettigheder.

3) Ingen må stilles ringere eller bedre på grund af sit køn ...« [1].

For så vidt angår den offentlige forvaltning, bestemmer grundlovens artikel 33, stk. 2, yderligere:

»2) Alle tyske statsborgere har lige adgang til ansættelse i det offentliges tjeneste alt efter deres egnethed, kvalifikationer og faglige kundskaber.« [1]

Grundlovens artikel 1, stk. 3, bestemmer:

»3) Nedenstående grundrettigheder binder den lovgivende, udøvende og dømmende magt som umiddelbart gældende ret.« [1]

14 § 7 i Beamtenrechtsrahmengesetz af 1. juli 1957 (BGBl. I, s. 667, som ændret den 3. januar 1977, BGBl. I, s. 21) bestemmer:

»Ansættelser skal ske på grundlag af egnethed, kvalifikationer og faglige kundskaber uden hensyn til køn ...« [1]

1 — O.a.: Domstolens oversættelse.

§ 8 i Bundesbeamtengesetz af 14. juli 1953 (BGBl. I, s. 551, som ændret den 3. januar 1977, BGBl. I, s. 1) bestemmer:

»Ledige stillinger skal besættes ved stillingsopslag. Ansættelse sker på grundlag af egnethed, kvalifikationer og faglige kundskaber uden hensyn til køn ...«.

15 Alle disse bestemmelser fastlægger direkte borgernes rettigheder og giver mulighed for, såfremt rettighederne tilsidesættes, at anlægge sag ved forvaltningsdomstolene og i givet fald ved forfatningsdomstolen. Det var derfor ifølge Forbundsrepublikken unødvendigt ved lov at træffe foranstaltninger til gennemførelse af direktiv 76/207, så meget mere som en sådan lovgivning blot ville være en gentagelse af de principper, som allerede var fastsat i grundloven og i lovgivningen om offentligretlige tjenesteforhold. De offentligretlige tjenesteforhold afviger fra de privatretlige ansættelsesforhold, idet det for sidstnævntes vedkommende er usikkert, om grundlovsbestemmelserne vedrørende ligebehandling af mænd og kvinder umiddelbart kan skabe rettigheder mellem borgerne (»Drittwirkung«). For at fjerne denne usikkerhed fandt de kompetente myndigheder det nødvendigt at træffe de foranstaltninger, som er nedfældet i loven af 13. august 1980.

16 Med hensyn til den oprindelige af Forbundsrepublikken Tyskland rejste indsigelse bemærkes, at direktiv 76/207 — som i øvrigt også direktiv 75/117 — finder anvendelse på offentligretlige tjenesteforhold. Direktiverne har i lighed med EØF-traktatens artikel 119 og i overensstemmelse med selve det deri fastsatte princip generel rækkevidde; der kan ikke indføres ny forskelsbehandling ved at undtage visse kategorier fra de bestemmelser, som har til formål at sikre ligebehandling af mænd og kvinder på hele arbejdsmarkedet.

17 Vedrørende realiteten bemærkes for det første, at Kommissionen hverken har godtgjort eller forsøgt at godtgøre, at der inden for forvaltningen i Forbundsrepublikken Tyskland udøves retlig eller faktisk forskelsbehandling på grund af køn. Kommissionen har udelukkende undersøgt forholdet ud fra et principielt synspunkt, idet den har rejst spørgsmålet, om bestemmelserne i grundloven eller andre lovbestemmelser i Forbundsrepublikken Tyskland kan anses for i tilstrækkelig grad at sikre mod eventuel forskelsbehandling, og om supplerende lovbestemmelser var nødvendige til gennemførelse af direktiv 76/207.

18 Det bemærkes, at grundlovens klare bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder, om forbud mod forskelsbehandling på grund af køn og om lige adgang til ansættelse i det offentliges tjeneste for alle tyske statsborgere, som umiddelbart finder anvendelse, sammen med muligheden for domstolskontrol, herunder indbringelse af en tvist for forfatningsdomstolen, må anses for en tilstrækkelig garanti for inden for forvaltningen at gennemføre det i direktiv 76/207 fastsatte princip om ligebehandling. Der findes en tilsvarende garanti i lovgivningen om offentligretlige tjenesteforhold, som udtrykkeligt bestemmer, at ansættelse i det offentliges tjeneste skal ske på grundlag af objektive kriterier uden hensyn til køn.

19 Herefter kan det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland allerede ved direktiv 76/207's ikrafttræden havde opfyldt direktivets mål, for så vidt angår offentligretlige tjenesteforhold, således at det ikke var nødvendigt at udstede nye retsforskrifter til gennemførelse af direktivet.

