

de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht.

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

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 april 1984.

De griffier
P. Heim

De president
J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL S. ROZÈS VAN 31 JANUARI 1984 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

De vragen die het Arbeitsgericht Hamm (zaak 14/83) en het Arbeitsgericht Hamburg (zaak 79/83) hebben gesteld, betreffen de rechtsgevolgen die het nationale recht dient te verbinden aan schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, met name bij de toegang tot het arbeidsproces, zoals dit is neergelegd in richtlijn nr. 76/207 van de Raad van 9 februari 1976 (PB L 39 van 1976, blz. 40). Voor de verwijzende rechters bestaat er geen twijfel over, dat de verzoeksters inderdaad het slachtoffer zijn geweest van discriminatie op grond van het geslacht.

De feiten van de twee zaken kunnen worden weergegeven als volgt.

- Zaak 14/84: Sabine von Colson en Elisabeth Kamann solliciteerden naar een betrekking als maatschappelijk werkster bij een strafinrichting in de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen. Ofschoon door de Raad voor maatschappelijk werk bovenaan de lijst geplaatst, werden zij door de bevoegde instantie lager geklasseerd en tenslotte gepasseerd ten gunste van twee mannelijke sollicitanten. Volgens het Arbeitsgericht Hamm blijkt uit de houding van de bevoegde instantie zonneklaar, dat de twee dames op grond van hun geslacht zijn gediscrimineerd.

¹ — Vertaald uit het Frans.

— Tot dezelfde conclusie komt het Arbeidsgericht Hamburg in de door Dorit Harz aanhangig gemaakte zaak: juist omdat zij vrouw is, is zij door de Deutsche Tradax GmbH niet aangesteld, op gronden die verband houden met bepaalde bijzondere aspecten van de door haar gewenste betrekking.

De schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot arbeid lijkt dus vast te staan: de twijfels van de Duitse gerechten houden verband met de *aard van de schadevergoeding die paragraaf 611a, lid 2, BGB* — het Duitse burgerlijk wetboek — *de gediscrimineerde sollicitant toekent*. Dit artikel is in het BGB ingevoegd bij de wet van 13 augustus 1980, waarbij het communautaire arbeidsrecht in nationaal recht is omgezet (BGBl. 1980 I, blz. 1308). Het eerste lid van het artikel bevat het principiële verbod van discriminatie op grond van het geslacht, in het bijzonder bij de totstandkoming van een arbeidsverhouding. Vervolgens bepaalt lid 2:

„Komt een arbeidsverhouding niet tot stand als gevolg van schending van het in lid 1 neergelegde discriminatieverbod door de werkgever, dan is deze gehouden de schade te vergoeden die de werknemer lijdt doordat hij erop vertrouwt dat de totstandkoming van de arbeidsverhouding niet als gevolg van een dergelijke schending achterwege zal blijven.”

De Duitse wetgever kent de wegens zijn geslacht afgewezen sollicitant dus vergoeding toe van de schade die het gevolg is van het feit dat hij is beschaamd in zijn vertrouwen dat de werkgever het discriminatieverbod zal eerbiedigen. Een recht op aanstelling wordt hem niet met zoveel woorden toegekend: enkel de zogenoemde vertrouwensschade wordt ver-

goed. Het schadebedrag dat hem op die basis kan worden toegewezen, dekt dus slechts de sollicitatiekosten (postzegel, envelop, reiskosten, kosten van documenten) en deze zullen in het algemeen slechts enkele D-marken bedragen. Wat de verwijzende rechters willen weten, is of een zo bescheiden vergoeding wel in overeenstemming is met de gemeenschapsrichtlijn nr. 76/207. Hun overeenkomstig geformuleerde prejudiciële vragen kunnen worden samengevat als volgt:

1. Wanneer het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot arbeid, zoals neergelegd in richtlijn nr. 76/207, is geschonden,
 - a) kan de gediscrimineerde sollicitante er dan aanspraak op maken, dat de onwillige werkgever bij wijze van sanctie wordt verplicht met haar een arbeidsovereenkomst te sluiten (14 en 79/83, vraag 1),
 - b) zo neen, onderstelt die schending dan een economisch merkbare sanctie, zoals een schadevergoeding tot een bedrag gelijk aan bijvoorbeeld zes maandsalarissen en/of, in voorkomend geval, toepassing van straf- of andere sancties (79/83, vraag 3; 14/84, vraag 5)?
 - c) In hoeverre en op welke wijze dient de nationale rechter in het ene en in het andere geval rekening te houden met de kwalificaties van de gediscrimineerde sollicitante, zowel in vergelijking met de gekozen sollicitant als, in voorkomend geval, in vergelijking met eveneens afgewezen andere sollicitanten (14/83, vragen 2-4; 79/83, vragen 2 en 4)?

