national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens artikel 189, stk. 3.

2. Direktiv 76/207 kræver ikke, at en forskelsbehandling på grundlag af køn ved adgang til beskæftigelse belægges med den sanktion, at vedkommende arbejdsgiver, der gør sig skyldig i forskelsbehandling, har pligt til at indgå en arbejdsaftale med den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling.

   Med hensyn til sanktionerne i tilfælde af en forskelsbehandling indeholder direktivet ingen ubetinget og tilstrækkelig præcis forpligtelse, som i mangel af rettidigt vedtagne gennemførelsesforanstaltninger kan påberåbes af private for at opnå en bestemt erstatning fastsat med hjemmel i direktivet, dersom denne retsvirkning ikke er påbudt eller hjemlet i den nationale lovgivning.

   Selv om direktiv 76/207 med hensyn til sanktioner i anledning af overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling giver medlemsstaterne valgfrihed mellem de forskellige løsninger, der er egnet til at virkeliggøre direktivets mål, følger det imidlertid af direktivet, at hvis en medlemsstat vælger at give krav på erstatning som sanktion i tilfælde af en overtrædelse af det nævnte forbud, skal erstatningens effektivitet og afskrækkende virkning sikres ved, at den i hvert fald skal modsvare det lidte tab, og den skal derfor overstige en rent symbolsk erstatning, for eksempel alene godtgørelse af udgifterne i forbindelse med ansøgningen. Det tilkommer den nationale domstol, under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.

I sag 79/83

angående en anmodning, som, Arbeitsgericht Hamburg i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

DORIT HARZ

mod

DEUTSCHE TRADAX GMBH

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af 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 (EFT L 39, s. 40),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten J. Mertens de Wilmars, afdelingsformændene T. Koopmans, K. Bahlmann og Y. Galmot, dommerne P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, G. Bosco, O. Due, U. Everling og C. Kakouris,

generaladvokat: S. Rozès
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

afsagt følgende

## DOM

## Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb samt de indlæg, der er indgivet i medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen, kan sammenfattes således:

### I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

I oktober 1980 afsluttede sagsøgeren i hovedsagen Dorit Harz (herefter benævnt sagsøgeren) sine erhvervsøkonomiske studier med eksamen som Diplom-Kauffrau. Den 24. januar 1981 indrykkede sagsøgte i hovedsagen Deutsche Tradax GmbH (herefter benævnt sagsøgte) en stillingsannonce i avisen »Die Welt«, hvori firmaet tilbød kvalificerede ansøgere med en videregående erhvervsøkonomisk uddannelse »et springbræt til en managerkarriere«.

Efter at sagsøgeren ved skrivelse af 28. januar 1981 havde ansøgt om den annoncerede stilling, returnerede sagsøgtes direktør ved skrivelse af 3. februar 1981 ansøgningens bilag til sagsøgeren og meddelte hende, at kun mandlige ansøgere kom i betragtning til denne stilling. Sagsøgerens generelt gode kvalifikationer blev ikke draget i tvivl.

På sagsøgerens foranledning rettede hovedkontoret for »Gleichstellung der Frau« i Hamburg henvendelse til sagsøgte. Over for hovedkontoret anførte sagsøgte, at firmaet udelukkende havde afslået sagsøgerens ansøgning om den annoncerede stilling, fordi sagsøgeren er kvinde.

Ved stævning, indgivet til Arbeitsgericht Hamburg den 26. februar 1981, påstod sagsøgeren principalt ansættelse hos sagsøgte, subsidiært erstatning på 12 000 DM, mere subsidiært erstatning på 2,31 DM.

Ved skrivelse af 7. april 1981 tilbød sagsøgte sagsøgeren en samtale på firmaets kontor om mulig ansættelse i firmaet. Denne samtale fandt sted den 12. maj 1981. Den 25. maj 1981 var sagsøgeren efter indbydelse fra sagsøgte til ansættelsesinterview på Deutsche Tradax GmbH's europæiske hovedkontor. Ved skrivelse af 3. juni 1981 meddelte sagsøgte endelig sagsøgeren, at firmaet, efter nærmere at have vurderet de samtaler, som havde fundet sted den 12. maj 1981 i Hamburg og den 25. maj 1981 i Genève, havde besluttet ikke at optage sagsøgeren i sit trainee-program.

Sagsøgeren gjorde ved Arbeitsgericht gældende, at sagsøgte havde overtrådt forbudet mod forskelsbehandling i artiklerne 2 og 3 i direktiv af 9. februar 1976, udstedt af Rådet for De europæiske Fællesskaber, om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF) samt BGB (den tyske borgerlige lovbog) artikel 611a).

Sagsøgte anførte, at den annoncerede stilling nødvendigvis måtte besættes med en mandlig ansøger. Der var kun beskæftiget mænd inden for markedsføring af landbrugsråvarer. Firmaet leverede bl.a. store mængder korn til Saudi-Arabien. Efter firmaets opfattelse udelukkede de sociale og religiøse forhold, som findes dér, at en kvinde kan oparbejde nye afsætningsmuligheder og vedligeholde eksisterende forretningsforbindelser.

I øvrigt anførte firmeat, at grunden til, at sagsøgeren ikke blev ansat, ene og alene var den, at hun ikke kunne leve op til de krav, som stillingen efter sagsøgtes opfattelse ubetinget stiller. Dette kom frem under vurderingen af de ansættelsessamtaler, som var blevet ført med sagsøgeren i Hamburg og Genève, henholdsvis den 12. maj 1981 og den 25. maj 1981.

Sagsøgte henviste endelig til BGB artikel 611a, stk. 2, og gjorde gældende, at sagsøgeren i det højeste kunne kræve erstatning på et beløb af 2,31 DM.

Arbeitsgericht Hamburg var af den opfattelse, at der i den foreliggende sag var tale om forskelsbehandling under ansættelsesproceduren, eftersom de ansættelsessamtaler, som sagsøgte havde med sagsøgeren, fandt sted under pres som følge af den verserende sag ved Arbeitsgericht. Som sanktion med henblik på at gennemføre ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse kunne der efter rettens opfattelse enten blive tale om ansættelse eller et erstatningskrav. En erstatning måtte nødvendigvis være en økonomisk mærkbar sanktion for at opnå, at arbejdsgiverne handler i overensstemmelse med retsreglerne.

Efter Arbeitsgericht's opfattelse er EF-direktiv 76/207/EØF imidlertid endnu ikke gennemført i tysk ret, og den i direktivet omhandlede ligestilling kunne ifølge Arbeitsgericht kun opnås, dersom forskelsbehandling i forbindelse med udvælgelsen af den, som skal ansættes, ubetinget har retlige konsekvenser, som enten ækvivalerer opfyldelsesinteressen, dvs. et krav på at blive ansat, eller en sanktion i form af ret til erstatning af betydelig størrelse. Men — tilføjede retten — i tilfælde af forskelsbehandling ved ansættelsen hjemler »Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang« (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) (»Lov om ligebehandling af mænd og kvinder på arbejdspladsen og om retlige krav, som opstår i forbindelse med virksomhedsoverdragelse« (den arbejdsretlige EF-gennemførelseslov)) alene ret til kontraktsinteressen som sanktion for forskelsbehandling ved ansættelsen, jfr. BGB artikel 611a, stk. 2. Denne minimale erstatning — i den foreliggende sag 2,31 DM — var efter rettens opfattelse ikke tilstrækkelig til at gennemføre EF-direktivet, da det herved ikke kunne opnås, at arbejdsgiverne handler i overensstemmelse med retsreglerne.