20 Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at såvel grundlovens artikel 33, stk. 2, som lovene om offentligretlige tjenesteforhold gør adgang til ansættelse afhængig af ansøgernes »egnethed«, hvilket gør det muligt at genindføre forskelsbehandling på grund af køn. Forbundsregeringen har heroverfor anført, at egnethed er et objektivt ansættelseskriterium, og at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af køn ligeledes gælder ved anvendelsen af dette kriterium.

21 Indledningsvis bemærkes, at kriteriet om egnethed til at varetage offentligretlige hverv, således som det anvendes i grundloven og i Forbundsrepublikken Tysklands lovgivning, i betragtning af de mangeartede opgaver, som udføres af forvaltningen, omfatter et stort antal skønskriterier, som er spørgsmålet om køn uvedkommende. Principielt kan det således ikke kritiseres, at begrebet anvendes i den tyske grundlov og i almindelig tysk lovgivning.

22 Det skal således alene afgøres, om egnethedskriteriet, som i sig selv er et objektivt kriterium, i praksis er blevet anvendt således, at der inden for forvaltningen er

foretaget ansættelser, som hviler på forskelsbehandling på grund af køn. Det påhviler Kommissionen at godtgøre, at den tyske forvaltning har fulgt en sådan praksis; Kommissionen har imidlertid ikke godtgjort, at det var tilfældet.

23 Følgelig kan det første anbringende ikke lægges til grund.

Den manglende gennemførelse af ligebehandlingsprincippet inden for de selvstændige erhverv

24 Af tilsvarende grunde som de vedrørende ansættelse i forvaltningen anførte har Kommissionen gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland for at skabe en sikker og klar retsstilling ved lov burde have sikret, at ligebehandlingsprincippet ifølge direktiv 76/207 anvendes på adgangen til de selvstændige erhverv, så meget mere som vedtægten for disse erhverv udtrykkeligt er nævnt i direktivets artikler 3, 4 og 5. Ifølge Kommissionen skaber grundlovens bestemmelser ikke tilstrækkelig retssikkerhed på dette område. Det er derfor uforståeligt, at lovgivningen til gennemførelse af direktivet er begrænset til arbejdsforhold uden også at omfatte selvstændige erhverv. Som eksempel på forskelsbehandling inden for disse erhverv har Kommissionen henvist til erhvervet som jordemoder, hvortil mænd endnu ikke fuldt ud er sikret fri adgang.

25 Heroverfor har Forbundsrepublikken Tyskland anført, at de relevante bestemmelser i grundloven også inden for selvstændige erhverv yder tilstrækkelig sikkerhed mod forskelsbehandling på grund af køn. Ud over de allerede nævnte almindelige bestemmelser vedrørende ligestilling af mænd og kvinder og ophævelse af forskelsbehandling på grund af køn har den tyske regering henvist til grundlovens artikel 12, stk. 1, som bestemmer:

»Alle tyske statsborgere har ret til frit at vælge erhverv, arbejdssted og uddannelsessted« [1].

26 Ifølge den tyske regering kan de for dette område relevante grundlovsbestemmelser anvendes direkte på grund af det forhold, at adgangen til et selvstændigt

1 — O.a.: Domstolens oversættelse.

erhverv, for så vidt den gøres til genstand for en særlig procedure, må anses for en forvaltningsakt udstedt af et offentligretligt organ. Heraf følger, at det i grundlovens artikel 1, stk. 3, fastlagte princip uden undtagelse omfatter vedtægterne for de forskellige selvstændige erhverv, således som det kræves i direktivet. En individuel gennemgang af vedtægterne for de enkelte selvstændige erhverv viser, at der ikke i Forbundsrepublikken Tyskland findes bestemmelser, som er i strid med direktivet. Under forudsætning af, at de nødvendige faglige kvalificationer er til stede, har mænd og kvinder lige adgang til alle selvstændige erhverv.

27 Den tyske regering har navnlig fremhævet, at mænd siden 1. januar 1983 har haft adgang til uddannelsen som jordemoder, jfr. Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Hebammen af 3. september 1981 (BGBl. I, s. 923). Følgelig forberedes der en ændring af Hebammengesetz af 21. december 1938 (BGBl. I, s. 1893). Dette initiativ fra Forbundsrepublikken Tysklands side opfylder fuldt ud direktivets krav, jfr. Domstolens dom af 8. november 1983 (Kommissionen mod Det forenede Kongerige, 165/82, Sml., s. 3431).