2. Is richtlijn nr. 76/207 en, meer in het bijzonder, zijn de artikelen 1-3 rechtstreeks toepasselijk (14/83, vraag 6; 79/83, vraag 5)?

Blijkens deze vragen gaat het er eerst en vooral om, of de Lid-Staten ingevolge richtlijn nr. 76/207 verplicht zijn bepaalde sancties vast te stellen. Zou het onderzoek op dit punt niets opleveren, dan komt vervolgens de vraag aan de orde of het gemeenschapsrecht de Lid-Staten bijzondere verplichtingen oplegt om te waarborgen dat richtlijnen worden nageleefd.

I — Zijn de Lid-Staten ingevolge richtlijn nr. 76/207 verplicht sancties van een bepaalde soort vast te stellen?

Om deze vraag — waarom het in deze prejudiciële zaken in de eerste plaats gaat — te kunnen beantwoorden, moet ik om te beginnen herinneren aan artikel 189 van het Verdrag, luidende:

„Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij is bestemd, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.”

1. De juiste omvang van de nationale uitvoeringsbevoegdheid hangt dus af van het te bereiken resultaat. Deze oplossing koos het Hof in het arrest-Lee, waarin het ging om de vraag of richtlijn nr.

72/159 betreffende de modernisering van landbouwbedrijven (PB L 96 van 1972, blz. 1), de Lid-Staten verplichtte beroep in rechte mogelijk te maken tegen administratieve beslissingen ter zake van de in de richtlijn bedoelde financiële voordelen (arrest van 6. 5. 1980, zaak 152/79, Jurispr. 1980, blz. 1495, r.o. 12; zie ook arrest van 23. 11. 1977, Enka, zaak 38/77, Jurispr. 1977, blz. 2203, r.o. 11). In het algemeen dient men het door de richtlijn getrokken kader te onderzoeken om de juiste inhoud van de resultaatsverplichting van de Lid-Staat en dus de omvang van zijn beoordelingsvrijheid bij de uitvoering van de richtlijn te kunnen bepalen.

2. Laten wij dit eens bij richtlijn nr. 76/207 doen. Doel van deze richtlijn is: „de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekanalen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.” Dit doel wordt nog eens herhaald in artikel 1, terwijl artikel 2 het beginsel van gelijke behandeling en de grenzen ervan omschrijft. De draagwijdte van het aldus omschreven beginsel kan uit de artikelen 3 tot en met 8 worden afgeleid; het blijkt dan een tweeledige betekenis te hebben:

a) in de eerste plaats verbiedt het iedere discriminatie op grond van het geslacht op elk der gebieden waarvoor de richtlijn geldt (artikel 3, lid 1; artikel 4, eerste alinea; artikel 5, lid 1), in het bijzonder „voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak, en tot alle niveaus van de beroepshierarchie” (artikel 3, lid 1);

b) voorts houdt het voor de Lid-Staten de verplichting in om „de nodige maatregelen” te nemen, onder meer om te bereiken:

— dat alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen in overeenkomsten en bedrijfsreglementen, die met het beginsel in strijd zijn, worden ingetrokken (artikel 3, lid 2; artikel 4, sub a, b en c; artikel 5, lid 2),

— dat „eenieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de artikelen 3, 4 en 5 de mogelijkheid [heeft] om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden na eventueel een beroep op andere bevoegde instanties te hebben gedaan” (artikel 6; vgl. hieromtrent het arrest van 26. 11. 1983, zaak 163/82, Commissie t. Italië, r.o. 18-21, en mijn conclusie, punt II.2). Deze bepaling wordt aangevuld door artikel 7: dit verplicht de Lid-Staten immers, de werkgevers te beschermen tegen een ontslag dat een reactie zou zijn op het feit dat zij van de hun geboden rechtsmiddelen gebruik hebben gemaakt. Artikel 8 verplicht de Lid-Staten te zorgen voor een goede voorlichting van de werknemers; tenslotte bepaalt artikel 9 de termijn waarbinnen de richtlijn moet zijn uitgevoerd, terwijl ingevolge artikel 10 de Lid-Staten de Commissie alle gegevens moeten meedelen die deze nodig heeft voor haar verslag aan de Raad over de toepassing van de richtlijn.