Arbeitsgericht Hamburg udsatte derfor sagen og forelagde Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

1. Følger det — i tilfælde af en konstateret forskelsbehandling — af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, som er indeholdt i artikel 1, stk. 2, og artikel 2, stk. 1 og 3, i »Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår« (76/207/EØF; EFT L 39, s. 40), at en kvindelig ansøger har en ret til at indgå ansættelseskontrakt med den arbejdsgiver, som har afslået at ansætte hende på grund af hendes køn?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: gælder dette kun, når.

   a) den kvindelige ansøger, som er blevet udsat for forskelsbehandling, er den bedst kvalificerede af alle mandlige og kvindelige ansøgere, eller

   b) også når der ganske vist er sket forskelsbehandling under ansættelsesproceduren, men resultatet er blevet, at en bedre kvalificeret mandlig ansøger er blevet ansat?

3. Såfremt spørgsmål 1 og spørgsmål 2, a) og b), besvares benægtende: har princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i henhold til bestemmelserne i direktiv 76/207/EØF den retsvirkning, at der enten kræves en økonomisk mærkbar sanktion, f.eks. erstatning af den forventede indtægt i en periode, som — alt efter omstændighederne i det konkrete tilfælde — kan være på op til seks måneder, som er det tidsrum, inden for hvilket arbejdstagere i henhold til tysk ret ikke kan påberåbe sig, at en afskedigelse er socialt ubillig,

   eller at der af det offentlige skal fastsættes bøder, respektive straf?

4. Såfremt spørgsmål 3 besvares bekræftende: gælder dette kun, når

   a) den kvindelige ansøger, som er blevet udsat for forskelsbehandling, er den bedst kvalificerede af alle mandlige og kvindelige ansøgere, eller

   b) også når der ganske vist er sket forskelsbehandling under ansættelsesproceduren, men resultatet er

blevet, at en bedre kvalificeret mandlig ansøger er blevet ansat?

5. Såfremt spørgsmål 1, 2, 3 eller 4 besvares bekræftende: er artiklerne 1, 2 og 3 i direktiv 76/207/EØF direkte anvendelige i medlemsstaterne?

Forelæggelseskendelsen er registreret på Domstolens justitskontor den 3. maj 1983.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren ved advokaterne Klaus Bertelsmann og Heide M. Pfarr, Hamburg, af Forbundsrepublikken Tysklands regering ved Ministerialrat i det tyske forbundsøkonomiministerium Martin Seidel samt professor i offentlig ret samt Europaret og folkeret ved Johann-Wolfgang-Goethe-universitetet i Frankfurt am Main, Manfred Zuleeg, som befuldmægtigede, af Det forenede Kongeriges regering ved J. D. Howes, Treasury Solicitor's Department, Queen Anne's Chambers, som befuldmægtiget, bistået af Ian Glick, Inner Temple, London, af kongeriget Nederlandenes regering ved generalsekretær i det nederlandske udenrigsministerium E. F. Jacobs, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved Manfred Beschel fra Kommissionens juridiske tjeneste som befuldmægtiget, bistået af Meinhard Hilf fra universitetet i Bielefeld.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

## II — De relevante bestemmelser

De relevante bestemmelser i direktiv 76/207 lyder som følger:

»Artikel 1

1. Dette direktiv tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og ... til social sikring. Dette princip betegnes i det følgende 'princippet om ligebehandling'.

...

Artikel 2

1. Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

...

Artikel 3

1. Anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner ...

Artikel 6

Medlemsstaterne indfører i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser for at enhver person, der mener sig krænket ved, at princippet om ligebe-

handling ... tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser ...

Artikel 9

1. Medlemsstaterne iværksætter de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er nødvendige for at efterkomme dette direktiv ...«.

BGB artikel 611a, der tilsigter at gennemføre direktiv 76/207 i tysk ret, er sålydende:

»1. En arbejdsgiver må hverken som led i en aftale eller ved en ensidig handling øve forskelsbehandling over for en arbejdstager på grund af dennes køn, navnlig ikke i forbindelse med indgåelsen af en ansættelsesaftale, ...

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

III — Skriftlige indlæg indgivet til domstolen

Sagsøgeren har gjort gældende, at direktiv 76/207 ikke — eller i hvert fald ikke fuldt ud — er blevet gennemført i Forbundsrepublikken Tysklands nationale ret, for så vidt angår forskelsbehandling i forbindelse med ansættelsen.

Sagsøgeren har anført, at det følger af selve formuleringen af BGB artikel 611a, stk. 2, at bestemmelsen ikke opfylder artikel 3, stk. 1, jfr. artiklerne 1, stk. 1 og 2, stk. 1, i direktiv 76/207. Efter sagsøgerens opfattelse følger det af direktivet, at overholdelsen af forbudet mod forskelsbehandling skal være retligt sanktioneret. Tysk ret hjemler imidlertid alene (en ganske ubetydelig) erstatning til arbejdstagerne i form af kontraktsinteressen.

I tysk ret er den retlige sanktionering af forbudet mod forskelsbehandling således ikke knyttet til overtrædelsen af dette forbud, men afhænger af, om den berørte arbejdstager i det enkelte tilfælde har lidt et tab, fordi han ikke kan støtte ret på kontrakten. Ifølge sagsøgeren beror dette standpunkt på, at lovgiveren har foretaget en afvejning mellem forbudet mod forskelsbehandling og arbejdsgiverens »kontraktsfrihed«, der ikke er holdbar.

På en række punkter i forbindelse med ansættelsesforholdet, f.eks. vedrørende afskedigelse og andre foranstaltninger, der kan tænkes truffet under ansættelsen, har lovgiveren fastslået, at forbudet mod forskelsbehandling har forrang. Men når der er tale om adgangen til beskæftigelse, har lovgiveren foretukket arbejdsgiverens kontraktsfrihed, herunder hans »frihed« til at diskriminere.

Sagsøgeren har endvidere anført, at der efter den herskende opfattelse i teorien end ikke består et krav på erstatning af kontraktsinteressen, dersom arbejdsgiveren på forhånd tilkendegiver, at han har til hensigt at udøve forskelsbehandling, f.eks. ved at udelukke ansættelse af en kvinde.

Ved at indsætte stk. 2 i BGB artikel 611a har lovgiveren efter sagsøgerens opfattelse begrænset betydningen af forbudet mod forskelsbehandling i stk. 1, hvorved »almindelige« retsvirkninger, der kendes i tysk borgerlig ret, klart er fraveget. Disse »almindelige« retsgrundsætninger rækker i virkeligheden videre — idet der ses bort fra BGB artikel 611a, stk. 2 — og muliggør tillige en mere smidig reaktion alt efter det enkelte tilfælde.

