

hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Daaruit volgt, dat de nationale rechter bij de toepassing van nationaal recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde wet, dit nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het in artikel 189, derde alinea, bedoelde resultaat te bereiken.

2. Richtlijn nr. 76/207 verlangt niet dat, als sanctie op discriminatie op grond van het geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces, de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, wordt verplicht om met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten.

De richtlijn behelst met betrekking tot de op discriminatie te stellen sancties geen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting waarop een particulier zich bij gebreke van tijdig vastgestelde uitvoeringsmaatregelen zou kunnen beroepen om krachtens de richtlijn een bepaalde schadevergoeding te verkrijgen, wanneer de

nationale bepalingen een dergelijk rechtsgevolg niet regelen of toelaten.

Ofschoon richtlijn nr. 76/207 de Lid-Staten vrijlaat om voor de op schending van het discriminatieverbod te stellen sanctie een keuze te maken uit de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, impliceert zij niettemin dat; zo een Lid-Staat verkiest de schending van dat verbod door middel van een schadevergoeding te sanctioneren, deze vergoeding — wil haar doeltreffendheid en afschrikkend effect verzekerd zijn — in elk geval in een passende verhouding moet staan tot de geleden schade en dus meer moet zijn dan een zuiver symbolische vergoeding, zoals bijvoorbeeld terugbetaling van enkel de in verband met de sollicitatie gemaakte kosten. Het staat aan de nationale rechter om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht.

In zaak 79/83,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Arbeitsgericht Hamburg, in het aldaar aanhangig geding tussen

DORIT HARZ

en

DEUTSCHE TRADAX GMBH,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerleg-

ging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39 van 1976, blz. 40),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J. Mertens de Wilmars, president, T. Koopmans, K. Bahlmann en Y. Galmot, kamerpresidenten, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keefe, G. Bosco, O. Due, U. Everling en C. Kakouris, rechters,

advocaat-generaal: S. Rozès

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

het navolgende

ARREST

De feiten

I — De feiten en het procesverloop

D. Harz, verzoekster in het hoofdgeding (hierna: verzoekster), sloot in oktober 1980 haar studie bedrijfseconomie af met het behalen van de graad van „Diplom-Kauffrau“. Op 24 januari 1981 publiceerde de onderneming Deutsche Tradax GmbH, verweester in het hoofdgeding (hierna: verweester), in het dagblad „Die Welt“ een advertentie waarin aan houders van het diploma economische wetenschappen, behaald aan een instel-

ling voor hoger onderwijs, die bereid waren zich in te zetten, „de springplank naar een managersloopbaan“ werd aangeboden.

Bij brief van 28 januari 1981 solliciteerde verzoekster naar die betrekking, waarop de directeur van Deutsche Tradax GmbH haar op 3 februari 1981 meedeelde, dat alleen mannelijke sollicitanten in aanmerking kwamen, en haar sollicitatiebrief met bijlagen terugzond. De in het algemeen goede kwalificaties van verzoekster werden in die brief niet in twijfel getrokken.

Door het bureau „Gleichstellung der Frau” te Hamburg, waartoe verzoekster zich had gewend, om opheldering verzocht, antwoordde verweerster dat zij verzoekster uitsluitend voor de geadverteerde betrekking had geweigerd omdat zij vrouw was.

Bij op 26 februari 1981 bij het Arbeitsgericht Hamburg ingediend verzoekschrift vorderde verzoekster primair haar onmiddellijke aanstelling door verweerster, subsidiair schadevergoeding tot een bedrag van DM 12 000, en meer subsidiair schadevergoeding tot een bedrag van DM 2,31.

Bij brief van 7 april 1981 nodigde verweerster verzoekster uit, te komen praten over de mogelijkheid bij haar te komen werken. Dit gesprek vond op 12 mei 1981 plaats. Op 25 mei 1981 voerde verzoekster op uitnodiging van verweerster een sollicitatiegesprek in het Europese hoofdkantoor van Deutsche Tradax GmbH te Genève. Bij brief van 3 juni 1981 deelde verweerster verzoekster echter mee, dat zij naar aanleiding van de op 12 mei 1981 te Hamburg en op 25 mei te Genève gevoerde gesprekken had besloten, verzoekster niet tot haar opleidingsprogramma toe te laten.

Verzoekster stelde voor het Arbeitsgericht, dat verweersters handelen in strijd was met het discriminatieverbod van de artikelen 2 en 3 van richtlijn nr. 76/207 van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, alsmede met § 611a van het Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: BGB).

Verweerster betoogde, dat de vacante betrekking alleen geschikt was voor een man. In de merchandising van agrarische grondstoffen zijn uitsluitend mannen werkzaam. Verweerster levert onder meer grote hoeveelheden graan aan Saoedi-Arabië en de maatschappelijke en religieuze situatie aldaar maakt het voor een vrouw onmogelijk nieuwe handelscontacten te leggen en bestaande te ontwikkelen.

De enige reden waarom verzoekster niet was aangesteld, was trouwens dat zij niet voldeed aan de eisen die verweerster met het oog op de betrekking meende te moeten stellen. Dit was gebleken na evaluatie van de op 12 mei 1981 te Hamburg en 25 mei 1981 te Genève met verzoekster gevoerde sollicitatiegesprekken.

Tenslotte betoogde verweerster met verwijzing naar § 611a, lid 2, BGB, dat verzoekster hoogstens een schadevergoeding van DM 2,31 kon vorderen.

Het Arbeitsgericht Hamburg is van oordeel, dat er sprake is van discriminatie bij aanwerving, daar de door verweerster met verzoekster gevoerde sollicitatiegesprekken tot stand zijn gekomen onder dreiging van een procedure in rechte. Ter verwezenlijking van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces komt, aldus het Arbeitsgericht, als een sanctie een aanstelling ambtshalve of een recht op schadevergoeding in aanmerking. Dit laatste moet in voorkomend geval een economisch merkbare sanctie zijn, om de werkgevers te dwingen in overeenstemming met de wet te handelen.

Volgens het Arbeitsgericht is richtlijn nr. 76/207 nog niet in Duits recht omgezet. De door de richtlijn verlangde gelijkstelling kan slechts worden bereikt, wanneer discriminatie bij de selectie van sollicitanten als dwingend rechtsgevolg heeft, dat het positieve belang wordt gecompenseerd, dat wil zeggen dat de betrokkene een recht op aanstelling wordt toegekend of dat een sanctie wordt opgelegd in de vorm van een aanzienlijke schadevergoeding. Het „Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang” (wet inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de arbeidsplaats en betreffende het behoud van rechten in geval van overneming van de onderneming), waarbij het Duitse arbeidsrecht aan de gemeenschapsnormen is aangepast, voorziet evenwel in § 611a, lid 2, BGB, als sanctie op discriminatie bij aanwerving alleen een vergoeding van de vertrouwensschade. Deze minimale schadevergoeding — in casu DM 2,31 — is niet toereikend om de naleving van de EEG-richtlijn af te dwingen, omdat daarmee niet kan worden bereikt dat de werkgevers in overeenstemming met de wettelijke regeling zullen handelen.