De richtlijn behelst dus nergens een uitdrukkelijke verplichting voor de Lid-Staten om enigerlei sanctie te stellen op schending van het beginsel van gelijke behandeling, laat staan dat zij een be-

paalde sanctie zou voorschrijven. Enkel de artikelen 6 en 7 laten doorschemeren dat een schending niet ongestraft mag blijven; het openstellen van beroep op de rechter en het vereiste dat degene die daarvan gebruik maakt, beschermd moet worden, laten uiteindelijk echter alle vrijheid bij de keuze van de sanctie.

3. Dit leidt ons tot twee conclusies.

A — De Lid-Staten hebben een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de soort sancties die zij op schending van het beginsel willen stellen; dit wordt in de opmerkingen die in de twee zaken zijn ingediend, niet in twijfel getrokken. Het rechtsvergelijkend overzicht dat de Commissie heeft gepresenteerd, getuigt trouwens van de verscheidenheid van de gekozen oplossingen: alleen in Italië bestaat een recht op aanstelling, terwijl alle andere Lid-Staten behalve Duitsland en Nederland ten minste twee soorten sancties — civiel- of strafrechtelijke dan wel administratieve — hebben ingevoerd (verslag van de Commissie van 9. 2. 1981, blz. 201, COM(80) 832 def.). Richtlijn nr. 76/207 verplicht de Lid-Staten dus niet om als sanctie een recht op aanstelling toe te kennen of op schadevergoeding ter hoogte van zes maanden of één of twee jaar salaris, of op wat dan ook.

De vragen 2-4 in zaak 14/83 alsook de vragen 2 en 4 in zaak 79/83, die enkel zijn gesteld voor het geval de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord, kunnen verder dus onbesproken blijven; alleen wil ik erop wijzen, dat volgens 's Hof's vaste rechtspraak uitsluitend de nationale rechter heeft te oordelen over de feiten en de in het bij hem aanhangige geding toepasselijke procedurevoorschriften (zie bijvoorbeeld het

arrest van 28. 3. 1979, zaak 222/78, ICAP, Jurispr. 1979, blz. 1163, r.o. 10 en 11).

B — De vraag van de rechtstreekse werking van de richtlijn of sommige bepalingen ervan, is niet meer ter zake dienend. Zoals gezegd, houdt de richtlijn geen enkele onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting voor de Lid-Staten in om een bepaalde gedragslijn te volgen, dat wil in casu zeggen een sanctie van dit of dat soort vast te stellen (arrest van 19. 1. 1982, zaak 8/81, Becker, Jurispr. 1982, blz. 53, r.o. 25 en 52); over dit punt is tussen partijen geen discussie geweest.

Ik zou dus willen antwoorden, dat richtlijn nr. 76/207 de Lid-Staten niet verplicht om een bepaald soort sanctie vast te stellen voor inbreuken op het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers. Dit betekent echter niet, dat het de Lid-Staten vrijstaat om onverschillig welke sanctie te voorzien. Hierin ligt geen tegenspraak: wij komen hier weer bij de vereisten waaraan iedere Lid-Staat bij de uitvoering van een norm van gemeenschapsrecht moet voldoen.

II — Legt het gemeenschapsrecht de Lid-Staten bijzondere verplichtingen op bij de uitvoering van richtlijnen?

Wij zagen dat er voor de Lid-Staten een resultaatsverplichting bestaat, namelijk om het beginsel van gelijke behandeling op de in richtlijn nr. 76/207 bedoelde gebieden te verwezenlijken. Concreet wil dat zeggen: opheffing van bestaande discriminaties, aangevuld met een door de nationale wetgeving gewaarborgd recht van beroep op de rechter.