Ifølge sagsøgeren fremgår det af artikel 611a, stk. 2, at en krænket person alene kan støtte et krav om erstatning på den såkaldte kontraktsinteresse, således at der i så godt som samtlige tilfælde på dette grundlag alene kan kræves godtgørelse af udgifter i forbindelse med indgivelsen af ansøgningen, dvs. omkostninger i forbindelse med tilvejebringelse af papirer samt til brevpapir og porto, osv. Ifølge Arbeitsgericht Hamburg vil sagsøgeren i den foreliggende sag kunne kræve en erstatning på 2,31 DM. En sådan erstatning udgør den eneste retlige sanktion. Det kræves endvidere, at de, der udsættes for forskelsbehandlingen, opfylder visse betingelser for at have ret til denne ubetydelige erstatning, og det kan tænkes, at betingelserne ikke er opfyldt. Efter sagsøgerens opfattelse er det i artikel 611a indeholdte forbud mod forskelsbehandling derfor alene af formel betydning.

Sagsøgeren har anført, at på den ene side indeholder direktiv 76/207 ganske vist ingen udtrykkelige bestemmelser, der foreskriver bestemte sanktioner eller andre restvirkninger i tilfælde af forskelsbehandling i forbindelse med ansættelsen, men på den anden side forudsætter fællesskabsretten, således som det i øvrigt er fastslået af Domstolen, at der træffes effektive foranstaltninger til at gennemføre direktivernes bindende mål.

Efter at have opregnet de foranstaltninger, som sagsøgeren anser for passende med henblik på at gennemføre det omhandlede direktiv, har sagsøgeren endvidere anført, at det i hvert fald ikke kan godtages, at retsvirkningerne i tilfælde af, at en kvinde udsættes for forskelsbehandling, er begrænset til et krav på erstatning af portoudgifter.

Sagsøgeren har endvidere forsøgt at fremstille, hvorledes direktivet, set i forbindelse med almindelige tyske retsgrundsætninger, indebærer en ret til ansættelse eller — i tilfælde af, at den krænkede ikke udnytter denne ret — et krav på erstatning på indtil tolv måneders løn. For så vidt angår forskelsbehandling i forbindelse med ansættelsen er det efter sagsøgerens opfattelse utvivlsomt i overensstemmelse med indholdet af det omhandlede direktiv, at en kvindelig arbejdstager, der har modtaget afslag i strid med forbudet mod forskelsbehandling, har krav på at blive ansat. Et sådant retskrav — såvel som de heraf følgende retsvirkninger — vil efter sagsøgerens opfattelse være i overensstemmelse med det tyske retssystem. I henhold til de almindelige erstatningsretlige grundsætninger, som hjemles i den borgerlige lovbog — bortset fra artikel 611a, stk. 2 — har skadelidte krav på en erstatning, der modsvarer den pågældendes opfyldelsesinteresse, eller med andre ord krav på genopretning in natura (»Naturalrestitution«). Artikel 611a, stk. 2, falder derfor uden for denne ordning.

Efter sagsøgerens opfattelse er det heller ikke fremmed for tysk ret at anerkende en ret til ansættelse i det tilfælde, at den kvindelige ansøger, der har modtaget afslag, er den bedste af alle ansøgere, mandlige såvel som kvindelige.

En ret til at blive ansat kan således opstå i tilfælde af forskelsbehandling i forbindelse med udvælgelse med henblik på ansættelse i den offentlige forvaltning (jfr. grundlovens artikel 33, stk. 2 og 3). Spørgsmålet om det præcise tidspunkt for, hvornår en kvindelig eller mandlig ansøger i den offentlige forvaltning kan gøre krav på at blive ansat gældende, er omtvistet, men der er ifølge sagsøgeren enighed om at antage, at der består et

retskrav på ansættelse, såfremt ansættelsen af en bestemt person er den eneste forsvarlige afgørelse af den pågældende statslige myndighed.

Under alle omstændigheder foreligger der en sådan ret, for så vidt som den omhandlede stilling endnu ikke er besat. Er stillingen allerede besat, er det ifølge sagsøgeren den almindelige antagelse, at den krænkede, for så vidt som det drejer sig om en tjenestemandsstilling, enten har ret til at blive ansat eller har ret til erstatning. Er der tale om en stilling som arbejder eller kontorfunktionær i den offentlige forvaltning, kan den, til hvis skade der er udøvet forskelsbehandling i forbindelse med udvælgelsen, anlægge sag ved arbejdsretterne med henblik på at opnå ansættelse i den offentlige forvaltning, selv om stillingen allerede er besat. Det er i alle tilfælde muligt, at forvaltningen dømmes til at lade den uretmæssigt afviste ansøger deltage i den næste udvælgelsesprocedure med henblik på besættelse af en stilling af samme art.

Sagsøgeren har anført, at man — før gennemførelsesloven trådte i kraft — var nået til at anerkende en ret til ansættelse for så vidt angår monopolvirksomheder i den private sektor. Denne opfattelse bygger på forbudet mod misbrug af en monopolstilling.

For så vidt angår andre virksomheder i denne sektor hjemler artikel 78 i loven om lønmodtagerrepræsentation i virksomhederne ligeledes en ret til ansættelse.

Det kan efter sagsøgerens opfattelse ikke hævdes, at en ret til ansættelse ikke kan gennemføres, fordi arbejdsgiveren herved ville blive tvunget til at oprette og besætte et stort antal overflødige stillinger. Efter sagsøgerens opfattelse er arbejdsgiveren ikke forpligtet til både at ansætte en tidligere afvist kvindelig ansøger i henhold til hendes retskrav på at blive ansat samt opretholde ansættelsen for den allerede antagne mandlige ansøger. I henhold til den tyske lov om beskyttelse mod opsigelse står det arbejdsgiveren frit for at opsige en lønmodtager inden for de første seks måneder af ansættelsesforholdet. Også efter denne periode har arbejdsgiveren ret til at opsige, såfremt dette viser sig nødvendigt af tvingende forretningsmæssige hensyn.

Det kan i visse tilfælde være umuligt eller urimeligt at ansætte vedkommende, f.eks. når en stilling i mellemtiden er blevet nedlagt, og der ikke findes en lignende stilling. I henhold til de »almindelige« retsregler skal der herefter ydes erstatning til den, som er blevet udsat for en forskelsbehandling. Artikel 10 i den ovennævnte lov, der foreskriver ydelse af erstatning med et fast beløb på op til tolv måneders løn, kan efter sagsøgerens opfattelse anvendes som det retlige udgangspunkt i de ovenfor anførte tilfælde.

For så vidt angår personer, der er blevet udsat for forskelsbehandling, men som ikke har et retskrav på at blive ansat, fordi en bedre kvalificeret ansøger har fået den pågældende stilling, har sagsøgeren anført, at disse ikke alene har krav på erstatning af udgifterne til at indgive ansøgning, men tillige et krav på godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Et sådant retskrav hjemles i grundlovens artikel 2, stk. 1, og følger tillige af BGB artikel 847. Kravet på godtgørelse for ikke-økonomisk skade er efter sagsøgerens opfattelse så meget desto vigtigere i tilfælde af, at en kvindelig ansøger ikke er blevet anset som den bedst kvalificerede, for så vidt som det i de fleste tilfælde snarere er undtagelsen end reglen, at der anerkendes en ret for en kvinde til at blive ansat, hvilket ikke skyldes, at kvinder er mindre kvalificerede, men at der under den retssag, som en kvinde vil være tvunget til at gennem-

føre for at bevise, at hun er bedre kvalificeret, vil påhvile hende overordentligt tung bevisbyrde.