Het Arbeitsgericht Hamburg heeft derhalve besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

1. Indien discriminatie is komen vast te staan, volgt dan uit het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, zoals neergelegd in de artikelen 1, lid 2, en 2, leden 1 en 3, van de richtlijn van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (nr. 76/207/EEG, PB L 39 van 1976, blz. 40), dat de sollicitante tegenover de werkgever die haar op grond van haar geslacht niet heeft willen aanstellen, aanspraak heeft op sluiting van een arbeidsovereenkomst?
2. Zo ja, is zulks alleen het geval
 - a) wanneer de gediscrimineerde sollicitante de meest geschikte van alle mannelijke en vrouwelijke sollicitanten is, of ook
 - b) wanneer bij de sollicitatieprocedure weliswaar is gediscrimineerd, doch uiteindelijk een beter gekwalificeerde mannelijke sollicitant is aangesteld?
3. Zo de vragen 1 en 2a) en b) ontkennend worden beantwoord: volgt uit het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als bedoeld in richtlijn nr. 76/207/EEG, dat aan schending van het beginsel het rechtsgevolg moet worden verbonden van
 - een economisch merkbare straf, bijvoorbeeld een van geval tot geval te bepalen schadevergoeding voor de benadeelde vrouwelijke werknemer tot ten hoogste de te verwachten verdiensten gedurende zes maanden, het tijdvak waarin een werknemer zich naar Duits recht niet erop kan beroepen dat het ontslag sociaal ongerechtvaardigd is,
 - en/of van boetes respectievelijk straffen van staatswege?
4. Zo vraag 3 bevestigend wordt beantwoord: is zulks alleen het geval
 - a) wanneer de gediscrimineerde sollicitante de meest geschikte van alle mannelijke en vrouwelijke sollicitanten is, of ook
 - b) wanneer bij de sollicitatieprocedure weliswaar is gediscrimineerd, doch uiteindelijk een beter gekwa-

lificeerde mannelijke sollicitant is aangesteld?

5. Zo de vragen 1, 2, 3 of 4 bevestigend worden beantwoord: zijn de artikelen 1, 2 en 3 van richtlijn nr. 76/207/EEG rechtstreeks toepasselijk in de Lid-Staten?

De verwijzingsbeschikking is op 3 mei 1983 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekster, vertegenwoordigd door K. Bertelsmann en H. M. Pfarr, advocaten te Hamburg; de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Seidel, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, en M. Zuleeg, hoogleraar aan de Johann-Wolfgang-Goethe-universiteit te Frankfurt/Main, als gemachtigden; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. D. Howes van het Treasury Solicitor's Department als gemachtigde, bijgestaan door I. Glick van de Inner Temple te Londen; de regering van het Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door E. F. Jacobs, secretaris-generaal van het ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Beschel, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door M. Hilf, van de universiteit te Bielefeld.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — De toepasselijke bepalingen

De relevante bepalingen van richtlijn nr. 76/207 luiden als volgt:

„Artikel 1

1. Deze richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en [. . .] de sociale zekerheid. Dit beginsel wordt hierna beginsel van gelijke behandeling genoemd. [. . .]

Artikel 2

1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie. [. . .]

Artikel 3

De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies [. . .].

Artikel 6

De Lid-Staten nemen in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien

van het beginsel van gelijke behandeling [...] de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden [...].

Artikel 9

1. [...] doen de Lid-Staten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen voor het volgen van deze richtlijn in werking treden (...)."

§ 611a BGB, waarbij richtlijn nr. 76/207/EEG in Duits recht is omgezet, bepaalt:

- „1. De werkgever mag een werknemer bij een overeenkomst of maatregel, inzonderheid bij de totstandkoming van de arbeidsverhouding, [...] niet ongunstiger behandelen op grond van zijn geslacht.
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.”

III — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

Verzoekster in het hoofdgeding stelt dat met betrekking tot discriminatie bij aanwerving richtlijn nr. 76/207 niet of althans niet voldoende in het interne recht van de Bondsrepubliek Duitsland is overgenomen.

Reeds uit de redactie van § 611a, lid 2, BGB blijkt, dat niet is voldaan aan artikel 3, lid 1, junctis de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, van de richtlijn. De richtlijn verlangt rechtsgevolgen die de naleving van het verbod van discriminatie op grond van geslacht waarborgen. Daarentegen voorziet het Duitse recht slechts een (minieme) schadevergoeding voor het geval het vertrouwen van een werknemer, dat hij niet zal worden gediscrimineerd, wordt beschaamd.

Naar Duits recht worden de rechtsgevolgen van het discriminatieverbod dus niet verbonden aan de overtreding van dit verbod, doch aan de schade die voor de betrokken werknemer eventueel voortvloeit uit het feit dat zijn vertrouwen is beschaamd. Dit is hieraan te wijten, dat de wetgever het discriminatieverbod op ongeoorloofde wijze heeft afgewogen tegen de „contractsvrijheid” van de werkgever.

Voor verscheidene aspecten van de arbeidsverhouding, bijvoorbeeld het ontslag en andere maatregelen die tijdens het bestaan van de dienstbetrekking worden genomen, geeft de wetgever de voorrang aan het discriminatieverbod. Wanneer het evenwel gaat om de toegang tot het arbeidsproces, geeft hij de voorrang aan de contractsvrijheid van de werkgever, daaronder begrepen diens „vrijheid” om te discrimineren.

Voorts overheerst in de rechtsleer de mening, dat wanneer de werkgever vooraf zijn opzet om te discrimineren tot uitdrukking brengt, bijvoorbeeld door te verklaren dat hij geen vrouw in dienst zal nemen, geen vergoeding van vertrouwensschade kan worden gevorderd.

Met lid 2 van § 611a BGB heeft de wetgever aan het in lid 1 neergelegde discriminatieverbod een groot deel van zijn betekenis ontnomen. Daarmee is hij ver afgeweken van de „normale” rechtsgevolgen van het Duitse burgerlijk recht. Die „normale” regels — dus buiten § 611a, lid 2, BGB — gaan namelijk verder en staan een veel flexibeler reactie in concrete gevallen toe.

Ingevolge § 611a, lid 2, kan de benadeelde enkel vergoeding vorderen van zijn zogenoemd negatief belang, zodat vrijwel steeds enkel de sollicitatiekosten, dat wil zeggen kosten voor het opstellen van stukken, briefpapier, portokosten enzovoort, voor vergoeding in aanmerking komen. In casu zou verzoekster volgens het Arbeitsgericht Hamburg aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding van DM 2,31, en daarmee is wat de rechtsgevolgen betreft, dan ook alles gezegd. Daarenboven moet de gediscrimineerde, om op deze minieme schadevergoeding aanspraak te kunnen maken, nog aan bepaalde voorwaarden voldoen en het kan goed zijn dat dat niet het geval is. Het discriminatieverbod van § 611a is dan ook alleen maar formeel.