28 Det bemærkes, at Kommissionen under den mundtlige forhandling har udtalt, at den ikke vil lægge vægt på spørgsmålet om jordemødre, og at dette forhold, som kun var nævnt til at anskueliggøre problemstillingen, i virkeligheden ikke længere kan betragtes som sagsgenstand.

29 Efter denne afklaring af spørgsmålet kan det fastslås, at Kommissionen — som for det første anbringendes vedkommende — ikke har fremført holdepunkter for, at der ifølge vedtægterne for selvstændige erhverv finder forskelsbehandling sted i Forbundsrepublikken Tyskland. For så vidt angår dette punkt, blev søgsmålet ligesom for det foregående punkts vedkommende rejst af principiellegrunde, da Kommissionen fandt, at den eksisterende retstilstand ikke var tilstrækkelig sikker og klar til, at den kunne antages at opfylde direktivets krav.

30 Af tilsvarende grunde som de for det første anbringende anførte, kan dette anbringende heller ikke lægges til grund. Når henses til, at alle tyske statsborgere ifølge grundloven og retssikkerhedssystemet er sikret fri adgang til selvstændige erhverv alene under forudsætning af objektivt fastsatte kvalificationer uden hensyn til køn,

må det fastslås, at for så vidt angår selvstændige erhverv, havde Forbundsrepublikken Tyskland ved direktiv 76/207's ikrafttræden opfyldt dettes krav, således at nye lovgivningsforanstaltninger ikke var nødvendige til gennemførelse af direktivet.

31 Dette anbringende kan således heller ikke lægges til grund.

Manglende fastlæggelse af anvendelsesområdet for undtagelserne efter artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207

32 For det tredje har Kommissionen påtalt, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har gennemført artikel 2, stk. 2, og artikel 9, stk. 2, i direktiv 76/207 vedrørende de former for erhvervsudøvelse, som på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres, kan udelukkes fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling. Det fremgår ikke klart, om Kommissionen kræver, at disse undtagelser fastsættes ved lov, eller at en liste eller et katalog over undtagelserne opstilles på anden måde. I alt fald har Kommissionen anført, at bestemmelsen i BGB's § 611 a, hvorefter det er muligt at fravige ligebehandlingsprincippet, når kønnet er en forudsætning for udøvelse af bestemte former for erhverv, er utilstrækkelig, da bestemmelsen ikke indeholder et præcist katalog over de tilladte undtagelser. Kommissionen har yderligere påtalt, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke i tilstrækkelig grad har gjort det muligt for Kommissionen at udøve kontrol i henhold til artikel 9, stk. 2, i direktiv 76/207. Kommissionen har anført, at en retssammenlignende undersøgelse viser, at de fleste øvrige medlemsstater generelt og retsanordnende har fastsat undtagelser, som de fandt begrundede i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2.

33 Heroverfor har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at det ikke på nogen måde fremgår af artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207, at medlemsstaterne er forpligtede til ved lov at opstille en udtømmende liste over de efter denne bestemmelse tilladte undtagelser. Den i denne hensigt indføjede bestemmelse i BGB's § 611 a opfylder ifølge Forbundsrepublikken fuldt ud direktivets krav. Det er ikke en forudsætning for, at Kommissionen kan udøve sine kontrolbeføjelser, at der ved lov udarbejdes en fortegnelse. Yderligere kan det af Kommissionen opstillede krav ikke gennemføres, da de former for erhvervsudøvelse, som i medfør af direktivets artikel 2, stk. 2, udelukkes fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehand-

ling, i betydeligt omfang vil føre til konkrete forbud mod adgangen til visse erhverv, som indføres som beskyttelsesforanstaltning på grund af arten af det udøvede erhverv, jfr. artikel 2, stk. 3. Endelig har Forbundsrepublikken Tyskland anfægtet Kommissionens udtalelser, for så vidt angår andre medlemsstaters gennemførelse af direktivet, så meget mere som det ikke vides med sikkerhed, om disse stater har truffet foranstaltningerne til opfyldelse af en retlig forpligtelse eller inden for rammerne af deres skønsbeføjelser.