Sagsøgeren har gjort gældende, at lovgiveren i Forbundsrepublikken Tyskland har forsømt at gennemføre de foranstaltninger, der er nødvendige for at ophæve de ved lov eller administrative fastsatte bestemmelser, der er i strid med ligebehandlingsprincippet. Den anfægtede bestemmelse, dvs. BGB artikel 611a, stk. 2, er til hinder for, at de nationale domstole kan fortolke retsreglerne i overensstemmelse med fællesskabsdirektivet, eftersom denne klart formulerede gennemførelsesregel forhindrer dem deri. Efter sagsøgerens opfattelse er den eneste mulige løsning herefter at fastslå, at de pågældende lovbestemmelser strider mod direktivet og ikke kan finde anvendelse i national ret. Eftersom Forbundsrepublikken Tyskland ikke fuldt ud har gennemført direktiv 76/207 vedrørende forskelsbehandling i forbindelse med ansættelse, bliver direktivet umiddelbart anvendeligt. Den omstændighed, at der muligvis består et skøn for så vidt angår gennemførelsen af direktivet, er ikke til hinder for, at tilkende det direkte virkning, fordi det er indlysende, at gennemførelsesloven er til hinder for en passende gennemførelse i den nationale ret. Det fremgår udtrykkeligt af direktivets artikel 3, stk. 2, at medlemsstaterne er forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at ophæve de nationale bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, og det er derfor muligt for de berørte personer at påberåbe sig denne bestemmelse. Som følge af denne direktivbestemmelses direkte virkning bliver BGB artikel 611a, stk. 2, derfor efter sagsøgerens opfattelse ugyldig, og de effektive sanktioner i henhold til de almindelige tyske retsregler, der er beskrevet ovenfor, finder anvendelse, så længe den tyske lovgiver ikke har udnyttet sin vidtgående skønsbeføjelse på en måde, der er i overensstemmelse med direktivet.

Som konklusion har sagsøgeren foreslået, at de af Arbeitsgericht Hamburg forelagte spørgsmål besvares således:

*Spørgsmål 1*

I henhold til direktiv 76/207 skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger til at ophæve de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling.

Såfremt medlemsstaten ikke ophæver en lovbestemmelse, der er uforenelig med dette princip, uanset at ophævelsen af bestemmelsen ville bringe den nationale ret i overensstemmelse med direktivet, bortfalder den nationale bestemmelse i medfør af direktivet.

BGB artikel 611a, stk. 2, udgør en hindring for at gennemføre direktivet og finder ikke længere anvendelse. De regler, der gælder bortset fra den nævnte paragraf, finder herefter anvendelse.

Den, der er blevet udsat for forskelsbehandling, har ret til at indgå en ansættelsesaftale, medmindre omstændighederne taler herimod.

*Spørgsmål 2*

Et retskrav på ansættelse tilkommer alene den kvindelige ansøger, som ikke er blevet ansat på grund af sit køn.

*Spørgsmål 3*

Såfremt det ikke er muligt at ansætte den kvindelige ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling, eller er den pågældende ikke den bedst kvalificerede, er en mærkbar sanktion nødvendig af hensyn til en effektiv håndhævelse af forbudet mod forskelsbehandling.

*Spørgsmål 4*

Er der øvet forskelsbehandling over for en kvindelig ansøger, der, uanset at hun opfylder de personlige betingelser for ansættelse, ikke kan kræve at blive ansat, kan den pågældende i henhold til den tyske lovgivning kræve erstatning, der maksimalt kan udgøre tolv måneders løn.

De kvindelige ansøgere, der ikke opfylder de personlige betingelser for ansættelse, har ret til erstatning af udgifterne til indgivelse af ansøgning såvel som krav på godtgørelse for skade af ikke-økonomisk art.

*Spørgsmål 5*

Direktivet har direkte virkning, for så vidt som de nationale tyske bestemmelser, der er i modstrid med direktivet og udelukker anvendelsen af de sædvanlige retlige sanktioner i den borgerlige ret, er ugyldige.

*Forbundsrepublikken Tysklands regering* har henvist til sit indlæg i sag 14/83, von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, hvori den har anført, at lovforslaget blev tilstillet Kommissionen inden vedtagelsen af loven, og at Kommissionen ikke fremsatte indsigelser vedrørende de heri foreskrevne sanktioner i tilfælde af forskelsbehandling i forbindelse med adgangen til beskæftigelse. Heller ikke i den begrundede udtalelse af 29. oktober 1982 gjorde Kommissionen gældende, at der på dette punkt forelå en tilsidesættelse af direktiv 76/207. Efter regeringens opfattelse går den nye lovgivning videre end den hidtil gældende, især fordi det herefter er fastslået, at alle potentielle og aktuelle arbejdsgivere er omfattet.

Forbundsregeringen har endvidere anført, at den vel fuldt ud anerkender nødvendigheden af en effektiv gennemførelse af direktivet, men må fastholde, at der tilkommer den enkelte medlemsstat et vidt skøn, for så vidt angår de retlige sanktioner, der bør udløses af en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet (EØF-traktatens artikel 189, stk. 3).

Det er forbundsregeringens opfattelse, at den inden for rammerne af det skøn, som direktivet tildeler den enkelte medlemsstat for så vidt angår form og midler for gennemførelsen, kan bestemme, at der ikke består et retskrav på at blive ansat. Fællesskabsretten kræver ikke, at der ensidigt tages hensyn til den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling, idet artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, hvorefter medlemsstaterne kan træffe foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, i modsat fald ikke ville have været nødvendig.

Forbundsregeringen har dernæst anført, at ansættelsen af den, som arbejdsgiveren foretrak, ikke kan bringes til ophør uden at skuffe denne arbejdstagers berettigede forventninger. Oprettelsen af en eller endog flere nye stillinger ville efter regeringens opfattelse gå videre, end hvad forbudet mod forskelsbehandling kræver, og ville have karakter af en positiv foranstaltning til fremme af lige muligheder, som ikke bør påhvile den potentielle arbejdsgiver. Endelig kan man ikke — selv om forskelsbehandlingen viser sig, forinden stillingen er besat — pålægge en arbejdsgiver at ansætte hvem som helst.

Forbundsregeringen har endvidere gjort gældende, at dersom Domstolen skulle være af den opfattelse, at det er nødvendigt med mere tungtvejende retlige sanktioner for effektivt at håndhæve ligebehandlingsprincippet, må det i første række påhvile de nationale domstole at udtømme de muligheder, der findes i det nationale retssystem. Ifølge regeringen vil de tyske domstole være i stand til med hjemmel i den almindelige privatret at nå frem til passende løsninger, som tilgodeser både ligebehandlingsprincippet og alle de impliceredes interesser.

Regeringen har herved anført, at den tyske borgerlige lovbog hjemler krav på erstatning som en effektiv foranstaltning med henblik på at gennemføre ligebehandlingsprincippet.