Weliswaar wordt in de tekst van richtlijn nr. 76/207 niet uitdrukkelijk gewag gemaakt van concrete sancties of rechtsgevolgen voor het geval van discriminatie bij aanwerving, doch anderzijds verwacht het gemeenschapsrecht, zoals het Hof van Justitie heeft verklaard, dat er doeltreffende middelen worden aangewend ter verwezenlijking van de bindende doelstellingen van richtlijnen.

Na de middelen te hebben opgesomd die haars inziens tot de tenuitvoerlegging van de betrokken richtlijn kunnen bijdragen, wijst verzoekster erop, dat het niet opgaat om de door discriminatie bena-

deelde vrouw bij wijze van enig rechtsgevolg aanspraak te geven op vergoeding van portokosten.

Voorts poogt verweerster aan te tonen, waarom aan de richtlijn — gelezen in samenhang met het Duitse commune recht — een recht op aanstelling of, zo de benadeelde daarvan geen gebruik maakt, een recht op schadevergoeding tot een bedrag van maximaal 12 maandsalarissen, kan worden ontleend. In geval van discriminatie bij aanwerving ligt het stellig in de lijn van de betrokken richtlijn om de gediscrimineerde en afgewezen werkneemster een recht op aanstelling toe te kennen. Een dergelijk recht, en alle gevolgen die eraan verbonden zijn, is in overeenstemming met het Duitse rechtsstelsel. De algemene schadevergoedingsregeling van het BGB — § 611a, lid 2, buiten beschouwing gelaten — geeft aan iedere gelaedeerde recht op een schadevergoeding overeenkomend met zijn positief belang, in principe op schadevergoeding in natura („Naturalrestitution”). § 611a, lid 2, wijkt dus af van die regeling.

Het Duitse recht kent eveneens een recht op aanstelling toe in het geval dat de afgewezen sollicitante de meest geschikte is van alle mannelijke en vrouwelijke kandidaten.

Aan het feit dat bij aanwerving door de overheid discriminerende selectiecriteria zijn gehanteerd, kan in voorkomend geval een aanspraak op aanstelling worden ontleend (zie artikel 33, leden 2 en 3, Grundgesetz). Er bestaat weliswaar geen eensgezindheid over de vraag, wanneer precies een sollicitant(e) tegenover de overheid aanspraak kan maken op aanstelling, doch men is het er wel over eens, dat kan worden gesproken van een

recht op aanstelling wanneer de aanstelling van een bepaalde persoon het enige rechtmatige besluit is dat de betrokken overheidsinstantie kan nemen.

In elk geval blijft dat recht bestaan zolang de betrokken post nog niet is bezet. Is de post al bezet en betreft het een ambtelijke functie, dan heeft de benadeelde naar algemene opvatting recht op aanstelling in de eerstvolgende vacature dan wel op financiële schadevergoeding. Wanneer het om een plaats als arbeid(st)er of van bediende in overheidsdienst gaat, kan degene die door discriminatie bij de selectie is benadeeld, zich tot het Arbeitsgericht wenden en vorderen dat de overheid hem in dienst neemt, ook wanneer de post reeds bezet is. In elk geval kan de administratie worden veroordeeld om de onrechtmatig afgewezen kandidaat te betrekken bij de eerstkomende selectieprocedure voor een gelijksoortige post.

In de particuliere sector was ten aanzien van ondernemingen met een monopoliepositie het recht op aanstelling al erkend vóór de inwerkingtreding van de aanpassingswet waarbij de richtlijn werd uitgevoerd. Dit was gebaseerd op het verbod van misbruik van een monopoliepositie.

Voor de andere ondernemingen van de particuliere sector voorziet § 78 van het Betriebsverfassungsgesetz (wet inzake de personeelsvertegenwoordiging in de ondernemingen) in een recht op aanstelling.

Men kan niet zeggen dat een recht op aanstelling uitgesloten is omdat de werkgever dan gedwongen zou zijn een groot aantal overbodige posten te creëren en te bezetten. De werkgever is niet verplicht

om wanneer hij een afgewezen sollicitante op grond van haar recht op aanstelling in dienst neemt, tegelijkertijd de al eerder aangestelde sollicitant in dienst te houden. Volgens de Duitse wettelijke regeling inzake de bescherming tegen ontslag, kan de werkgever een werknemer in de eerste zes maanden na de aanstelling ontslaan. Ook na die periode kan hij hem ontslaan indien daarvoor dringende redenen bestaan.

Het kan voorkomen dat aanstelling onmogelijk is of dat er geen passende arbeid kan worden geboden, bijvoorbeeld wanneer een post intussen is opgeheven en er geen gelijksoortige post beschikbaar is. De „normale” regels voorzien in dat geval, dat de gediscrimineerde sollicitant dan recht heeft op een geldelijke schadeloosstelling. Zo zou § 10 van de wet inzake bescherming tegen ontslag, die de betaling voorschrijft van een forfaitaire schadevergoeding tot ten hoogste 12 maandsalarissen, in de hierboven bedoelde gevallen model kunnen staan voor een oplossing.

Door discriminatie benadeelde personen die geen recht op aanstelling geldend kunnen maken omdat een meer geschikte sollicitant in de betrokken functie is aangesteld, kunnen niet enkel aanspraak maken op vergoeding van de sollicitatiekosten, doch eveneens op vergoeding van de morele schade die het gevolg is van de aantasting van hun persoonlijkheidsrechten. Dit recht wordt door artikel 2, lid 1, Grundgesetz gewaarborgd en vloeit tevens voort uit § 847 BGB. In het geval van een sollicitante die niet als de meest geschikte kandidaat is te beschouwen, is het recht op vergoeding van morele schade des te belangrijker, daar het eer uitzondering is dan regel dat het recht van een vrouw op aanstelling wordt erkend; dit is niet zozeer omdat vrouwen minder geschikt zouden zijn, doch wel

omdat het een vrouw bijzonder moeilijk wordt gemaakt het bewijs te leveren dat zij de meest geschikte kandidaat is.