34 For at afklare dette tvistepunkt har Domstolen anmodet Kommissionen om at fremlægge en kortfattet oversigt over resultaterne af sin undersøgelse vedrørende de forskellige medlemsstaters gennemførelse af artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207 og meddele, om Kommissionen på grundlag heraf havde været i stand til at opstille en for hele Fællesskabet gældende liste over de ved ovennævnte bestemmelse undtagne former for erhvervsudøvelse. Kommissionen har ikke besvaret sidstnævnte spørgsmål. For så vidt angår oplysningerne om medlemsstaternes praksis, fremgår det, at selv om der for bestemte erhverv (eksempelvis sangere, skuespillere, dansere, modeller for kunstnere og mannequin'er) er overensstemmelse mellem de forskellige staters love og praksis, opretholder medlemsstaterne et stort antal forskellige undtagelser, som støttes på betragtninger af social, moralsk og endog i visse tilfælde religiøs karakter; en væsentlig del af disse undtagelser støttes på hensynet til beskyttelse af kvinden i fysisk og moralsk henseende; endelig findes der vigtige undtagelser, som støttes på hensynet til værnepligten, samt organisationen af politiet og lignende tjenestegrene. Grundlaget for disse undtagelser er ligeledes af forskellig art, for så vidt nogle støttes på almindelig uskreven sædvane, andre på love og administrative forskrifter og atter andre på internationale aftaler. Endelig viser det sig, at visse medlemsstater i deres lovgivning har begrænset sig til generalklausuler i lighed med artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207. Kommissionen har oplyst, at den påtænker at anlægge traktatbrudssager mod en række medlemsstater.

35 For at tage stilling til rækkevidden af Kommissionens klagepunkt og afgøre, om det er begrundet, er det nødvendigt først at henvise til de relevante bestemmelser i direktiv 76/207. Artikel 2, stk. 2, bestemmer:

»Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse og i givet fald de

dertil førende uddannelser, for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.«

Artikel 2, stk. 3, bestemmer:

»Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.«

Artikel 9, stk. 2, bestemmer:

»Medlemsstaterne foretager regelmæssigt en undersøgelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for erhvervsudøvelse for at vurdere, om det under hensyntagen til den sociale udvikling er berettiget, at disse fortsat udelukkes. De meddeler Kommissionen resultatet af denne undersøgelse.«

36 Indledningsvis bemærkes, at formålet med artikel 2, stk. 2, ikke er at pålægge medlemsstaterne en forpligtelse, men at give dem mulighed for at udelukke visse former for erhvervsudøvelse fra direktivets anvendelsesområde. Bestemmelsen har hverken til formål eller til følge at pålægge medlemsstaterne at anvende denne mulighed på en bestemt måde, så meget mere som det fremgår af den af Kommissionen fremlagte retssammenlignende undersøgelse, at de pågældende undtagelser er særdeles forskelligt begrundet, og at adskillige er snævert knyttet til de bestemmelser, som regulerer visse former for erhverv eller virksomhed.

37 Derimod opstår spørgsmålet om, hvilke forpligtelser der påhviler medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 9, stk. 2. Bestemmelsen foreskriver to kontrolfaser, dels medlemsstaternes periodiske undersøgelse af, om undtagelserne fra princippet om ligebehandling er berettiget, dels Kommissionens kontrol, som støttes på resultatet af denne undersøgelse. Denne dobbeltkontrol skal gradvist ophæve de eksisterende undtagelser, som ikke længere kan anses for begrundet efter kriterierne i artikel 2, stk. 2, eventuelt sammenholdt med stk. 3.

38 Det fremgår af disse bestemmelser, at det først og fremmest påhviler medlemsstaterne så nøjagtigt som muligt og under en form, som på en eller anden måde kan

kontrolleres, at fastlægge de former for erhverv og virksomhed, som udelukkes fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling, og meddele resultatet til Kommissionen. Kommissionen har i medfør af sine beføjelser efter EØF-traktatens artikel 155 ret og pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger til kontrol af, om direktivets bestemmelser gennemføres.

39 Det er under retsforhandlingerne oplyst, at Forbundsrepublikken Tyskland på intet tidspunkt efter direktivets ikrafttræden har truffet de nødvendige foranstaltninger til at skabe blot et minimum af gennemskuelighed, for så vidt angår gennemførelsen af artikel 2, stk. 2 eller stk. 3, og artikel 9, stk. 2, i direktiv 76/207. Forbundsrepublikken har således hindret Kommissionen i at foretage en rimelig kontrol og gjort det vanskeligere for de personer, som eventuelt påføres skade på grund af forskelsbehandling, at varetage deres rettigheder.

40 Det må derfor fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØF-traktaten, idet den har undladt at indføre de nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af artikel 9, stk. 2, i direktiv 76/207, for så vidt angår de former for erhvervsudøvelse, som i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, er udelukket fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling.