Forbundsregeringen har endvidere anført, at den retlige sanktion i anledning af forskelsbehandling skal være forholdsmæssig, hvorfor det er tilstrækkeligt til at håndhæve ligebehandlingsprincippet, at den retlige sanktion er mærkbar. I øvrigt kan der kun anerkendes et erstatningskrav, såfremt den ansøger, der er blevet diskrimineret, var bedre kvalificeret end andre til at bestride den pågældende stilling, derimod ikke hvis de havde samme kvalifikationer.

For så vidt angår spørgsmålet om retsvirkningerne af direktiv 76/207, er Forbundsrepublikken Tysklands regering af den opfattelse, at direktivet på nationalt plan har sådanne retsvirkninger, hvis rækkevidde fremgår af Domstolens hidtidige praksis.

*Det forenede Kongeriges regering* har ligeledes henvist til sit indlæg i sag 14/83, hvori regeringen har anført, at det er overladt til medlemsstaterne at udvælge og gennemføre de foranstaltninger, som de anser for egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som påhviler dem i henhold til direktivet, og dette er, hvad Forbundsrepublikken Tyskland har gjort.

Direktivets artikel 6 siger intet om, hvilke foranstaltninger medlemsstaterne skal træffe. Påstanden om, at der foreligger en stiltiende forpligtelse, som udelukker andre foranstaltninger, finder regeringen derfor overraskende.

Efter regeringens opfattelse fremgår det klart af selve de spørgsmål, der blev forelagt i den ovennævnte sag, samt af de dertil knyttede bemærkninger, hvilke væsentlige vanskeligheder Domstolen ville blive stillet overfor, dersom den ville prøve at lovgive på dette område på medlemsstaternes vegne.

For så vidt angår spørgsmålet om direktivets konkrete retsvirkninger, har Det forenede Kongeriges regering anført, at et direktiv, der ikke er gennemført, ikke kan medføre forpligtelser for private, som ikke er direktivets adressater.

Regeringen har yderligere anført, at selv om der af direktivet måtte kunne udledes en forpligtelse for de nationale domstole til at dømme arbejdsgiverne til at ansætte de ansøgere, der er blevet udsat for forskelsbehandling, ville denne stiltiende forpligtelse ikke være umiddelbart gældende, eftersom den hverken er klar eller utvetydig og til sin gennemførelse afhænger af yderligere foranstaltninger truffet af de nationale myndigheder. Heller ikke artikel 6 kan gælde umiddelbart, eftersom den udtrykkeligt pålægger medlemsstaterne at træffe nogle ikke nærmere præciserede foranstaltninger.

*Kongeriget Nederlandenes regering* antager ikke, at der gælder en ret til ansættelse i tilfælde af, at en person er blevet udsat for en forskelsbehandling. Ifølge regeringen er der imidlertid mulighed for andre løsninger. Således kan der i visse tilfælde blive tale om at pålægge arbejdsgiveren at betale erstatning. Den nederlandske regering er af den opfattelse, at en dom til betaling af et rent symbolsk beløb under alle omstændigheder ikke opfylder kravet om, at den krænkede skal kunne gøre sine rettigheder i henhold til direktivet gældende.

Med hensyn til det fjerde præjudicielle spørgsål har den nederlandske regering i øvrigt anført, at der ikke kan tales om en ret til ansættelse for den »bedst kvalificerede« kvindelige ansøger, således som det forudsættes i dette spørgsmåls pkt. a). Valget af den »bedst kvalificerede« ansøger afhænger efter regeringens opfattelse af en række faktorer, der ikke kan vurderes objektivt. Ifølge regeringen skal spørgsmål 4, pkt. a), herefter besvares benægtende og pkt. b) bekræftende. Den, der er blevet udsat for en forskelsbehandling i forbindelse med en

ansættelsesprocedure, bør efter regeringens opfattelse have ret til at anfægte denne forskelsbehandling ad rettens vej, uden herved at foregribe det endelige resultat af proceduren.

*Kommissionen* har først foretaget en længere gennemgang af gældende ret, såvel på fællesskabsplan som i Tyskland, hvorved Kommissionen dog ikke, for så vidt som det ikke er nødvendigt, tilsigter at tage stilling til spørgsmålet om, i hvilket omfang der på grundlag af tysk ret kan gives sagsøgeren medhold i den foreliggende sag.

Kommissionen har anført, at der ikke kan udledes nogen ret til ansættelse på grundlag af direktiv 76/207. Dette følger i første række af direktivets ordlyd, der ikke foreskriver en sådan sanktion. Hvad navnlig angår artikel 6 har Kommissionen anført, at bestemmelsen i henhold til ordlyden alene er en processuel bestemmelse, der sikrer adgangen til retslige instanser, men ikke hjemler nogen materiel ret.

Der kan heller intet sluttes af direktivets tilblivelseshistorie, idet spørgsmålet om mulige sanktioner hverken er nærmere behandlet i bemærkningerne til direktivforslaget eller blev drøftet i Europa-Parlamentet og Det økonomiske og sociale Udvalg.

Kommissionen har videre anført, at de af medlemsstaterne gennemførte sanktioner i henhold til gennemførelseslovene varierer betydeligt. Kun i italiensk ret kan dommeren »træffe bestemmelse om ophør eller annullation af en forskelsbehandling i forbindelse med ansættelsen«. Medlemsstaternes forsigtighed beror ifølge Kommissionen på det modstående princip om arbejdsgiverens kontraktsfrihed.

Endelig er det efter Kommissionens opfattelse i overensstemmelse med målsætningen med direktiv 76/207, at det er overladt til medlemsstaterne at vælge og fastlægge sanktionerne (jfr. EØF-traktatens artikel 189, stk. 3). Dette princip finder dog kun anvendelse, for så vidt som det stemmer overens med det almindelige princip, der ligger til grund for alle direktiver, og ifølge hvilket gennemførelsen skal være effektiv med hensyn til resultatet.

Kommissionen har anført, at eftersom det første spørgsmål åbenbart skal besvares benægtende, er der ingen grund til — end ikke som en alternativ, subsidiær besvarelse — at tage stilling til det andet spørgsmål.

For så vidt angår det tredje spørgsmål har Kommissionen anført, at det bygger på den antagelse, at den tyske bestemmelse om, at der alene skal ydes erstatning af »kontraktsinteressen« ikke effektivt gennemfører direktivet, og der tilsigtes med spørgsmålet en udtalelse om, hvorvidt der kan udledes et krav på erstatning svarende til den positive opfyldelsesinteresse.

Kommissionen har i så henseende givet udtryk for, at hverken direktivets ordlyd eller tilblivelseshistorie giver præcise holdepunkter herfor samt anført, at ikke alle medlemsstaterne har foreskrevet en privatretlig sanktion i form af et erstatningskrav.

Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at den nationale lovgiver skal overholde visse almindelige principper.