Concluderend geeft verzoekster in overweging, de vragen van het Arbeitsgericht Hamburg te beantwoorden als volgt:

Eerste vraag

Verzoekster betoogt, dat de Duitse wetgever heeft verzuimd het nodige te doen om te komen tot afschaffing van de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling. De bestreden bepaling, te weten § 611a, lid 2, BGB, belet de nationale rechter het recht in overeenstemming met de gemeenschapsrichtlijn uit te leggen, omdat deze weg hem door de duidelijke bepaling van de aanpassingswet wordt versperd. Als enige mogelijkheid blijft dan ook, dat de betrokken wettelijke bepalingen in strijd met de richtlijn en in de nationale rechtssfeer niet van toepassing worden verklaard. Daar de Bondsrepubliek Duitsland richtlijn nr. 76/207, voor zover deze discriminatie bij aanwerving betreft, niet op afdoende wijze heeft uitgevoerd, is zij rechtstreeks toepasselijk geworden. De omstandigheid dat er een zekere mate van beoordelingsvrijheid bestaat bij het uitvoeren van de richtlijn, verhindert deze rechtstreekse werking niet, want het is duidelijk dat de aanpassingswet een doeltreffende omzetting in nationaal recht frustreert. Artikel 3, lid 2, van de richtlijn bepaalt duidelijk, dat de Lid-Staten verplicht zijn de nodige maatregelen te nemen om de nationale bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, in te trekken, en biedt de belanghebbenden dus de mogelijkheid om zich erop te beroepen. De rechtstreekse werking van deze bepaling van de richtlijn heeft dus tot gevolg, dat § 611a, lid 2, BGB zijn werking verliest en dat de hierboven beschreven doeltreffende sancties van het Duitse commune recht van toepassing blijven totdat de Duitse wetgever van zijn ruime beoordelingsvrijheid gebruik maakt op een wijze die in overeenstemming is met de richtlijn.

Volgens richtlijn nr. 76/207 dienen de Lid-Staten de nodige maatregelen te nemen om te bereiken dat de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken.

Indien een Lid-Staat nalaat een wettelijke bepaling die in strijd is met dit beginsel, af te schaffen en het nationale recht na afschaffing van die bepaling aan de richtlijn zou voldoen, dan is die nationale bepaling krachtens de richtlijn zelf afgeschaft.

§ 611a, lid 2, BGB staat aan de tenuitvoerlegging van de richtlijn in de weg en mag derhalve niet langer worden toegepast. Van toepassing zijn dan de regels die zonder genoemd artikel zouden gelden.

Er bestaat een recht op een arbeidsovereenkomst wanneer aanstelling in een voor de gediscrimineerde persoon passende functie mogelijk is.

Tweede vraag

Enkel de sollicitante die op grond van haar geslacht niet is aangeworven, kan aanspraak maken op aanstelling.

Derde vraag

Indien aanstelling van de benadeelde sollicitante onmogelijk is of indien zij niet de meest geschikte kandidaat is, dan is een merkbare sanctie noodzakelijk om het discriminatieverbod kracht bij te zetten.

Vierde vraag

Een benadeelde sollicitante die aan de voorwaarden voor een recht op aanstelling voldoet, doch dit recht niet geldend kan maken, kan krachtens Duits recht aanspraak maken op een schadevergoeding overeenkomende met ten hoogste 12 maandsalarissen.

De sollicitanten die niet aan de voorwaarden voor aanstelling voldoen, hebben recht op vergoeding van de sollicitatiekosten en van morele schade wegens aantasting van hun persoonlijkheidsrechten.

Vijfde vraag

De richtlijn is rechtstreeks toepasselijk in die zin, dat het ermee strijdige Duitse recht, dat de toepasbaarheid van de normale civielrechtelijke rechtsgevolgen uitsluit, ongeldig is.

De regering van de Bondsrepubliek Duitsland refereert aan haar opmerkingen in zaak 14/83 (von Colson en Kamann), waarin zij erop heeft gewezen, dat het wetsontwerp vóór zijn goedkeuring ter kennis van de Commissie is gebracht en dat deze geen bezwaar heeft gemaakt tegen de rechtsgevolgen die aan discriminatie bij de toegang tot het arbeidsproces werden verbonden. Ook in haar met redenen omkleed advies van 29 oktober 1982 spreekt de Commissie met betrekking tot dit punt niet van een inbreuk op richtlijn nr. 76/207. De nieuwe wettekst gaat overigens ook in zoverre verder dan de vorige, dat het nu duidelijk is dat hij voor alle potentiële en feitelijke werkgevers geldt.

De Bondsregering geeft zich rekenschap van de noodzaak om tot een doeltreffende uitvoering van de richtlijn te ko-

men, doch wijst erop, dat de Lid-Staten een beoordelingsvrijheid is gelaten met betrekking tot de rechtsgevolgen van een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling (artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag).

Het uitsluiten van een recht op tewerkstelling valt binnen de beoordelingsvrijheid betreffende vorm en middelen, die de richtlijn de Lid-Staten laat. Het gemeenschapsrecht verlangt niet, dat de belangen van de gediscrimineerde sollicitant eenzijdig voorop worden gesteld, want anders zou artikel 2, lid 4, van richtlijn nr. 76/207, bepalende dat de Lid-Staten de maatregelen kunnen nemen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, niet nodig zijn geweest.

De aanstelling van de door de werkgever uitgekozen sollicitant kan niet nietig worden verklaard zonder deze laatste in zijn gewettigde verwachtingen teleur te stellen. Het scheppen van een of zelfs meer nieuwe arbeidsplaatsen gaat anderszijds verder dan het discriminatieverbod verlangt, en zou een positieve maatregel zijn die de potentiële werkgever niet kan worden opgelegd. En ook indien de discriminatie aan het licht zou komen nog voordat in de vacature was voorzien, zou men de werkgever niet kunnen dwingen iemand — wie dan ook — aan te stellen.

Zo het Hof mocht oordelen dat een doeltreffende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling zwaardere rechtsgevolgen vergt, zou men de nationale gerechten eerst moeten vragen, de door het nationale recht geboden mogelijkheden uit te putten. In het algemene kader van het privaatrecht zouden de Duitse gerechten passende oplossingen kunnen vinden, die zowel recht doen aan het beginsel van gelijke behandeling als aan de belangen van alle partijen.

Tot de doeltreffende middelen van het BGB om gelijke behandeling af te dwingen, behoort het recht op schadevergoeding.

Bovendien moet het rechtsgevolg in een juiste verhouding staan tot de discriminatie. Om de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling af te dwingen, volstaat een merkbaar rechtsgevolg. Overigens kan een recht op schadevergoeding slechts bestaan indien de gediscrimineerde sollicitant geschikter was voor de betrekking dan de andere, en niet indien allen even geschikt waren.

Wat de werking van richtlijn nr. 76/207 betreft, meent de Bondsregering, dat zij op nationaal vlak de rechtsgevolgen te wegbrengt, die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof tot nu toe.

Ook de *regering van het Verenigd Koninkrijk* verwijst naar haar opmerkingen in zaak 14/83, waarin zij als haar mening te kennen heeft gegeven dat het aan de Lid-Staten staat, de maatregelen te kiezen en in te voeren, waarvan zij menen dat zij de naleving van de krachtens de richtlijn op hen rustende verplichtingen kunnen waarborgen. Dit is wat de Bondsrepubliek heeft gedaan.