Maar met deze formele bepalingen is de nakoming van de verplichting nog niet gegarandeerd: of het beginsel door de Lid-Staten doeltreffend ten uitvoer wordt gelegd, hangt immers ook af van de sanctie die op eventuele schending ervan wordt gesteld. Ofschoon de richtlijn op dit punt zwijgt en de zorg voor de nodige maatregelen aan de nationale autoriteiten overlaat (voor nationale sancties op schending van een verordening, zie arrest 50/76, Amsterdam Bulb, Jurispr. 1977, blz. 137, r.o. 32 en 33), dient men zich wel de aard van de algemene verplichtingen van die autoriteiten bij de uitvoering van ieder gemeenschapsvoorschrift voor ogen te houden. Artikel 5 EEG-Verdrag bepaalt dienaangaande:

„De Lid-Staten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de Instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.”

De strekking van dit algemene gebod kan aan de hand van 's Hof's rechtspraak worden gepreciseerd.

1. Met betrekking tot richtlijn nr. 75/117 van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45 van 1975, blz. 19), constateerde het Hof in zijn arrest van 6 juli 1982 (zaak 61/81, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1982, blz. 2601), dat deze richtlijn tot doel had

het gelijkheidsbeginsel van artikel 119 van het Verdrag te verwezenlijken, en

„dat het in de eerste plaats de taak van de Lid-Staten is de toepassing van dit beginsel door gepaste wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen te waarborgen, opdat alle werknemers in de Gemeenschap op dit gebied bescherming kunnen genieten” (r.o. 7; zie ook conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat, blz. 2624).

In hetzelfde arrest (r.o. 10) verwees het Hof naar artikel 6 van de richtlijn, bepallende dat de Lid-Staten

„overeenkomstig hun nationale recht en praktijk de nodige maatregelen moeten nemen om de toepassing van het beginsel van gelijke beloning te waarborgen. Zij moeten zich ervan vergewissen dat er doeltreffende middelen bestaan om op de naleving van dit beginsel toe te zien.”

De conclusie die het Hof hieruit trok, was dat de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk niet in overeenstemming was met de doelstellingen van de richtlijn, omdat zij de werkgever de mogelijkheid liet zich te verzetten tegen elk systeem van werkclassificatie, met het gevolg dat een werknemer niet in staat is te bewijzen dat hij werk van gelijke waarde verricht en dus aanspraak heeft op gelijke beloning. Door hier niets aan te doen, bracht het Verenigd Koninkrijk de doeltreffendheid van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers in gevaar.

Het is juist, dat richtlijn nr. 76/207 geen bepaling bevat die overeenkomt met artikel 6 van richtlijn nr. 75/117; zij verlangt niettemin dat de Lid-Staten de maatregelen nemen die voor de uitvoering ervan nodig zijn. De nationale maatregelen waardoor een richtlijn in na-

tionaal recht wordt omgezet, dienen bij te dragen tot de daadwerkelijke verwezenlijking van de aan de Lid-Staten opgelegde resultaatsverplichting (vgl. in verband met een EGKS-aanbeveling en de strekking van sancties op schending van de doelstelling ervan, arrest 9/61, Nederland t. Hoge Autoriteit, Jurispr. 1962, blz. 435, en conclusie van advocaat-generaal Roemer). Het is duidelijk dat het nuttig effect van het gelijkheidsbeginsel van artikel 119 EEG-Verdrag daarvan afhangt. Het lijkt ons mogelijk de omvang van de verplichting der Lid-Staten nog verder te preciseren.

2. Meer in het algemeen, en even afgezien van de toepassing van artikel 119 van het Verdrag, is de verwijzing naar het nationale recht immers niet absoluut.

In verband met de terugbetaling van onverschuldigd betaalde bedragen overwoog het Hof in de zaak-Fromme dat

„de toepassing van het nationale recht de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet mag aantasten door de terugvordering van onregelmatig toegekende bedragen praktisch onmogelijk te maken”,

en het mag die terugvordering evenmin onderwerpen aan

„voorwaarden en modaliteiten [...] die ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke, zuiver nationale vorderingen. Bovendien moeten de nationale instanties op dit gebied te werk gaan met dezelfde zorgvuldigheid als zij bij de tenuitvoerlegging van overeenkomstige nationale rechtsvoorschriften betrachten, om aldus iedere aantasting van de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te vermijden.”