Kommissionen har herved anført, at direktivets artikel 3, stk. 1, indeholder en ganske klar materiel forpligtelse: for så vidt angår adgangen til beskæftigelse er enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn forbudt. Det fremgår dernæst af direktivets artikel 6, at der i dette øjemed tilkommer den, der søger en stilling, et individuelt retskrav på, at den omtalte forpligtelse sanktioneres, når den pågældende er blevet »krænket« som følge af, at arbejdsgiveren har tilsidesat den. I et sådant tilfælde forudsætter artikel 6, at der findes nogle »rettigheder«, som den berettigede kan gøre gældende for retslige instanser. Ganske vist præciserer hverken artikel 6 eller nogen anden direktivbestemmelse, hvilken type »rettigheder« der skal være tale om for at opfylde fællesskabsrettens krav. Efter Kommissionens opfattelse

skal der imidlertid tillægges de ansøgere, der er blevet diskrimineret, sådanne rettigheder, at der heri ligger en effektiv gennemførelse af direktivets mål. Det indebærer, at de retlige sanktioner i anledning af en krænkelse af ligebehandlingsprincippet i hvert fald ikke må være så ubetydelige, at en arbejdsgiver uden videre kan se bort herfra, når han træffer afgørelse om at imødekomme eller afslå en ansøgning.

Det følger efter Kommissionens opfattelse af det principielle krav om, at direktivet skal gennemføres effektivt, at disse rettigheder har et sådant indhold, at de tilsikrer den ansøger, hvis rettigheder er blevet krænket, en passende erstatning, og at de i forhold til arbejdsgiveren indebærer et pressionsmiddel, som må tages alvorligt, således at han tilskyndes til at overholde ligebehandlingsprincippet. Kommissionen har anført, at det ikke er i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav om, at der skal tilstræbes en effektiv gennemførelse af direktivets mål, dersom den erstatning, der tilkommer en ansøger, hvis rettigheder i henhold til ligebehandlingsprincippet er blevet krænket, i henhold til nationale bestemmelser er begrænset til de udgifter, han har afholdt i forbindelse med indgivelsen af ansøgning.

Eftersom det er Kommissionens opfattelse, at spørgsmål 3 skal besvares benægtende, anser den det for overflødigt af besvare spørgsmål 4.

For så vidt angår spørgsmål 5 har Kommissionen anført, at spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 76/207 »gælder umiddelbart«, ikke opstår, eftersom der ikke kan udledes nogen klar sanktion af direktivet. Såfremt Domstolen ikke desto mindre vil indtage det standpunkt, at erstatningsbegrænsningen i BGB artikel 611a, stk. 2, må anses for ugyldig, således at sagsøgeren opnår ret til erstatning i videre omfang i henhold til almindelige regler, rejser dette ifølge Kommissionen andre problemer for så vidt angår spørgsmålet om direktivets direkte virkning.

Kommissionen har herved anført, at Domstolen ganske vist anerkender, at private kan påberåbe sig direktiverne over for en medlemsstat eller dennes institutioner og myndigheder, men den har hidtil ikke anerkendt, at direktiverne kan forpligte andre private [»Drittwirkung«] (bortset fra den mulige retsvirkning af visse traktatbestemmelser, som f.eks. artikel 119). Kommissionen har anført, at eftersom der ikke gælder et krav om offentliggørelse af direktiver, udelukker retsstatsprincippet, at der i henhold til direktiver kan påhvile private forpligtelser. Direktiv 76/207 vedrører ganske vist det samme grundliggende ligebehandlingsprincip, som fastslås i traktatens artikel 119, men det står ikke desto mindre fast, at direktivet bygger på traktatens artikel 235, der i så henseende er mere ubestemt.

Efter Kommissionens opfattelse bør Domstolen besvare de af Arbeitsgericht forelagte spørgsmål således:

1. Det følger ikke af Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, at en forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med adgang til beskæftigelse skal sanktioneres ved, at det pålægges den arbejdsgiver, der har gjort sig skyldig i forskelsbehandlingen, at indgå en ansættelsesaftale med den forskelsbehandlede ansøger.

2. Direktiv 76/207/EØF pålægger medlemsstaterne inden for de fastsatte frister at gennemføre bestemmelser, der sikrer, at den ansøger, der er blevet krænket ved en tilsidesættelse af det i direktivet fastslåede ligebehandlingsprincip, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser, samt at disse rettigheder efter deres

art og rækkevidde er egnede til at sikre, at arbejdsgiveren overholder det omtalte princip.

3. En national bestemmelse, hvorefter en ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling, alene har ret til erstatning af de udgifter, han har haft i forbindelse med indgivelsen af ansøgning, opfylder ikke fællesskabsrettens krav om, at de i det ovennævnte direktiv fastsatte mål skal gennemføres effektivt i den nationale lovgivning.

## IV — Spørgsmål til regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland

I sagen Sabine von Colson og Kamann mod delstaten Nordrhein-Westfalen, 14/83, anmodede Domstolen regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland om skriftligt at oplyse, i hvilket omfang § 611a i Bürgerliches Gesetzbuch må antages at have begrænset det erstatningskrav, som kvinder har, der har været udsat for forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse, ved at udelukke anvendelsen af de almindelige erstatningsretlige regler og begrænse deres erstatningskrav til den negative kontraktsinteresse.

Regeringen har svaret, at bestemmelsen ikke begrænser erstatningskravet og ikke udelukker anvendelsen af de almindelige erstatningsretlige regler. Den har tværtimod i forening med § 823, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch skabt hjemmel for konkrete erstatningskrav.

## V — Mundtlig forhandling

Sagsøgeren i hovedsagen, ved K. Bertelsmann, bistået af H. M. Pfarr, regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland, ved M. Seidel, og Kommissionen, ved M. Beschel, bistået af M. Hilf, har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 13. december 1983.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 31. januar 1984.

# Præmisser

1 Ved kendelse af 5. juli 1982, indgået til Domstolen den 3. maj 1983, har Arbeitsgericht Hamburg i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt en række spørgsmål til præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 76/207 af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgangen til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

2 Spørgsmålene er rejst under en sag mellem Diplom-Kauffrau Dorit Harz og Deutsche Tradax GmbH. Det fremgår af forelæggelseskendelsens grunde, at Arbeitsgericht har fundet, at der er udøvet forskelsbehandling på grundlag af køn fra virksomhedens side i forbindelse med den ansættelsesprocedure hvori Dorit Harz deltog som ansøger.

3 Arbeitsgericht fandt, at den eneste sanktion ved en forskelsbehandling, begået ved ansættelsen, ifølge tysk ret består i erstatning for den »negative kontraktsinteresse« (Vertrauensschaden), altså erstatning for det tab som de forskelsbehandlede ansøgere har lidt ved, at de har sat deres lid til, at arbejdsforholdet ville blive indgået, uden at der skete forskelsbehandling. En sådan erstatning er hjemlet ved § 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch.

4 Når der foreligger forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse, er arbejdsgiveren i medfør af denne bestemmelse pligtig at »erstatte de udgifter, som arbejdstageren har afholdt i tillid til, at en sådan retsstridig forskelsbehandling ikke hindrer indgåelsen af en ansættelsesaftale«. Det er formålet med denne artikel at gennemføre førnævnte direktiv 76/207 fra Rådet.

5 Arbeitsgericht er derfor af den opfattelse, at den i medfør af tysk ret alene kan fastsætte betaling af en mindsteerstatning, i nærværende tilfælde 2,31 DM, for sagsøgerens udgifter i anledning af ansøgningen, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at sikre, at fællesskabsdirektivet overholdes, idet en sådan erstatning ikke kan sikre, at arbejdsgiverne optræder i overensstemmelse med loven.