Artikel 6 van de richtlijn zegt niet, welke maatregelen de Lid-Staten moeten nemen. De bewering dat er een impliciete en exclusieve verplichting bestaat, moet dan ook verbazing wekken.

Uit de vragen en overwegingen van de verwijzende rechter blijkt duidelijk, op welke enorme moeilijkheden het Hof zou stuiten indien het de Lid-Staten op dit gebied regels zou willen voorschrijven.

Omtrent de rechtstreekse werking van de richtlijn merkt de regering van het Verenigd Koninkrijk op, dat een richtlijn die

niet ten uitvoer is gelegd, generlei verplichting kan opleggen aan particulieren, die er niet de adressaten van zijn.

Zou in de richtlijn een verplichting voor de nationale rechter besloten liggen om de werkgever te veroordelen tot aanstelling van de benadeelde sollicitant, dan heeft deze impliciete verplichting geen rechtstreekse werking, aangezien zij duidelijk noch ondubbelzinnig is en voor de uitvoering ervan aanvullende maatregelen van de nationale autoriteiten nodig zijn. Ook artikel 6 kan geen rechtstreekse werking hebben, aangezien het de Lid-Staten uitdrukkelijk verplicht om — niet nader omschreven — maatregelen te nemen.

Volgens de *regering van het Koninkrijk der Nederlanden* kan de persoon ten opzichte van wie discriminerend is gehandeld, geen aanspraak maken op aanstelling. Daarentegen zijn verschillende oplossingen mogelijk. Zo kan onder bepaalde omstandigheden worden gedacht aan een door de werkgever te betalen schadevergoeding. Naar het oordeel van de Nederlandse regering zou veroordeling tot betaling, onder alle omstandigheden, van een zuiver symbolisch bedrag niet voldoen aan het vereiste, dat de gediscrimineerde persoon zijn rechten ingevolge de richtlijn moet kunnen doen gelden.

In verband met de vierde prejudiciële vraag wijst de Nederlandse regering er voorts op, dat er geen sprake kan zijn van een recht op aanstelling van de meest geschikte sollicitant, waarvan de vraagstelling sub a uitgaat. De keuze van de meest geschikte sollicitant is afhankelijk van een aantal niet-objectief weegbare factoren. Naar het oordeel van de Nederlandse regering leidt zulks ertoe, dat de vierde vraag sub a ontkennend en sub b bevestigend moet worden beantwoord. Degene die in de selectieprocedure is gediscrimineerd, moet, ongeacht

het uiteindelijke resultaat van die procedure, tegen die discriminatie in beroep kunnen komen.

De *Commissie* begint met een uitvoerige bespreking van het toepasselijke communautaire en Duitse recht; zij acht het echter niet nodig in te gaan op de vraag, in hoeverre verzoeksters in het hoofdgeding op grond van het Duitse recht in hun vordering kunnen slagen.

Volgens de Commissie kan aan richtlijn nr. 76/207 geen recht op tewerkstelling worden ontleend. Dit volgt vooreerst uit de tekst van de richtlijn, die niet in een dergelijke sanctie voorziet; artikel 6 biedt immers slechts een formele beroepsmogelijkheid, maar verleent geen materieel recht.

Ook de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn is in zoverre niet concludent. Noch in de toelichting op het voorstel van richtlijn, noch in de adviezen van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité wordt concreet over mogelijke sancties gesproken. In de uitvoeringswetten van de Lid-Staten is dan ook een breed scala van sancties voorzien, maar alleen naar Italiaans recht is de rechter bevoegd „om te gelasten dat een discriminatie bij aanstelling wordt beëindigd of ongedaan gemaakt.” Dit houdt verband met het concurrerende beginsel van de contractsvrijheid van de werkgever.

Tenslotte is het in overeenstemming met de doelstelling van richtlijn nr. 76/207, dat de Lid-Staten vrij blijven in de keuze en de vaststelling van de sancties (artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag). Dit dient evenwel hand in hand te gaan met het algemene beginsel waarop elke richtlijn is gebaseerd, namelijk dat het beoogde resultaat hoe dan ook moet worden bereikt.

Aangezien de eerste vraag in elk geval ontkenkend moet worden beantwoord, behoeft geen standpunt te worden bepaald ten aanzien van de tweede tot en met de vierde vraag, zelfs niet subsidiair.

De derde vraag gaat ervan uit, dat de Duitse regeling, volgens welke enkel de vertrouwensschade moet worden vergoed, niet doeltreffend is, en strekt ertoe, het Hof te doen vaststellen dat er een impliciet recht kan bestaan op een schadevergoeding in geld wegens aantasting van een positief materieel belang.

De Commissie erkent, dat noch de tekst noch de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn daarvoor bruikbare argumenten biedt, en dat geen der Lid-Staten een civielrechtelijke sanctie in de vorm van een recht op schadevergoeding heeft voorzien.

Niettemin meent de Commissie, dat de nationale wetgever rekening moet houden met bepaalde algemene beginselen.

Zo bevat artikel 3, lid 1, van de richtlijn, een zeer duidelijke fundamentele verplichting: bij de toegang tot het arbeidsproces is geen enkele vorm van discriminatie op grond van geslacht geoorloofd. Anderzijds volgt uit artikel 6 van de richtlijn, dat de werkzoekende in zoverre een subjectief recht heeft op de eerbiediging van dat beginsel wanneer hij door een inbreuk daarop door de werkgever wordt gelaedeerd. In dat geval onderstelt artikel 6 het bestaan van „rechten” die de betrokkene voor de rechter geldend moet kunnen maken. Weliswaar zegt noch artikel 6 noch enige andere bepaling van de richtlijn, om welk soort „rechten” het daarbij moet gaan om aan de vereisten van het gemeenschapsrecht te voldoen. De aan de gediscrimineerde

sollicitant toe te kennen rechten dienen evenwel van dien aard te zijn, dat een doeltreffende tenuitvoerlegging van de richtlijn mogelijk is. Dit betekent, dat de rechtsgevolgen van een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling in elk geval niet zo futiel mogen zijn, dat een werkgever er bij zijn beslissing over aanstelling of afwijzing van een sollicitant eenvoudig over heen kan lopen.

Een doeltreffende tenuitvoerlegging van de richtlijn vereist dat dergelijke rechten zo worden geformuleerd, dat zij voor de sollicitant wiens rechten zijn geschonden, tot een passende vergoeding kunnen leiden en voor de werkgever een serieus te nemen pressiemiddel zijn, dat hem ertoe brengt het beginsel van gelijke behandeling te eerbiedigen. Een nationale regeling die het recht op schadevergoeding van de sollicitant wiens recht op gelijke behandeling is geschonden, beperkt tot terugbetaling van de door hem in verband met zijn sollicitatie gemaakte kosten, voldoet niet aan het vereiste van het gemeenschapsrecht, dat een doeltreffende tenuitvoerlegging van de richtlijn gewaarborgd moet zijn.