Na deze beperking te hebben gesteld aan de verwijzing naar nationaal recht, verklaarde het Hof tenslotte met betrekking tot de verhouding tot procedures ter beslechting van soortgelijke, doch op zuiver nationaal vlak liggende geschillen, dat

„vergeleken met deze procedures, bij de toepassing van nationaal recht ingevolge die verwijzing niet mag worden gediscrimineerd” (arrest van 6. 5. 1982, zaak 54/81, Fromme, Jurispr. 1982, blz. 1449, r.o. 6 en 7; zie ook de rechtspraak door advocaat-generaal VerLoren van Themaat vermeld in zijn conclusie, blz. 1469).

Uit deze uitspraak, waarin de voorafgaande rechtspraak is samengevat, kunnen zoals advocaat-generaal VerLoren van Themaat opmerkte, drie eisen worden afgeleid (ibid., blz. 1470 en 1471):

- a) de nationale maatregelen waarnaar wordt verwezen, mogen in geen geval de doeltreffendheid van de gemeenschapsvoorschriften ondermijnen;
- b) zij mogen bijgevolg niet minder doeltreffend zijn dan de — wat de advocaat-generaal noemt — uitvoeringspraktijk ten aanzien van vergelijkbare nationale regelingen;
- c) wil er geen sprake zijn van discriminatie, dan mogen zij voor de justitiabelen niet ongunstiger zijn dan bij de toepassing van zuiver nationale voorschriften.

Kortom, zij dienen neutraal te zijn ten aanzien van het gemeenschapsrecht, even

doeltreffend als nationale uitvoeringsbepalingen en niet discriminerend voor gemeenschapsonderdanen. Deze cumulatieve voorwaarden bepalen de omvang van de verplichtingen van de Lid-Staten in de gevallen waarin het gemeenschapsrecht hun een zekere beoordelingsvrijheid laat bij de tenuitvoerlegging van communautaire normen. Het zal dus geen verbazing wekken dat het Hof ze bijzonder strikt heeft toegepast in het geval van de sancties die een Lid-Staat kan stellen op niet-naleving van administratieve formaliteiten in het kader van het vreemdelingenrecht.

3. Op het gebied van het vrije personenverkeer hebben de Lid-Staten immers hun bevoegdheid behouden om toezicht uit te oefenen op vreemdelingen die binnen hun grenzen vertoeven (arresten van 8. 4. 1976, zaak 48/75, Royer, en 7 juli 1976, zaak 118/75, Watson, Jurispr. 1976, blz. 497, r.o. 42, resp. blz. 1185, r.o. 17). Zij kunnen met name de naleving verlangen van de administratieve formaliteiten bedoeld in richtlijn nr. 68/360 van de Raad inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lid-Staten en van hun familie binnen de Gemeenschap (PB L 257 van 1968, blz. 13), zoals het bezit van een identiteitskaart en een verblijfskaart (artikelen 3, 4 en 7) of de in artikel 8, lid 2, bedoelde aanmelding (voornoemd arrest 118/75, r.o. 18 e.v.; zie ook arrest van 14. 7. 1977, zaak 8/77, Sagulo, Jurispr. 1977, blz. 1495, r.o. 4 en 5; arrest van 3. 7. 1980, zaak 157/79, Pieck, Jurispr. 1980, blz. 2171, r.o. 17). Dit betekent weliswaar dat de Lid-Staten sancties kunnen stellen op overtreding van de overeenkomstig de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, maar zij hebben daarbij niet geheel de vrije hand: die sancties dienen vergelijkbaar te zijn met die welke gesteld zijn op even ernstige over-

trekkingen door eigen onderdanen, en evenredig aan de aard van de begane overtreding, zodat zij geen afbreuk doen aan het beginsel van het vrije personenverkeer (zie voornoemde arresten 118/75, r.o. 21; 8/77, r.o. 13; 159/79, r.o. 19).