6 For imidlertid at kunne fastslå, hvilke retsregler der ifølge fællesskabsretten gælder om forskelsbehandling i forbindelse med adgangen til beskæftigelse, har den nationale ret forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1. Følger det — i tilfælde af en konstateret forskelsbehandling — af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, som er indeholdt i artikel 1, stk. 2, og artikel 2, stk. 1 og 3, i 'Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse,

erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår'. (76/207/EØF; EFT L 39, s. 40), at en kvindelig ansøger har en ret til at indgå ansættelseskontrakt med den arbejdsgiver, som har afslået at ansætte hende på grund af hendes køn?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: gælder dette kun, når

   a) den kvindelige ansøger, som er blevet udsat for forskelsbehandling, er den bedst kvalificerede af alle mandlige og kvindelige ansøgere, eller

   b) også når der ganske vist er sket forskelsbehandling under ansættelsesproceduren, men resultatet er blevet, at en bedre kvalificeret mandlig ansøger er blevet ansat?

3. Såfremt spørgsmål 1 og spørgsmål 2, a) og b), besvares benægtende: har princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i henhold til bestemmelserne i direktiv 76/207/EØF den retsvirkning, at der enten kræves en økonomisk mærkbar sanktion, f.eks. erstatning af den forventede indtægt i en periode, som — alt efter omstændighederne i det konkrete tilfælde — kan være på op til seks måneder, som er det tidsrum, inden for hvilket arbejdstagere i henhold til tysk ret ikke kan påberåbe sig, at en afskedigelse er socialt ubillig, eller at der af det offentlige skal fastsættes bøder, respektive straf?

4. Såfremt spørgsmål 3 besvares bekræftende: gælder dette kun, når

   a) den kvindelige ansøger, som er blevet udsat for forskelsbehandling, er den bedst kvalificerede af alle mandlige og kvindelige ansøgere, eller

   b) også når der ganske vist er sket forskelsbehandling under ansættelsesproceduren, men resultatet er blevet, at en bedre kvalificeret mandlig ansøger er blevet ansat?

5. Såfremt spørgsmål 1, 2, 3, eller 4 besvares bekræftende: er artiklerne 1, 2 og 3 i direktiv 76/207/EØF direkte anvendelige i medlemsstaterne«?

7 Med disse spørgsmål skal det især afgøres, om direktiv 76/207 pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at fastsætte bestemte retsvirkninger eller sanktioner i tilfælde af forskelsbehandling ved adgangen til beskæftigelse (spørgsmål 1-4), og om borgerne i givet fald for de nationale domstole kan påberåbe sig direktivets bestemmelser, dersom disse ikke inden for de fastsatte frister er gennemført i den nationale retsorden (spørgsmål 5).

a) Første spørgsmål

8 Den nationale ret søger med sit første spørgsmål i det væsentlige klarlagt, om direktiv 76/207 indebærer, at en forskelsbehandling på grundlag af køn ved adgang til beskæftigelse skal sanktioneres ved, at den arbejdsgiver, der har gjort sig skyldig i forskelsbehandlingen, pålægges pligt til at indgå en arbejdsaftale med den krænkede ansøger.

9 Efter den nationale rets opfattelse kommer to sanktioner i betragtning ved gennemførelsen af ligebehandling mellem mænd og kvinder ved adgang til beskæftigelse, nemlig pålæg om at ansætte vedkommende i stillingen eller ret til erstatning, der efter tysk ret må være ret til den positive opfyldelsesinteresse. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at direktiv 76/207 endnu ikke er gennemført i tysk ret, idet den sanktion, der er hjemlet ved artikel 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch efter rettens opfattelse ikke er tilstrækkelig i så henseende.

10 Det er sagsøgerens opfattelse, at artikel 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch udelukker muligheden for erstatning ifølge almindelige regler, idet bestemmelsen begrænser erstatningskravet til den negative kontraktsinteresse. Direktiv 76/207 forpligter medlemsstaterne til at indføre passende foranstaltninger med henblik på at undgå forskelsbehandling i fremtiden. Det må derfor i det mindste antages, at artikel 611a, stk. 2, ikke kan tages i betragtning. Dette vil medføre en pligt for arbejdsgiveren til at indgå en arbejdsaftale med den krænkede ansøger eller, hvis noget sådant viser sig umuligt eller konkret ikke kan komme på tale, til i det mindste at betale ansøgeren en mærkbar erstatning.

11 Forbundsrepublikken Tysklands regering anerkender vel nødvendigheden af, at direktivet gennemføres effektivt, men har lagt vægt på, at den enkelte medlemsstat i medfør af traktatens artikel 189, stk. 3, råder over et skøn med hensyn til de retsvirkninger, der skal knyttes til en overtrædelse af princippet om ligebehandling. Regeringen har endvidere gjort gældende, at de tyske domstole har adgang til på grundlag af national privatret og i overensstemmelse med direktivets indhold at udarbejde passende løsninger, der både imødekommer princippet om ligebehandling og samtlige parters interesser. Det er endelig regeringens opfattelse, at en mærkbar retsvirkning er tilstrækkelig til at gennemtvinge princippet om ligebehandling, og at den kun bør

finde anvendelse, dersom den krænkede ansøger er mere kvalificeret end de øvrige til at varetage den pågældende stilling, men ikke dersom ansøgerne er lige kvalificerede.

12 Den nederlandske regering er af den opfattelse, at direktivet ikke stiller krav om en bestemt sanktion, f.eks. pålæg om at ansætte dem, der har været udsat for forskelsbehandling. På den anden side er det forhold, at arbejdsgiveren dømmes til at betale et rent symbolsk beløb, ikke tilstrækkeligt til at opfylde kravet om, at den forskelsbehandlede person sættes i stand til at gøre sine rettigheder i henhold til direktivet gældende.

13 Det forenede Kongeriges regering er ligeledes af den opfattelse, at det tilkommer medlemsstaterne at vælge de foranstaltninger, som de finder egnede til at sikre, at de forpligtelser, der påhviler dem i medfør af direktivet, opfyldes. Direktivet indeholder ingen vejledning om, hvilke foranstaltninger medlemsstaterne skal træffe, ligesom de spørgsmål, der er forelagt Domstolen, i sig selv klart viser de vanskeligheder, der opstår ved valget af de egnede foranstaltninger.

14 Kommissionen har anført, at selv om direktivet overlader valget og fastsættelsen af sanktionerne til medlemsstaterne, skal gennemførelsen af dette ikke desto mindre være faktisk effektiv. Princippet om den effektive gennemførelse af direktivet indebærer et krav om, at sanktionerne udformes således, at de for den krænkede ansøger udgør en passende erstatning og mod arbejdsgiveren en pression, han må tage alvorligt, og som tilskynder til, at princippet om ligebehandling overholdes. Nationale regler, der alene giver ret til erstatning for den negative kontraktsinteresse, er ikke tilstrækkelige til at sikre, at princippet overholdes.

15 Traktatens artikel 189, stk. 3, bestemmer, at »et direktiv med hensyn til det tilsigtede mål [er] bindende for enhver Medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen«. Selv om det er rigtigt, at bestemmelsen overlader det til medlemsstaterne at vælge de fremgangsmåder og midler, der skal sikre direktivets gennemførelse, berører denne adgang imidlertid ikke forpligtelsen for hver medlemsstat, som direktivet retter sig til, til inden for sin nationale retsorden at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål.