Aangezien, in de opvatting van de Commissie, de derde vraag ontkennend moet worden beantwoord, acht zij het onnodig op de vierde vraag in te gaan.

Het probleem van de „rechtstreekse werking” van richtlijn nr. 76/207 (zesde vraag) doet zich niet voor, omdat uit deze richtlijn geen duidelijke sanctie valt af te leiden. Andere problemen in verband met de rechtstreekse werking van de richtlijn zouden rijzen indien het Hof de beperking tot de schadevergoeding van § 611a, lid 2, BGB niet toepasselijk zou verklaren teneinde verzoekster een algemeen en ruimer recht op schadevergoeding toe te kennen.

Weliswaar heeft het Hof aanvaard, dat men zich tegenover een Lid-Staat of zijn

instellingen en gezagsorganen op een richtlijn kan beroepen, maar — anders dan bij sommige verdragsbepalingen, zoals artikel 119 — heeft het tot nog toe geen derdenwerking van richtlijnen willen erkennen. De Commissie wijst erop, dat bij richtlijnen publikatie niet dwingend is voorgeschreven, zodat het in een rechtsstaat uitgesloten is dat er voor de particulieren verplichtingen uit zouden voortvloeien. Dat richtlijn nr. 76/207 betrekking heeft op hetzelfde fundamentele beginsel van gelijke behandeling als artikel 119 EEG-Verdrag, doet niet af aan het feit dat de richtlijn gebaseerd is op artikel 235 van het Verdrag, dat in dat opzicht veel vager is.

De Commissie geeft het Hof derhalve in overweging, de vragen van het Arbeidsgericht te beantwoorden als volgt:

1. Uit de bepalingen van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, volgt niet dat op discriminatie op grond van geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces een sanctie moet worden gesteld die hierin bestaat, dat de werkgever die zich aan discriminatie schuldig heeft gemaakt, wordt verplicht met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten.
2. Richtlijn nr. 76/207/EEG legt de Lid-Staten de verplichting op, om binnen de gestelde termijnen regelingen vast te stellen die, in geval van schending van het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling, de gediscrimineerde sollicitant rechten toekennen die hij voor de rechter geldend kan maken en die, naar hun

aard en strekking, de eerbiediging van dat beginsel door de werkgever kunnen waarborgen.

3. Een nationale regeling die de aanspraken van een gediscrimineerde sollicitant beperkt tot terugbetaling van de door hem in verband met zijn sollicitatie gemaakte kosten, is niet in overeenstemming met de door het gemeenschapsrecht vereiste doeltreffende tenuitvoerlegging van voormelde richtlijn in het nationale recht.

IV — Vraag aan de Duitse regering

In zaak 14/83 (von Colson & Kamann) heeft het Hof de Duitse regering verzocht, schriftelijk antwoord te geven op de vraag, in hoeverre men zou kunnen stellen dat § 611a BGB het recht op schadevergoeding van vrouwen die bij de toegang tot het arbeidsproces worden gediscrimineerd, beperkt door de toepassing van het commune recht uit te sluiten

en hun rechten te beperken tot vergoeding van enkel de vertrouwenschade.

De Duitse regering heeft hierop geantwoord, dat § 611a het recht op schadevergoeding niet beperkt en de toepassing van het commune recht niet uitsluit. In verbinding met § 823, lid 2, BGB biedt het juist concrete mogelijkheden tot schadevergoeding.

V — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 13 december 1983 zijn zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door verzoekster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door K. Bertelsmann en H. M. Pfarr, advocaten te Hamburg; de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Seidel; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Beschel, bijgestaan door M. Hilf.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 31 januari 1984 conclusie genomen.

In rechte

- 1 Bij beschikking van 5 juli 1982, ingekomen ten Hove op 3 mei 1983, heeft het Arbeitsgericht Hamburg krachtens artikel 177 EEG-Verdrag verscheidene prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39 van 1976, blz. 40).

- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen Dorit Harz, bedrijfseconome („Diplom-Kauffrau”) (hierna: verzoekster in het hoofdgeding), en de onderneming Deutsche Tradax GmbH. Blijkens de verwijzingsbeschikking is het Arbeitsgericht van oordeel, dat genoemde onderneming zich bij een door haar doorgevoerde aanwervingsprocedure in het kader waarvan verzoekster in het hoofdgeding had gesolliciteerd, heeft schuldig gemaakt aan discriminatie op grond van geslacht.
- 3 Het Arbeitsgericht meent dat als sanctie op discriminatie bij aanwerving naar Duits recht slechts vergoeding van de vertrouwensschade in aanmerking komt, dat wil zeggen de schade die voor de gediscrimineerde sollicitanten is ontstaan doordat zij erop hebben vertrouwd dat er zonder enige discriminatie een arbeidsverhouding tot stand zou komen. Een dergelijke schadevergoeding is geregeld in § 611a, lid 2, BGB.
- 4 Volgens deze bepaling is in geval van discriminatie bij de toegang tot het arbeidsproces de werkgever 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 [van het beginsel van gelijke behandeling] achterwege zal blijven”. Met deze bepaling werd beoogd, richtlijn nr. 76/207 van de Raad in Duits recht om te zetten.
- 5 Het Arbeitsgericht meent derhalve dat het de verwerende onderneming naar Duits recht enkel kan veroordelen tot betaling van een minimale schadevergoeding — in casu DM 2,31 —, overeenkomend met de kosten die verzoekster in het hoofdgeding in verband met haar sollicitatie heeft gemaakt. Dit zou echter niet voldoende zijn om naleving van de gemeenschapsrichtlijn af te dwingen, omdat daarmee niet kan worden bereikt dat de werkgevers in overeenstemming met de wettelijke regeling handelen.
- 6 Om evenwel vast te stellen welke voorschriften ingevolge het gemeenschapsrecht gelden in een geval van discriminatie bij de toegang tot het arbeidsproces, heeft de nationale rechter het Hof de navolgende vragen voorgelegd:
 1. Indien discriminatie is komen vast te staan, volgt dan uit het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, zoals neergelegd in de artikelen 1, lid 2, en 2, leden 1 en 3, van de richtlijn van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promo-

tiemans en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (nr. 76/207/EEG, PB L 39 van 1976, blz. 40), dat de sollicitante tegenover de werkgever die haar op grond van haar geslacht niet heeft willen aanstellen, aanspraak heeft op sluiting van een arbeidsovereenkomst?

2. Zo ja, is zulks alleen het geval
 - a) wanneer de gediscrimineerde sollicitante de meest geschikte van alle mannelijke en vrouwelijke sollicitanten is, of ook
 - b) wanneer bij de sollicitatieprocedure weliswaar is gediscrimineerd, doch uiteindelijk een beter gekwalificeerde mannelijke sollicitant is aange-steld?