De door de Lid-Staten vastgestelde sancties hebben tot doel, de naleving te verzekeren van de administratieve voorschriften die het toezicht op het verblijf, de verplaatsing en de vestiging van onderdanen van andere Lid-Staten op het nationale grondgebied regelen. Past men hierop de hiervóór genoemde drie eisen toe, dan kan men zeggen dat de doeltreffendheid van die sancties op tweeërlei wijze wordt beperkt:

- de sancties dienen overeen te komen met die welke voor vergelijkbare overtredingen in het nationale recht gelden,
- zij mogen naar hun aard niet onevenredig zijn aan de ernst van de overtreding en zij mogen de draagwijdte van de beginselen van vrij verkeer en gelijke behandeling niet aantasten.

Dit — een doeltreffende, doch evenredige sanctie, gelijkwaardig aan nationale sancties — vindt zijn verklaring in het volgende: de formaliteiten waaraan richtlijn nr. 68/380 migrerende werknemers onderwerpt, vormen een noodzakelijk aspect van het fundamentele beginsel van

vrij verkeer; de daarmee aan de Lid-Staten toegekende toezichthoudende bevoegdheid moet bijgevolg uiterst strikt worden geïnterpreteerd, om te voorkomen dat de rechten die het Verdrag zelf (artikelen 7 en 48) aan de gemeenschaps-onderdanen verleent, door die voorschriften hun praktische betekenis verliezen (conclusie van advocaat-generaal Mayras in zaak 48/75, Royer, Jurispr. 1976, blz. 526; arrest 118/75, r.o. 18).

4. Dezelfde benadering brengt ons er echter toe, het vereiste van doeltreffendheid voorop te stellen wanneer de nationale sancties de *eerbiediging van een fundamenteel verdragsbeginsel* beogen te verzekeren, zoals het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers (vgl. de derde overweging van richtlijn nr. 68/360, en het arrest van 8. 4. 1976, zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 473, r.o. 12). Om de nakoming van de door het Verdrag opgelegde en in artikel 2 van richtlijn nr. 76/207 geconcretiseerde verplichting te kunnen verzekeren, moeten die sancties overeenkomstig artikel 5, eerste alinea, van het Verdrag *doeltreffend*, dat wil zeggen *dissuasief* zijn; anders zou de tweeledige — economische en sociale — doelstelling van artikel 117 in gevaar komen, omdat de ondernemingen de communautaire norm dan zonder risico zouden kunnen overtreden en de vrouwelijke werknemers de bescherming zouden verliezen waarop zij ingevolge het Verdrag aanspraak kunnen maken. Naar hun aard dienen die sancties ons inziens te voldoen aan de twee voorwaarden die het Hof heeft gesteld aan het dwingende karakter van de sancties bij overtreding van de administratieve formaliteiten op het gebied van het vrije verkeer. Waar het immers om sancties gaat, geldt het vereiste dat zij gelijkwaardig en evenredig moeten zijn, ook hier, maar het staat

hier *ten dienste* van hun doeltreffendheid, daar het om sancties gaat die de eerbiediging van een fundamenteel beginsel van de Gemeenschap moeten verzekeren. Nationale sancties, door een Lid-Staat gesteld op schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, moeten derhalve

- vergelijkbaar zijn met sancties die op even ernstige overtredingen zijn gesteld,
- evenredig zijn aan de ernst van de overtreding bestaande in schending van een fundamenteel beginsel van de Gemeenschap.

Aan deze dwingende vereisten dient het dissuasieve karakter van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke sancties te worden getoetst.

5. Daarmee zijn wij gekomen bij paragraaf 611a, lid 2, BGB, de bepaling die in de onderhavige zaken in geding is. Verzoeksters in de hoofdgedingen en de gemachtigde van de Bondsregering hebben voor het Hof gedebatteerd over de beoordelingsmarge die deze bepaling aan de nationale rechter laat, met name over de vraag of hij, in afwijking ervan, de gewone civielrechtelijke schadevergoedingsregels kan toepassen; de Commissie heeft zo haar twijfels over de doeltreffendheid van een dergelijke ontwikkeling van de rechtspraak. Verder hebben partijen lang gedebatteerd over de vraag, welke andere sancties dan in de plaats zouden kunnen komen van de in paragraaf 611a, lid 2, bedoelde vergoeding; daarbij is gesproken over een recht op een arbeidsovereenkomst dan wel, indien

dat niet realiseerbaar zou zijn, op een vergoeding in geld tot een aanzienlijk bedrag, zulks op basis van de verschillende nationale regelingen op dit gebied.

