

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22 de Abril de 1997 *

No processo C-180/95,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Arbeitsgericht Hamburg (Alemanha), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Nils Draehmpachl

e

Urania Immobilienservice OHG,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, G. F. Mancini (relator), J. C. Moitinho de Almeida e L. Sevón, presidentes de secção, C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, G. Hirsch, H. Ragnemalm, M. Wathelet e R. Schintgen, juízes,

advogado-geral: P. Léger,
secretário: H. von Holstein, secretário adjunto,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação de N. Drachmpachl, por Klaus Bertelsmann, advogado no foro de Hamburgo, e Heide M. Pfarr, professora,
- em representação do Governo alemão, por Ernst Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e Gercon Thiele, Assessor no mesmo ministério, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por Marie Wolfcarius, membro do Serviço Jurídico, e Horstpeter Kreppel, funcionário nacional destacado neste serviço, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de N. Drachmpachl, representado pelo advogado Klaus Bertelsmann, do Governo alemão, representado por Ernst Röder, e da Comissão, representada por Bernhard Jansen, consultor jurídico, na qualidade de agente, e Marie Wolfcarius, na audiência de 26 de Novembro de 1996,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 14 de Janeiro de 1997,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 22 de Maio de 1995, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Junho seguinte, o Arbeitsgericht Hamburg submeteu, ao abrigo do artigo 177.º do Tratado CE, quatro questões prejudiciais sobre a interpretação dos artigos 2.º e 3.º da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2, p. 70, a seguir «directiva»).
- 2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe N. Draehmpaehl à Urania Immobilienservice OHG (a seguir «Urania»), a propósito da reparação do dano alegadamente sofrido por N. Draehmpaehl por discriminação em razão do sexo num processo de recrutamento.

Quanto à directiva

- 3 A directiva tem em vista, nos termos do artigo 1.º, a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, assim como no que se refere às condições de trabalho.

- 4 Para esse efeito, o n.º 1 do artigo 2.º da directiva estabelece que o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres implica «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar».
- 5 Por força do n.º 1 do artigo 3.º da directiva, a aplicação deste princípio implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho. O artigo 3.º, n.º 2, alínea a), prevê que os Estados-Membros adoptarão as medidas necessárias a fim de que sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento.
- 6 Por último, o artigo 6.º da directiva impõe aos Estados-Membros a obrigação de introduzirem na respectiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para permitir a qualquer pessoa que se considere lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento fazer valer judicialmente os seus direitos, eventualmente após recurso a outras instâncias competentes.

Quanto ao enquadramento normativo nacional

- 7 As disposições legislativas nacionais relativas à igualdade de tratamento entre homens e mulheres na vida profissional aplicáveis no caso do processo principal figuram no Bürgerliches Gesetzbuch (código civil alemão, a seguir «BGB»).
- 8 Nos termos do § 611 a, n.º 1, do BGB, a entidade patronal não pode prejudicar um trabalhador em razão do sexo, no âmbito de uma convenção ou na adopção de disposições, em especial no que diz respeito à constituição de uma relação de

trabalho, à promoção profissional, às instruções ou ao despedimento. Uma diferença de tratamento em razão do sexo é, no entanto, admitida se a convenção ou as disposições adoptadas se referem a uma actividade que, atenta a sua natureza específica, apenas pode ser exercida por trabalhadores de um ou outro sexo. O ónus da prova de que a actividade apenas pode ser exercida por trabalhadores de um ou outro sexo cabe à entidade patronal.