3. Zo de vragen 1 en 2a) en b) ontkennend worden beantwoord: volgt uit het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als bedoeld in richtlijn nr. 76/207/EEG, dat aan schending van het beginsel het rechtsgevolg moet worden verbonden van
 - een economisch merkbare straf, bijvoorbeeld een van geval tot geval te bepalen schadevergoeding voor de benadeelde vrouwelijke werknemer tot ten hoogste de te verwachten verdiensten gedurende zes maanden, het tijdvak waarin een werknemer zich naar Duits recht niet erop kan be-roepen dat het ontslag sociaal ongerechtvaardigd is,
 - en/of van boetes respectievelijk straffen van staatswege?

4. Zo vraag 3 bevestigend wordt beantwoord: is zulks alleen het geval
 - a) wanneer de gediscrimineerde sollicitante de meest geschikte van alle mannelijke en vrouwelijke sollicitanten is, of ook
 - b) wanneer bij de sollicitatieprocedure weliswaar is gediscrimineerd, doch uiteindelijk een beter gekwalificeerde mannelijke sollicitant is aange-steld?

5. Zo de vragen 1, 2, 3 of 4 bevestigend worden beantwoord: zijn de artike-len 1, 2 en 3 van richtlijn nr. 76/207/EEG rechtstreeks toepasselijk in de Lid-Statens?

7. Deze vragen strekken er hoofdzakelijk toe, te vernemen of de Lid-Statens ingevolge richtlijn nr. 76/207 verplicht zijn, aan discriminatie bij de toegang tot het arbeidsproces bijzondere rechtsgevolgen of sancties te verbinden (vragen 1-4), en of de particulieren zich in voorkomend geval voor de natio-nale rechter op de richtlijn kunnen beroepen indien deze niet tijdig in natio-naal recht is omgezet (vraag 5).

a) De eerste vraag

- 8 Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of richtlijn nr. 76/207 verlangt dat, als sanctie op discriminatie op grond van het geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces, de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, wordt verplicht een arbeidsovereenkomst met de gediscrimineerde sollicitant te sluiten.
- 9 Naar het oordeel van de nationale rechter kan de gelijkstelling van mannen en vrouwen bij de toegang tot het arbeidsproces slechts worden bereikt wanneer discriminatie wordt gesanctioneerd door middel van een recht op aanstelling dan wel op schadevergoeding, dat naar Duits recht tot compensatie van het positieve belang zou moeten strekken. Richtlijn nr. 76/207 is nog niet in Duits recht omgezet, want de in § 611a, lid 2, BGB voorziene sanctie zou daartoe onvoldoende zijn.
- 10 Verzoekster in het hoofdgeding is van mening, dat § 611a, lid 2, BGB door het recht op schadevergoeding tot de vertrouwensschade te beperken, de door het gemene recht gegeven mogelijkheden van schadevergoeding uitsluit. Richtlijn nr. 76/207 verplicht de Lid-Staten, passende maatregelen te treffen om discriminaties voor de toekomst te voorkomen. Op zijn minst ware derhalve aan te nemen, dat geen rekening moet worden gehouden met § 611a, lid 2. Dienvolgens zou de werkgever verplicht moeten worden, met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten, of wanneer dit in casu onmogelijk blijkt of niet in aanmerking komt, hem tenminste een aanzienlijke schadevergoeding te betalen.
- 11 De regering van de Bondsrepubliek Duitsland geeft zich weliswaar reenschap van de noodzaak van een doeltreffende uitvoering van de richtlijn, doch wijst erop, dat ingevolge artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag iedere Lid-Staat vrij is in zijn beoordeling van de rechtsgevolgen die aan schending van het beginsel van gelijke behandeling moeten worden verbonden. Voor het overige zouden de Duitse gerechten op grond van het nationale privaatrecht en met inachtneming van de inhoud van de richtlijn, tot passende oplossingen kunnen komen die zowel het beginsel van gelijke behandeling als de belangen van alle betrokkenen recht doen wedervaren. Om de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren, zou tenslotte een merkbaar rechtsgevolg voldoende zijn; dit dient echter enkel te worden

voorzien voor het geval waarin de gediscrimineerde sollicitant beter gekwalificeerd is voor de betrekking, maar niet voor het geval waarin de sollicitanten gelijke kwalificaties bezitten.

- 12 De Nederlandse regering meent, dat de richtlijn niet een bepaalde sanctie voorschrijft, zoals bijvoorbeeld de verplichting om de gediscrimineerde personen aan te stellen. Anderzijds zou veroordeling van de werkgever tot betaling van een zuiver symbolisch bedrag niet voldoen aan het vereiste, dat de gediscrimineerde persoon zijn rechten ingevolge de richtlijn moet kunnen doen gelden.
- 13 Ook de regering van het Verenigd Koninkrijk is van oordeel, dat het aan de Lid-Staten staat, de maatregelen te kiezen waarvan zij menen dat zij de naleving van de krachtens de richtlijn op hen rustende verplichtingen kunnen waarborgen. De richtlijn zegt niet, welke maatregelen de Lid-Staten moeten nemen, en uit de aan het Hof voorgelegde vragen zelf blijkt duidelijk hoe moeilijk het is te bepalen welke maatregelen passend zijn.
- 14 Volgens de Commissie laat de richtlijn de keuze en vaststelling van sancties weliswaar aan de Lid-Staten over, doch dient door een doeltreffende omzetting in nationaal recht het beoogde resultaat van de richtlijn in elk geval te worden bereikt. Een doeltreffende omzetting nu verlangt, dat sancties worden vastgesteld die de gediscrimineerde sollicitant een passend rechtsherstel verzekeren en ten aanzien van de werkgever een serieus te nemen pressiemiddel vormen, dat hem ertoe brengt het beginsel van gelijke behandeling te eerbiedigen. Een nationale regeling die enkel een recht op vergoeding van de vertrouwensschade verleent, zou niet volstaan om de eerbiediging van dat beginsel te waarborgen.
- 15 Volgens artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag „is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten, vorm en middelen te kiezen.” Hoewel deze bepaling de Lid-Staten vrij laat bij de keuze van de middelen en wegen voor de uitvoering van de richtlijn, doet deze vrijheid niet af aan de verplichting van elke Lid-Staat om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren.