16 Der må derfor foretages en gennemgang af direktiv 76/207 for at få fastslået, om det pålægger medlemsstaterne at fastsætte bestemte retsvirkninger eller sanktioner i tilfælde af, at princippet om ligebehandling tilsidesættes ved adgang til beskæftigelse.

17 Direktivet har til formål i medlemsstaterne at virkeliggøre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, især ved effektivt at sikre arbejdstagere af begge køn lige chancer ved adgang til beskæftigelse. Artikel 2 definerer herved princippet om ligebehandling og dettes grænser, medens artikel 3, stk. 1, særligt præciserer dets rækkevidde med hensyn til adgang til beskæftigelse. Artikel 3, stk. 2, a), bestemmer, at medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves.

18 Artikel 6 pålægger medlemsstaterne en pligt til at gennemføre de nødvendige nationale bestemmelser for, at enhver person, der mener sig krænket ved en forskelsbehandling, »kan gøre sine rettigheder gældende for retlige instanser«. Det følger af denne artikel, at medlemsstaterne er forpligtede til at gennemføre foranstaltninger, der er tilstrækkelig effektive til at opfylde direktivets formål, og drage omsorg for, at de pågældende rent faktisk kan påberåbe sig disse foranstaltninger for de nationale domstole. Sådanne foranstaltninger kan f.eks. omfatte bestemmelser, der pålægger arbejdsgiveren at ansætte den krænkede ansøger, eller som sikrer en passende økonomisk godtgørelse, der efter omstændighederne kan forstærkes gennem en bødeordning. Det må imidlertid fastslås, at direktivet ikke pålægger indførelsen af en bestemt sanktion, men overlader det til medlemsstaterne frit at træffe deres valg blandt de forskellige løsninger, der kan virkeliggøre direktivets formål.

19 Det første spørgsmål skal derfor besvares således, at direktiv 76/207 ikke kræver, at en forskelsbehandling på grundlag af køn ved adgang til beskæftigelse belægges med den sanktion, at vedkommende arbejdsgiver, der gør sig skyldig i forskelsbehandling, har pligt til at indgå en arbejdsaftale med den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling.

b) Andet spørgsmål

20 Da det andet spørgsmål kun er blevet stillet for det tilfælde, at arbejdsgiveren antages at være forpligtet til at ansætte den krænkede ansøger, er en besvarelse heraf ikke længere påkrævet.

c) Spørgsmålene 3-5

21 Den nationale ret spørger med det tredje og fjerde spørgsmål i det væsentlige Domstolen, hvorvidt det af direktivet er muligt at udlede, at der skal foreligge en økonomisk følelig sanktion. Med det femte spørgsmål ønskes det oplyst, om direktivet rigtigt fortolket kan påberåbes for de nationale domstole af de krænkede personer.

22 Det skal herved bemærkes, 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.

23 Selv om en fuldstændig gennemførelse af direktivet ikke — således som det er blevet fastslået i svaret på det første spørgsmål — 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. Sanktionen skal endvidere have en reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiveren. Heraf følger, at når medlemsstaten har valgt at sanktionere overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab.

24 Heraf følger, at en national lovgivning, der begrænser erstatningskravet for personer, der har været udsat for forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse, til en rent symbolsk godtgørelse, f.eks. dækning af omkostninger i anledning af ansøgningen, ikke imødekommer kravene om en effektiv gennemførelse af direktivet.

25 Arten af de sanktioner, der er fastsat i Forbundsrepublikken Tyskland i tilfælde af forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse, især spørgsmålet om, hvorvidt artikel 611a, stk. 2, i Bürgerliches Gesetzbuch udelukker muligheden for erstatning ifølge almindelige regler, er blevet indgående drøftet for Domstolen. Regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland har under den mundtlige forhandling gjort gældende, at artiklen ikke nødvendigvis udelukker anvendelsen af almindelige erstatningsretlige grundsætninger. Det tilkommer alene den nationale domstol at afgøre dette fortolkningsspørgsmål vedrørende national ret.

26 Imidlertid skal det fastslås, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens artikel 189, stk. 3.

27 Derimod gælder det, således som det fremgår af de foregående betragtninger, at direktivet ikke — med hensyn til sanktionerne i tilfælde af forskelsbehandling — indebærer en ubetinget og tilstrækkelig præcis forpligtelse, som i mangel af rettidigt vedtagne gennemførelsesforanstaltninger kan påberåbes af private for at opnå en bestemt erstatning fastsat med hjemmel i direktivet, dersom denne retsvirkning ikke er påbudt eller hjemlet i den nationale lovgivning.

28 Imidlertid skal det over for den nationale ret fastslås, at selv om direktiv 76/207 med hensyn til sanktioner i anledning af overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling giver medlemsstaterne valgfrihed mellem de forskellige løsninger, der er egnet til at virkeliggøre direktivets mål, følger det imidlertid af direktivet, at hvis en medlemsstat vælger at give krav på erstatning som sanktion i tilfælde af en overtrædelse af det nævnte forbud, skal erstatningens effektivitet og afskrækkende virkning sikres ved, at den i hvert fald

skal modsvare det lidte tab, og den skal derfor overstige en rent symbolsk erstatning, f.eks. alene godtgørelse af udgifterne i forbindelse med ansøgningen. Det tilkommer den nationale domstol, under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.

## Sagens omkostninger

29 De udgifter, der er afholdt af regeringerne for Forbundsrepublikken Tyskland, Det forenede Kongerige og Nederlandene samt af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, som er forelagt af Arbeitsgericht Hamburg ved kendelse af 5. juli 1982, for ret:

1. **Direktiv 76/207 kræver ikke, at en forskelsbehandling på grundlag af køn ved adgang til beskæftigelse belægges med den sanktion, at vedkommende arbejdsgiver, der gør sig skyldig i forskelsbehandling, har pligt til at indgå en arbejdsaftale med den ansøger, der er blevet udsat for forskelsbehandling.**

2. **Med hensyn til sanktionerne i tilfælde af en forskelsbehandling indeholder direktivet ingen ubetinget og tilstrækkelig præcis forpligtelse, som i mangel af rettidigt vedtagne gennemførelsesforanstaltninger kan påberåbes af private for at opnå en betemt erstatning fastsat med hjemmel i direktivet, dersom denne retsvirkning ikke er påbudt eller hjemlet i den nationale lovgivning.**

3. **Selv om direktiv 76/207 med hensyn til sanktioner i anledning af overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling giver medlemsstaterne valgfrihed mellem de forskellige løsninger, der er egnet til at virkeliggøre direktivets mål, følger det imidlertid af direktivet, at hvis en medlemsstat vælger at give krav på erstatning som sanktion i tilfælde af en overtrædelse af det nævnte forbud, skal erstatningens effektivitet og afskrækkende virkning sikres ved, at den i hvert fald skal modsvare det lidte tab, og den skal derfor overstige en rent symbolsk erstatning, f.eks. alene godtgørelse af udgifterne i forbindelse med ansøgningen. Det tilkommer den nationale domstol, under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.**

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

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

P. Heim
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS

(se sag 14/83, s. 1911)