- 9 O § 611 a, n.º 2, do BGB dispõe que, se a entidade patronal se tornar responsável, na constituição de uma relação de trabalho, por violação da proibição de discriminação enunciada no n.º 1, o lesado pode pedir uma indemnização pecuniária adequada, cujo montante não pode ultrapassar três meses de salário. O salário mensal corresponde às prestações pecuniárias e em espécie a que o candidato teria direito durante o mês de constituição da relação de trabalho para um trabalho regular.
- 10 Por força do § 611 b, do BGB, a entidade patronal não pode oferecer um lugar unicamente a trabalhadores de um ou outro sexo, excepto no caso visado no § 611 a, n.º 1, segundo período.
- 11 Em conformidade com o § 61 b, n.º 2, da Arbeitsgerichtsgesetz (lei da organização dos órgãos jurisdicionais do trabalho, a seguir «ArbGG»), se várias pessoas prejudicadas no âmbito da constituição de uma relação de trabalho invocam judicialmente o direito a uma indemnização por força do § 611 a, n.º 2, do BGB, o montante das indemnizações deve ser limitado, quando a entidade patronal o requeira, a seis meses de salário, ou a doze meses, quando tinha sido organizado um processo de admissão único conducente à constituição de várias relações de trabalho. Quando a entidade patronal já satisfaz pedidos de indemnização, o montante máximo, tal como fixado no primeiro período, é proporcionalmente reduzido. Se as indemnizações cumuladas a que teriam direito os requerentes ultrapassarem globalmente este montante máximo, cada indemnização é reduzida proporcionalmente a esse montante.

Quanto aos antecedentes do litígio

- 12 Resulta do processo principal que, por carta de 17 de Novembro de 1994, N. Drachmpaehl apresentou a sua candidatura a uma proposta de emprego da Urania publicada no diário «Hamburger Abendblatt», redigida nos seguintes termos:

«Pretendemos uma assistente com experiência para a nossa direcção de vendas. Se é capaz de triunfar de espíritos confusos de uma empresa que centra a sua actividade nas vendas, se está disposta a preparar-lhes o café, se aceita receber poucos elogios apesar de trabalhar muito, tem lugar entre nós. Na nossa empresa, é necessário poder trabalhar no seu computador e em equipa. Se quer verdadeiramente aceitar este desafio, aguardamos a sua candidatura. Mas não diga que não a prevenimos...»

A Urania não respondeu à carta de N. Drachmpaehl e também não lhe devolveu a sua candidatura.

- 13 Alegando que era o candidato mais qualificado para esse lugar e que foi discriminado aquando do recrutamento em razão do sexo, N. Drachmpaehl intentou no Arbeitsgericht Hamburg uma acção visando obter a reparação do prejuízo sofrido mediante pagamento de uma indemnização de montante igual a três meses e meio do salário.
- 14 Resulta igualmente do processo principal que, no âmbito de um processo paralelo noutra secção do órgão jurisdicional de reenvio, outro candidato masculino apresentou igualmente um pedido de reparação contra a Urania por factos análogos.

15 O órgão jurisdicional de reenvio considerou que o demandante no processo principal tinha sido objecto de uma discriminação em razão do sexo por parte da Urania, visto que a proposta de emprego desta última foi formulada de modo não neutro e manifestamente destinada às mulheres. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio constatou não existirem aparentemente motivos que justificassem uma excepção, na acepção do § 611 a, n.º 1, do BGB, concluindo que a Urania estava obrigada, em princípio, a indemnizar o demandante no processo principal. Considerando entretanto que a solução do litígio dependia da interpretação do direito comunitário, o *Arbeitsgericht Hamburg* decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

- «1) Uma disposição legal que exige como pressuposto do direito a indemnização por discriminação com base no sexo no recrutamento do trabalhador a culpa do empregador viola os artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da directiva do Conselho de 9 de Fevereiro de 1976 relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (76/207/CEE)?

- 2) Uma disposição legal que, contrariamente às restantes normas de direito civil e laboral internos, estabelece um limite máximo de três meses de retribuição para a indemnização por discriminação com base no sexo no recrutamento do trabalhador quando este, devido às melhores qualificações do candidato ou candidata recrutados, não teria sido admitido ainda que a escolha fosse isenta de discriminação, viola os artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da directiva acima referida?

- 3) Uma disposição legal que, contrariamente às restantes normas de direito civil e laboral internos, estabelece um limite máximo de três meses de retribuição para a indemnização por discriminação com base no sexo no recrutamento do

trabalhador quando o candidato ou candidata teriam sido recrutados para o lugar a preencher se a selecção não tivesse sido discriminatória, viola os artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da directiva acima referida?

- 4) Uma disposição legal que, contrariamente às restantes normas de direito civil e laboral internos, estabelece um limite máximo cumulativo de seis meses de retribuição para as indemnizações de todos os trabalhadores vítimas de discriminação no recrutamento, viola os artigos 2.º, n.º 1 e 3.º n.º 1 da directiva acima referida?»