- 16 Bijgevolg moet worden onderzocht, of richtlijn nr. 76/207 de Lid-Staten de verplichting oplegt om bepaalde rechtsgevolgen of sancties te voorzien voor inbreuken op het beginsel van gelijke behandeling bij de toegang tot het arbeidsproces.
- 17 De richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, inzonderheid door aan werknemers van beiderlei kunne daadwerkelijke gelijkheid van kansen bij de toegang tot het arbeidsproces te waarborgen. Met het oog daarop omschrijft artikel 2 het beginsel van gelijke behandeling en de grenzen ervan, terwijl artikel 3, lid 1, de draagwijdte ervan speciaal met betrekking tot de toegang tot het arbeidsproces preciseert. Volgens artikel 3, lid 2, sub a, nemen de Lid-Staten de nodige maatregelen om te bereiken dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken.
- 18 Artikel 6 verplicht de Lid-Staten, in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op te nemen om eenieder die door een discriminatie meent te zijn benadeeld, de mogelijkheid te bieden om „zijn rechten voor het gerecht te doen gelden.” Uit deze bepaling volgt, dat de Lid-Staten verplicht zijn om maatregelen te nemen die voldoende effectief zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, en om er zorg voor te dragen, dat de betrokkenen voor de nationale rechter daadwerkelijk een beroep op die maatregelen kunnen doen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan bepalingen die de werkgever verplichten de gediscrimineerde sollicitant aan te stellen of die deze een passende financiële vergoeding toekennen, een en ander eventueel gekoppeld aan een boeteregeling. De richtlijn schrijft echter niet een bepaalde sanctie voor, doch laat de Lid-Staten de vrije keuze tussen de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel ervan te bereiken.
- 19 Op de eerste vraag moet mitsdien worden geantwoord, dat richtlijn nr. 76/207 niet verlangt dat, als sanctie op discriminatie op grond van het geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces, de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, verplicht wordt om met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten.

b) De tweede vraag

- 20 Aangezien de tweede vraag enkel is gesteld voor het geval de werkgever verplicht zou zijn de gediscrimineerde sollicitant aan te stellen, behoeft zij niet te worden beantwoord.

c) De derde tot en met de vijfde vraag

- 21 Met zijn derde en vierde vraag wenst de nationale rechter in wezen van het Hof te vernemen, of in de richtlijn het vereiste van een economisch merkbare sanctie kan worden gelezen. In de vijfde plaats vraagt hij tenslotte, of volgens de aan de richtlijn te geven uitlegging gelaedeerde personen zich voor de nationale rechter op de richtlijn kunnen beroepen.
- 22 In dit verband moet erop worden gewezen, dat echte gelijkheid van kansen niet zonder een passende sanctieregeling te verwezenlijken valt. Dit volgt niet enkel uit de doelstelling van de richtlijn zelf, maar meer in het bijzonder ook uit artikel 6 ervan, dat de gediscrimineerde sollicitant een recht van beroep toekent en daarmee erkent dat hij rechten heeft die hij voor het gerecht geldend kan maken.
- 23 Ook al is — gelijk in het antwoord op de eerste vraag vastgesteld — voor een volledige tenuitvoerlegging van de richtlijn niet een bepaalde sanctie op schending van het discriminatieverbod noodzakelijk, voorwaarde is wel dat die sanctie een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming kan verzekeren. Verder dient zij ten aanzien van de werkgever een echt afschrikkende werking te hebben. Wanneer een Lid-Staat besluit, als sanctie op een inbreuk op het discriminatieverbod een schadevergoeding toe te kennen, dan moet deze dus in elk geval in een passende verhouding tot de geleden schade staan.
- 24 Een nationale wettelijke bepaling die het recht op schadevergoeding van personen die het slachtoffer zijn van discriminatie bij de toegang tot het arbeidsproces, beperkt tot een louter symbolische schadevergoeding zoals bijvoorbeeld de terugbetaling van de sollicitatiekosten, zou derhalve niet beantwoorden aan wat voor een doeltreffende omzetting van de richtlijn in nationaal recht vereist is.

- 25 Voor het Hof is uitvoerig gedebatteerd over de aard van de sanctie die in de Bondsrepubliek Duitsland op discriminatie bij de toegang tot het arbeidsproces is gesteld, en inzonderheid over de vraag of § 611a, lid 2, BGB de door het gemene recht geboden mogelijkheden van schadevergoeding uitsluit. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering te deze betoogd, dat genoemde bepaling de toepassing van de algemene regels inzake schadevergoeding niet noodzakelijkerwijze uitsluit. Het staat aan de nationale rechter, over deze vraag van uitlegging van zijn nationaal recht te beslissen.
- 26 Wel moet worden gepreciseerd, dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting der Lid-Staten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting der Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Daaruit volgt, dat de nationale rechter bij de toepassing van nationaal recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van richtlijn nr. 76/207 vastgestelde wet, dit nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het in artikel 189, derde alinea, bedoelde resultaat te bereiken.
- 27 Daarentegen behelst de richtlijn, naar uit het vorenstaande volgt, met betrekking tot de op discriminatie te stellen sancties geen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting waarop een particulier zich bij gebreke van tijdig vastgestelde uitvoeringsmaatregelen zou kunnen beroepen om krachtens de richtlijn een bepaalde schadevergoeding te verkrijgen, wanneer de nationale bepalingen een dergelijk rechtsgevolg niet regelen of toelaten.
- 28 De nationale rechter moet er echter op worden gewezen, dat richtlijn nr. 76/207, ofschoon zij de Lid-Staten vrijlaat om voor de op schending van het discriminatieverbod te stellen sanctie een keuze te maken uit de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, niettemin impliceert dat, zo een Lid-Staat verkiest de schending van dat verbod door middel van een schadevergoeding te sanctioneren, deze vergoeding — wil haar doeltreffendheid en afschrikkend effect verzekerd zijn — in elk geval in een passende verhouding tot de geleden schade moet staan en dus

meer moet zijn dan een zuiver symbolische vergoeding, zoals bijvoorbeeld terugbetaling van enkel de in verband met de sollicitatie gemaakte kosten. Het staat aan de nationale rechter om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen.

Kosten

- 29 De kosten door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, de Britse en de Nederlandse regering alsook door de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening hunner opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Arbeidsgericht Hamburg bij beschikking van 5 juli 1982 gestelde vragen,

verklaart voor recht:

1. Richtlijn nr. 76/207 verlangt niet dat, als sanctie op discriminatie op grond van het geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces, de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, wordt verplicht om met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten.
2. De richtlijn behelst met betrekking tot de op discriminatie te stellen sancties geen onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting waarop een particulier zich bij gebreke van tijdig vastgestelde uitvoeringsmaatregelen zou kunnen beroepen om krachtens de richtlijn een bepaalde schadevergoeding te verkrijgen, wanneer de nationale bepalingen een dergelijk rechtsgevolg niet regelen of toelaten.

3. Ofschoon richtlijn nr. 76/207 de Lid-Staten vrijlaat om voor de opschending van het discriminatieverbod te stellen sanctie een keuze te maken uit de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, impliceert zij niettemin dat, zo een Lid-Staat verkiest de schending van dat verbod door middel van een schadevergoeding te sanctioneren, deze vergoeding — wil haar doeltreffendheid en afschrikkend effect verzekerd zijn — in elk geval in een passende verhouding moet staan tot de geleden schade en dus meer moet zijn dan een zuiver symbolische vergoeding, zoals bijvoorbeeld terugbetaling van enkel de in verband met de sollicitatie gemaakte kosten. Het staat aan de nationale rechter om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, 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
(zie zaak 14/83, blz. 1911)