Manglende retlig gennemslagskraft af bestemmelserne om stillingsopslag

41 Dette klagepunkt vedrører BGB's § 611 a, hvorefter en arbejdsgiver ikke må offentliggøre stillingsopslag, som ikke er »kønsneutrale«. Kommissionen har anført, at stillingsopslag, da de går forud for adgangen til ansættelse, er omfattet af direktiv 76/207. Den har påtalt, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har udformet § 611 a som en ufravigelig forskrift. Kommissionen har anført, at den omstridte bestemmelse, som ikke har tilstrækkelig retlig gennemslagskraft, ikke opfylder kravene efter direktivets artikel 6, hvorefter personer, som mener sig krænket ved, at princippet om ligebehandling tilsidesættes, skal kunne gøre deres rettigheder gældende for retslige instanser.

42 Forbundsrepublikken Tyskland har heroverfor anført, at stillingsopslag ikke er omfattet af direktivet, da de går forud for adgangen til beskæftigelse. Ingen af direktivets bestemmelser omhandler stillingsopslag. Det er først i den fase, hvor der er tale om adgang til beskæftigelse, at direktivet finder anvendelse, at medlemsstaterne pålægges forpligtelser, og at ansøgerne kan påberåbe sig en subjektiv ret til ligebehandling. Det kan således ikke gøres gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har udformet BGB's § 611 a som en ufravigelig forskrift.

43 Det bemærkes, at det ikke umiddelbart er muligt at udelukke spørgsmålet om stillingsopslag fra direktiv 76/207's anvendelsesområde, for så vidt stillingsopslag er snævert forbundet med adgangen til beskæftigelse og således kan begrænse denne. Men det må ligeledes anerkendes, at direktivet ikke pålægger medlemsstaterne nogen forpligtelse til at indføre almindelige bestemmelser for stillingsopslag, så meget mere som spørgsmålet er snævert forbundet med de ifølge direktivets artikel 2, stk. 2, tilladte undtagelser, da den fulde gennemførelse af artikel 9, stk. 2, vil sikre den nødvendige gennemskuelighed, også for så vidt angår stillingsopslag.

44 Heraf følger, at BGB's § 611 a ikke kan anses for en bestemmelse til opfyldelse af en forpligtelse ifølge direktiv 76/207, men at den må betragtes som et selvstændigt lovinitiativ til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet.

45 Anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

Den manglende gennemførelse i national ret af direktiv 75/117 for så vidt angår løn for offentlig ansættelse

46 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har omsat direktiv 75/117 til tysk offentlig ansættelsesret, for så vidt angår lige løn til mænd og kvinder. Kommissionen er således af den opfattelse, at Forbundsrepublikken Tysklands lovgivning heller ikke på dette område opfylder det krav om absolut klarhed, som må stilles for at sikre en effektiv gennemførelse af direktivet.

47 Heroverfor har den tyske regering fremført betragtninger, som er knyttet til de over for det første klagepunkt fremførte. Den har herved navnlig gjort gældende, at aflønningen af tjenestemænd og dommere er betinget af stilling og lønramme uden hensyn til køn.

48 Der bør gives Forbundsrepublikken Tyskland medhold i dette anbringende. Kommissionen har ikke på nogen måde godtgjort, at der ifølge lønsystemet for offentligt ansatte i Forbundsrepublikken Tyskland øves forskelsbehandling på grund af køn, da aflønningen som med rette fremført af den sagsøgte regering udelukkende er betinget af stilling og lønramme uden hensyn til køn.

49 Det kan herefter fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland allerede ved direktiv 75/117's ikrafttræden havde opfyldt dets mål, således at det ikke var nødvendigt at træffe særlige gennemførelsesforanstaltninger.

50 Dette anbringende kan således heller ikke lægges til grund.

51 Det kan herefter fastslås, at det første, andet, fjerde og femte anbringende ikke kan lægges til grund, men at sagsøgte har tilsidesat sine forpligtelser ifølge traktaten, for så vidt angår det tredje anbringende.

Sagens omkostninger

52 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagens omkostninger. Kommissionen, som har tabt sagen på de fleste punkter, bør afholde sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) **Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser efter EØF-traktaten, idet den har undladt at indføre de foranstaltninger, der til gennemførelse af artikel 9, stk. 2, i Rådets direktiv 76/207 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, skal træffes med henblik på de former for erhvervsudøvelse, som i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, er udelukket fra anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling.**

2) **I øvrigt frifindes sagsøgte.**

3) **Kommissionen betaler sagens omkostninger.**

Mackenzie Stuart Bosco Due Kakouris

Pescatore Koopmans Everling Bahlmann Galmot

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. maj 1985.

P. Heim
Justitssekretær

A. J. Mackenzie Stuart
Præsident