Quanto à primeira questão

- 16 Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no fundo, se a directiva e, em especial, os seus artigos 2.º, n.º 1 e 3.º, n.º 1, se opõem às disposições legislativas nacionais que sujeitam ao requisito de existência de culpa a reparação do prejuízo sofrido por discriminação em razão do sexo num processo de recrutamento.
- 17 A este propósito, há que recordar que, no acórdão de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941, n.º 22), o Tribunal de Justiça considerou que a directiva não subordina de modo nenhum a responsabilidade do autor de uma discriminação à prova de culpa ou à ausência de qualquer causa de exclusão da responsabilidade.

- 18 O Tribunal precisou igualmente no acórdão Dekker, já referido, n.º 25, que, quando a sanção escolhida pelo Estado-Membro se insere no âmbito de um regime de responsabilidade civil do empregador, a violação da proibição de discriminação deve ser suficiente para desencadear, só por si, a responsabilidade total do seu autor, sem que possam ser invocadas as causas de exclusão previstas pelo direito nacional.
- 19 Importa, portanto, constatar que a directiva se opõe às disposições legislativas nacionais que, tal como o § 611 a, n.ºs 1 e 2, do BGB, subordinam ao requisito da existência de culpa a reparação do prejuízo sofrido por discriminação em razão do sexo num processo de recrutamento.
- 20 Esta conclusão não pode ser infirmada pelo argumento do Governo alemão segundo o qual a prova de tal culpa é fácil de apresentar, uma vez que a culpa, na acepção do direito alemão, desencadeia a responsabilidade do seu autor por actos cometidos dolosamente ou por negligência.
- 21 Importa, a esse propósito, recordar que, como foi declarado no acórdão Dekker, já referido, n.º 25, a directiva não prevê nenhuma causa de exclusão da responsabilidade de que poderia beneficiar o autor de uma discriminação e não sujeita a reparação de um determinado prejuízo à existência de culpa, por mais fácil que seja apresentar a respectiva prova.
- 22 Por conseguinte, cabe responder à primeira questão que, quando um Estado-Membro decide sancionar a violação da proibição de discriminação no âmbito de um regime de responsabilidade civil, a directiva e, em especial, os seus artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, opõem-se às disposições legislativas nacionais que sujeitam ao requisito da existência de culpa a reparação do prejuízo sofrido por discriminação baseada no sexo num processo de recrutamento.

Quanto às segunda e terceira questões

- 23 Com estas questões, que importa examinar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no fundo, se a directiva se opõe às disposições legislativas nacionais que estabelecem um limite máximo de três meses de salário como indemnização que podem reclamar os candidatos discriminados em razão do sexo num processo de recrutamento. Pergunta, além disso, se a resposta a esta questão se impõe do mesmo modo quer relativamente aos candidatos objecto de discriminação no processo de recrutamento mas que, devido à superior qualificação do candidato recrutado, não teriam obtido o lugar mesmo que a selecção se tivesse realizado sem discriminação, quer relativamente aos que foram objecto de discriminação no recrutamento e que teriam obtido esse lugar se a selecção se tivesse efectuado sem discriminação.
- 24 A este propósito, importa antes de mais recordar que, mesmo se a directiva não impõe aos Estados-Membros uma sanção determinada, não deixa, no entanto, de verificar-se que o artigo 6.º os obriga a adoptar as medidas que sejam suficientemente eficazes para atingir o objectivo da directiva e conseguir que essas medidas possam efectivamente ser invocadas nos tribunais nacionais pelas pessoas interessadas (acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann, 14/83, Recueil, p. 1891, n.º 18).
- 25 Por outro lado, a directiva implica que, se um Estado-Membro decide sancionar a violação da proibição de uma discriminação mediante indemnização, esta deve ser susceptível de assegurar uma protecção jurisdicional efectiva e eficaz, deve ter efeito dissuasivo real relativamente à entidade patronal e deve, de qualquer modo, ser adequada ao prejuízo sofrido. Uma indemnização meramente simbólica não pode ser conforme às exigências de uma transposição eficaz da directiva (acórdão Von Colson e Kamann, já referido, n.ºs 23 e 24).