In het kader van artikel 177 dienen wij ons te onthouden van een standpunt over vragen die, voor zover zij de toepassing van intern recht betreffen, uitsluitend ter beoordeling van de nationale rechter staan. Met betrekking tot de sancties op de niet-naleving van maatregelen inzake het toezicht op vreemdelingen, heeft het Hof evenwel erkend dat de nationale rechter die constateert dat de nationale sanctieregeling tekort schiet, „met gebruikmaking van zijn rechterlijke beoordelingsvrijheid, tot een bestraffing [zal moeten] komen die is afgestemd op het karakter en het doel van de gemeenschapsvoorschriften welke nakoming door de sancties moet worden verzekerd” (arrest in zaak 8/77, Sagulo, reeds aangehaald, r.o. 12). Hetzelfde zal ons inziens de nationale rechter moeten doen die, uitgaande van de door het Hof ontwikkelde criteria, constateert dat de sancties gesteld op schending van het in artikel 119 EEG-Verdrag neergelegde en door richtlijn nr. 76/209 geconcretiseerde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, tekort schieten.

Welk antwoord kunnen wij, gelet hierop en op de hiervoor weergegeven rechtspraak, aan de verwijzende rechters geven?

In de eerste plaats zij opgemerkt, dat de partijen in de hoofdgedingen in hun opmerkingen het niet-dissuasieve karakter van de in paragraaf 611a, lid 2, BGB voorziene schadevergoeding hebben erkend, aangezien het mogelijk is om zwaardere sancties, in natura of in geld, op te leggen.

In de tweede plaats moet erop worden gewezen, dat de vergoeding van de „vertrouwensschade” zoveel te minder een passende vergoeding is, omdat zij van het *toeval* afhangt. Verzoekster Harz heeft immers zonder op tegenspraak te stuiten erop gewezen, dat het oogmerk van de bestreden nationale bepaling — vergoeding voor de sollicitante die in haar gewettigd vertrouwen is beschaamd —, kan inhouden dat geen enkele schadevergoeding wordt toegekend, namelijk indien de werkgever vooraf duidelijk had gemaakt dat hij niet voornemens was een vrouw aan te stellen.

Dat vergoeding van enkel de vertrouwensschade *niet doeltreffend genoeg* is, blijkt tenslotte duidelijk wanneer wij paragraaf 611a, lid 2, BGB toetsen aan de hiervoor genoemde dwingende eisen. Ter terechtzitting heeft de gemachtigde van

de Bondsregering verklaard, dat overtredingen die vergelijkbaar zijn met discriminatie op grond van het geslacht bij aanstelling, zoals discriminatie op grond van ras of godsdienst, of bedrog of omkoping bij aanstelling, zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk kunnen worden gesanctioneerd, in het laatste geval in de vorm van een schadevergoeding in natura dan wel door betaling van een aanzienlijk bedrag in geld. Een vergoeding die beperkt is tot het bedrag van de door de gediscrimineerde sollicitante gemaakte kosten, zou dus niet voldoende zijn om de eerbiediging te verzekeren van een zo fundamenteel en ook door de grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland erkend beginsel als de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, wanneer op vergelijkbare overtredingen heel wat meer dissuasieve sancties zijn gesteld, die evenredig zijn aan de ernst van de overtreding.

Concluderend geef ik het Hof derhalve in overweging om, in antwoord op de prejudiciële vragen van de Arbeitsgerichten Hamm en Hamburg, voor recht te verklaren dat

de terugbetaling van de door een sollicitante in verband met haar sollicitatie gemaakte kosten geen schadevergoeding is die zich ertoe leent de eerbiediging te verzekeren van het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, zoals dit voortvloeit uit artikel 119 van het Verdrag en uit richtlijn nr. 76/207, wanneer de nationale wettelijke of bestuursrechtelijke regeling voor vergelijkbare overtredingen sancties voorziet die beter zijn afgestemd op de ernst van de overtreding.