- 26 Do mesmo modo, a tese do Governo alemão segundo a qual uma indemnização de três meses do salário no máximo ultrapassa o quadro da indemnização simbólica e impõe à entidade patronal um encargo financeiro considerável, sensível e dissuasivo, concedendo assim à pessoa discriminada uma indemnização apreciável, não pode ser considerada fundada.
- 27 Com efeito, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Von Colson e Kamann, já referido, n.º 23, uma vez que os Estados-Membros decidem impor a reparação dos danos sofridos em resultado de discriminação proibida pela directiva no âmbito de um regime de responsabilidade civil da entidade patronal, essa reparação deve ser adequada ao prejuízo sofrido.
- 28 Além disso, resulta do pedido prejudicial, da resposta dada às perguntas feitas pelo Tribunal de Justiça e das precisões feitas na audiência que as disposições do direito alemão aplicáveis ao caso do processo principal fixam um limite máximo de indemnização específico, não previsto por outras disposições nacionais do direito civil e do direito do trabalho.
- 29 Ao escolherem a solução adequada para garantir o objectivo da directiva, os Estados-Membros devem velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes (acórdão de 21 de Setembro de 1989, Comissão/Grécia, 68/88, Colect., p. 2965, n.º 24).
- 30 Resulta do que precede que as disposições legislativas nacionais que, diferentemente das outras disposições nacionais do direito civil e do direito do trabalho, fixam *a priori* um limite máximo de três meses de salário como indemnização que pode ser obtida no caso de discriminação em razão do sexo no processo de recrutamento não preenchem essas condições.

- 31 Cabe, portanto, perguntar se esta resposta se impõe do mesmo modo quer relativamente aos candidatos ao recrutamento que, devido à superior qualificação do candidato admitido não teriam obtido o lugar mesmo que a selecção se operasse sem discriminação, quer relativamente aos que teriam obtido esse lugar, se a selecção se efectuasse sem discriminação.
- 32 A este propósito, importa lembrar que, como foi esclarecido nos n.ºs 25 e 27 do presente acórdão, a reparação deve ser adequada ao prejuízo sofrido.
- 33 Não é menos verdade que tal reparação pode ter em conta o facto de que, mesmo se a selecção se tivesse efectuado sem discriminação, determinados candidatos não teriam obtido o lugar a prover face às qualificações superiores do candidato admitido. É incontestável que tais candidatos, que só sofreram um prejuízo resultante da sua exclusão do processo de admissão, não podem pretender que a extensão do prejuízo sofrido é idêntica à dos candidatos que teriam obtido lugar a prover se a selecção se tivesse efectuado sem discriminação.
- 34 Por conseguinte, um candidato pertencente à primeira categoria, indicada no n.º 31 do presente acórdão, apenas sofreu um prejuízo decorrente da não tomada em consideração da sua candidatura, por discriminação em razão do sexo, enquanto um candidato pertencente à segunda categoria sofreu um prejuízo resultante da recusa em o admitir em razão, precisamente, da apreciação objectivamente errada do seu processo de candidatura feita pela entidade patronal devido a discriminação em razão do sexo.
- 35 Face a estas considerações, não parece desrazoável que um Estado-Membro estabeleça uma presunção legal em virtude da qual o prejuízo sofrido por um candidato da primeira categoria não pode exceder um limite de três meses de salário.

- 36 A este propósito, importa precisar que incumbe à entidade patronal, que dispõe do conjunto dos actos de candidatura apresentados, provar que o candidato não teria obtido o lugar a prover, mesmo que não tivesse havido qualquer discriminação.
- 37 Nessas condições deve responder-se à segunda e terceira questões que a Directiva 76/207 não se opõe às disposições legislativas nacionais que fixam *a priori* um limite máximo de três meses de salário como indemnização que pode reclamar um candidato, caso a entidade patronal possa provar que, atenta a superior qualificação do candidato admitido, ele não teria obtido o lugar a prover, ainda que a selecção se efectuasse sem discriminação. Ao invés, a directiva opõe-se às disposições legislativas nacionais que, diferentemente das outras disposições nacionais do direito civil e do direito do trabalho, fixem *a priori* um limite máximo de três meses de salário como indemnização que um candidato discriminado em razão do sexo no recrutamento pode reclamar, quando esse candidato teria obtido o lugar a prover se a selecção se tivesse efectuado sem discriminação.

Quanto à quarta questão

- 38 Com a quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no fundo, se a directiva se opõe a disposições legislativas nacionais que prevêm uma limitação das indemnizações cumuladas devidas a vários candidatos discriminados em razão do sexo num processo de recrutamento.
- 39 Tal como o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão Von Colson e Kamann, já referido, n.º 23, a directiva implica que a sanção escolhida pelos Estados-Membros deve ter um efeito dissuasivo real relativamente à entidade patronal e deve ser adequada em relação aos prejuízos sofridos, por forma a assegurar uma protecção jurisdicional efectiva e eficaz.

40 É manifesto que uma disposição como a do § 61 b, n.º 2, da ArbGG, que estabelece *a priori* um limite global de seis meses de salário como indemnização cumulada da totalidade dos candidatos lesados por discriminação baseada no sexo no âmbito de um recrutamento para um lugar, quando vários candidatos reclamam uma indemnização, pode dar lugar à concessão de indemnizações reduzidas e ter como resultado dissuadir os candidatos lesados de fazer valer os seus direitos. Semelhante consequência não corresponde à protecção jurídica efectiva e eficaz e não tem efeito realmente dissuasivo relativamente à entidade patronal como é exigido pela directiva.

41 Além disso, resulta do pedido prejudicial, da resposta dada às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça e das precisões feitas na audiência que tal limitação das indemnizações cumuladas não está prevista por outras disposições nacionais do direito civil e do direito do trabalho.

42 Ora, tal como o Tribunal de Justiça já declarou, as modalidades e as condições de um direito a reparação baseada no direito comunitário não devem ser menos favoráveis que as previstas no quadro do regime nacional comparável (acórdão Comissão/Grécia, já referido, n.º 24).

43 Por conseguinte, deve responder-se que a directiva se opõe às disposições legislativas nacionais que, diferentemente de outras disposições nacionais do direito civil e do direito de trabalho, estabelecem *a priori* um limite global de seis meses de salário como montante das indemnizações cumuladas que podem reclamar os candidatos discriminados no recrutamento em razão do sexo, quando vários candidatos reclamam uma indemnização.

Quanto às despesas

- 44 As despesas efectuadas pelo Governo alemão e pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo Arbeitsgericht Hamburg, por despacho de 22 de Maio de 1995, declara:

- 1) Quando um Estado-Membro decide sancionar a violação da proibição de discriminação no âmbito dum regime de responsabilidade civil, a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho, e, em especial, os seus artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, opõem-se às disposições legislativas nacionais que sujeitam à condição da existência de culpa a reparação do prejuízo sofrido por discriminação em razão do sexo num processo de recrutamento.
- 2) A Directiva 76/207 não se opõe às disposições legislativas nacionais que fixam *a priori* um limite máximo de três meses de salário como indemnização que pode reclamar um candidato, caso a entidade patronal possa

provar que, atenta a superior qualificação do candidato admitido, ele não teria obtido o lugar a prover, ainda que a selecção se efectuasse sem discriminação. Ao invés, a directiva opõe-se às disposições legislativas nacionais que, diferentemente de outras disposições nacionais do direito civil e do direito do trabalho, fixem *a priori* um limite máximo de três meses de salário como indemnização que um candidato discriminado em razão do sexo no recrutamento pode reclamar, quando esse candidato teria obtido o lugar a prover se a selecção se tivesse efectuado sem discriminação.

- 3) A Directiva 76/207 opõe-se às disposições legislativas nacionais que, diferentemente de outras disposições do direito civil e do trabalho, estabelecem *a priori* um limite global de seis meses de salário como montante das indemnizações cumuladas que podem reclamar os candidatos discriminados no recrutamento em razão do sexo, quando vários candidatos reclamam uma indemnização.

Rodríguez Iglesias

Mancini

Moitinho de Almeida

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Hirsch

Ragnemalm

Wathelet

Schintgen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 22 de Abril de 1997.

O secretário

O presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias