



Datum van inontvangstneming : 03/09/2015

**Zaak C-423/15**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

31 juli 2015

**Verwijzende rechter:**

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

18 juni 2015

**Verzoekende partij:**

Nils-Johannes Kratzer

**Verwerende partij:**

R+V Allgemeine Versicherung AG

---

(OMISSIS)

Afgekondigd op:

18 juni 2015

**BESCHIKKING**

In het geding tussen

Nils-Johannes Kratzer, [OMISSIS]

verzoeker, verzoeker in hoger beroep en verzoeker in Revision,

[OMISSIS]

en

R+V Allgemeine Versicherung AG, [OMISSIS]

verweerster, verweerster in hoger beroep en verweerster in Revision,

[OMISSIS]

heeft de achtste Senat van het Bundesarbeitsgericht [OMISSIS] **[Or. 2]**.  
[OMISSIS] de volgende beschikking gegeven:

I. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Moeten artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, en artikel 14, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), aldus worden uitgelegd,

dat ook degene uit wiens sollicitatie blijkt dat niet een aanstelling of dienstbetrekking, doch enkel – teneinde een schadevordering te kunnen instellen – de status van sollicitant moet worden bereikt, „toegang tot arbeid in loondienst of tot een beroep” zoekt?

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Kan een situatie waarin de status van sollicitant niet is bereikt met het oog op een aanstelling of dienstbetrekking, maar om schadevorderingen te kunnen instellen, op grond van het Unierecht als rechtsmisbruik worden aangemerkt?

II. De procedure in Revision wordt geschorst tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.

### **Motivering**

1 A. Voorwerp van het hoofdgeding

2 Partijen strijden vooral over schadevorderingen van verzoeker, en daarnaast ook om vergoeding van materiële schade en om vorderingen tot staking, waarbij verzoeker van mening is dat hij bij de afwijzing van zijn **[Or. 3]** sollicitatie naar een vacature is gediscrimineerd op grond van zijn leeftijd en geslacht.

3 Verweerster behoort als verzekeringsmaatschappij tot een van de grootste verzekeringsgroepen van Duitsland. De in 1973 geboren verzoeker is een volledig opgeleide jurist. Na de studie heeft hij in 1999 het eerste staatsexamen rechtsgeleerdheid gehaald, met de vermelding „bevredigend”. Na de tweede opleidingsfase in een voorbereidende stage in dienst van de staat, heeft hij het

tweede staatsexamen rechtsgeleerdheid gehaald, met de vermelding „voldoende”. Vanaf augustus 2002 is hij hoofdzakelijk werkzaam geweest als zelfstandig advocaat. In 2008 heeft hij deze werkzaamheid onderbroken en in Stellenbosch (Zuid-Afrika) een „Master of Laws” behaald.

- 4 In maart 2009 schreef verweerster een „Trainee-Programm 2009” uit, waarmee zij „sollicitanten (m/v) in de studierichtingen economische wetenschappen, (economische) wiskunde, (economische) informatica en rechtsgeleerdheid” zocht. Als voorwaarden noemde de uitschrijving: een – niet langer dan een jaar geleden of binnen de komende maanden – met zeer goed gevolg afgesloten/af te sluiten universitaire opleiding in een van de vakrichtingen en gekwalificeerde, beroepsgerichte praktijkervaring, bijvoorbeeld door opleiding, practica of werkzaamheden als werkstudent. Voor sollicitaties op het gebied van de rechtsgeleerdheid kwamen daar nog bij: de succesvolle afsluiting van beide staatsexamens en een arbeidsrechtelijke opleiding of medische kennis. Verzoeker solliciteerde naar een traineeship in de studierichting rechtsgeleerdheid. Zijn sollicitatie ging vergezeld van een curriculum vitae en andere documenten. Verzoeker wees er in zijn sollicitatie nadrukkelijk op dat hij als voormalig leidinggevende bij een rechtsbijstandsverzekeraar beschikte over leidinggevende ervaring. Op dat moment volgde hij een cursus voor gespecialiseerd arbeidsjurist. Voorts voerde hij aan dat vanwege de dood van zijn vader aan hem een omvangrijke medisch-rechtelijke volmacht was toevertrouwd en dat hij derhalve beschikte over een verbrede ervaringshorizon in het medisch recht. Als voormalig leidinggevende en advocaat was hij eraan gewend verantwoordelijkheid op zich te nemen en zelfstandig te werken.
- 5 Op 19 april 2009 wees verweerster de sollicitatie van verzoeker af. Zij kon hem op dat moment geen mogelijkheid van een dienstbetrekking aanbieden. Op 11 juni 2009 diende verzoeker **[Or. 4]** bij verweerster schriftelijk een schadevordering in ten bedrage van 14 000,00 EUR wegens discriminatie op grond van leeftijd. Daarop nodigde verweerster hem voor begin juli 2009 uit voor een voorstellingsgesprek met haar personeelschef. De afzegging zou „automatisch gegeneerd” en „derhalve niet in overeenstemming met de bedoelingen” zijn. Verzoeker wees de uitnodiging af en stelde voor om, nadat de door hem ingediende schadevordering zou zijn voldaan, „zeer snel [z]ijn toekomst bij R+V Versicherung” te bespreken.
- 6 Verzoeker diende bij het Arbeitsgericht Wiesbaden een schadevordering in ten bedrage van 14 000,00 EUR wegens discriminatie op grond van leeftijd. Hij onderbouwde deze vordering door te wijzen op de door hem als discriminerend ervaren formulering van de uitschrijving. Vervolgens vernam verzoeker dat verweerster de vier traineeships voor rechtsgeleerdheid uitsluitend had bezet met vrouwen, terwijl bij de meer dan zestig sollicitaties de verdeling over geslachten vrijwel gelijk was geweest. Daarop diende verzoeker een nadere schadevordering in ten bedrage van 3 500,00 EUR, wegens discriminatie op grond van geslacht.

7 Het Arbeitsgericht heeft het beroep verworpen. Het daartegen bij het Hessischen Landesarbeitsgericht ingediende beroep bleef zonder succes. Met de toegestane Revision streeft verzoeker het doel van zijn beroep verder na.

8 B. Toepasselijke bepalingen

9 De richtlijnen betreffende het beginsel van gelijke behandeling en van antidiscriminatie zijn in Duits recht omgezet bij het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Duitse wet inzake gelijke behandeling; hierna: „AGG”) van 14 augustus 2006 (BGBl. I blz. 1897).

10 § 1 AGG luidt:

„Deze wet heeft tot doel elke benadeling op grond van ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te voorkomen of op te heffen.” [Or. 5]

De benadeling om een van de onderstaande redenen is verboden:

„Werknemers mogen niet worden benadeeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden. Dit verbod geldt ook wanneer degene die benadeelt slechts aanneemt dat er bij de benadeling sprake is van een van de in § 1 genoemde gronden.”

„Werknemers” in de zin van § 7, lid 1, AGG zijn ingevolge § 6, lid 1, tweede zin, AGG ook:

„[...] sollicitanten voor een dienstbetrekking en personen wier dienstbetrekking is beëindigd”,

daar op grond van § 2, lid 1, onder 1), AGG het gebied van de toegang tot de arbeid moet worden beschermd:

„(1) [Is] [b]enadeling op grond van een van de in artikel 1 genoemde gronden [...] krachtens de onderhavige wet verboden met betrekking tot:

1. de voorwaarden, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, alsmede de voorwaarden voor bevordering”.

Werknemers, dus ook sollicitanten, die een verboden benadeling ondervinden, kunnen verzoeken om vergoeding van hun materiële en immateriële schade:

„§ 15 – Schadeloosstelling en schadevergoeding

- (1) Bij schending van het benadelingsverbod is de werkgever verplicht om de hierdoor veroorzaakte schade vergoeden. Dit geldt niet wanneer de

werkgever niet verantwoordelijk is voor de schending van de verplichting.

- (2) Wanneer de schade geen vermogensschade is, kan de werknemer een passende financiële schadeloosstelling vorderen. De schadeloosstelling mag – ingeval de werknemer niet in dienst wordt genomen – niet meer bedragen dan drie maandsalarissen wanneer de werknemer ook bij een niet door benadeling gekenmerkte selectieprocedure niet zou zijn aangesteld.

(...)” **[Or. 6]**

- 11 Naar Duits burgerlijk procesrecht rust de stel- en bewijslast in beginsel op de eiser. Een verzoeker dient derhalve feiten te stellen die de vordering onderbouwen, en deze bij betwisting ook te bewijzen. Voor de rechtsbescherming bij discriminatie voorziet § 22 AGG evenwel in een verlichting van de stellast en een omkering van de bewijslast:

„Wanneer in een geschil de ene partij aanwijzingen van benadeling op een van de in § 1 genoemde gronden aanvoert, moet de andere partij bewijzen dat geen inbreuk werd gemaakt op de bepalingen ter bescherming tegen benadeling.”

- 12 Voor het vermoeden van § 22 AGG is het, gelet op de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht [OMISSIS] voldoende dat een in § 1 AGG genoemde grond „deel [uitmaakt] van een bundel gronden” die tot het besluit heeft geleid. Daarbij is niet vereist dat de betrokken grond het uitsluitende of zelfs ook maar een belangrijk motief voor het handelen van de benadelende is. Hij hoeft noch de overheersende beweegreden, noch de hoofdreden, of „drijfveer”, van de handelwijze te zijn geweest. Een loutere mede-oorzakelijkheid volstaat. [OMISSIS]. Op grond hiervan mag bij een besluit over een vervulling van een vacature geen van de in § 1 AGG genoemde gronden ten nadele van een sollicitant in aanmerking worden genomen. De verwijzende Senat gaat ervan uit dat deze rechtspraak inzake het „deel van een bundel gronden” voor de partij die zich benadeeld acht, qua beschermingsniveau ten minste gelijk en uiteindelijk zelfs sterker is dan die welke voortvloeit uit de bepalingen van het Unierecht (zie HvJEU 25 april 2013 – C-81/12 – [Asociatia ACCEPT]; 5 mei 1994 – C-421/92 – [Habermann-Beltermann] punt 14, Jurispr. 1994, I-1657; 8 november 1990 – C-177/88 – [Dekker] punten 10 en 17, Jurispr. 1990, I-3941).

- 13 C. Noodzaak van de beslissing van het Hof

- 14 De beslechting van het geding hangt af van de uitlegging van artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78/EG en artikel 14, lid 1, **[Or. 7]** onder a), van richtlijn 2006/54/EG. Andere artikelen die in aanmerking moeten worden genomen zijn artikel 21, lid 1, en de artikelen 23 en 25 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

- 15 Volgens de verwijzende Senat geldt voor de aanname van een recht van verzoeker als voorwaarde, dat deze bij verweerster heeft gesolliciteerd met het oog op een aanstelling. Alleen dan kan hij een „sollicitant” zijn in de zin van § 6, lid 1, tweede zin, AGG. Aan deze voorwaarde is volgens de Senat in casu niet voldaan. Verzoeker heeft weliswaar naar aanleiding van de uitschrijving van de traineeships bij verweerster gesolliciteerd, doch deze sollicitatie is naar het oordeel van de Senat, gelet op de bewoordingen ervan en gezien de omstandigheden van het geval, niet ingediend met het doel om een dienstbetrekking bij verweerster te bemachtigen. De sollicitatie is veeleer zodanig geformuleerd dat verweerster verzoeker juist niet als trainee zou aanstellen. Dit volgt enerzijds uit de mededelingen van de verzoeker in zijn sollicitatie, bijvoorbeeld doordat hij zijn veelsoortige leidinggevende ervaringen beklemtoont. Anderzijds volgt dit uit het feit dat verzoeker, na een eerste afwijzing, een uitnodiging voor een gesprek met de personeelschef van verweerster van de hand wees. Voor zover de Senat kan nagaan, wilde verzoeker niet door verweerster als trainee worden tewerkgesteld, doch diende verzoeker zijn formele sollicitatie vooral in om zo als „sollicitant” in de zin van het AGG te kunnen worden aangemerkt en op grond van § 15 AGG rechten te kunnen opeisen. Op basis van het nationale civiele recht gaat het om een niet serieus te nemen en daarmee irrelevante wilsverklaring.
- 16 Aangezien verzoeker volgens de verwijzende Senat niet voldoet aan de voorwaarde van § 6, lid 1, tweede zin, AGG, kan hij zich niet beroepen op § 15 AGG. Zijn beroep kan derhalve niet slagen.
- 17 Dit kan de Senat evenwel niet beslissen zonder een verduidelijking van het Unierecht. Dit noemt niet de „sollicitant”, doch beschermt de „toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep”. Het is niet duidelijk of artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2000/78/EG en artikel 14, lid 1, van richtlijn 2006/54/EG ook vereisen dat werkelijk toegang tot arbeid in loondienst wordt verlangd en een aanstelling bij de werkgever **[Or. 8]** daadwerkelijk gewild is. Dit is een uitleggingsvraag die alleen door het Hof kan worden beantwoord en waarover nog geen rechtspraak bestaat.
- 18 Voor het geval het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt, wordt voor de Senat de tweede prejudiciële vraag relevant voor de beslechting van het geding.
- 19 D. Uiteenzetting van de prejudiciële vragen
- 20 Voor de uitvoering en omzetting van het Unierecht inzake het beginsel van gelijke behandeling en bescherming tegen discriminatie, nemen in het Duitse recht de aanspraken op vergoeding van materiële schade (§ 15, lid 1, AGG) en op vergoeding van schade die geen vermogensschade is (§ 15, lid 2, AGG), samen met de bewijslastregeling van § 22 AGG, een centrale plaats in. Met deze bepalingen volgt de Duitse wetgever de bepalingen van de toepasselijke

richtlijnen (richtlijn 2000/43/EG, richtlijn 2000/78/EG en richtlijn 2006/54/EG) en de rechtspraak van het Hof (onder meer HvJEU 22 april 1997 [Drachmpaehl] punten 24, 39 e.v., Jurispr. 1997, I-2195). Het specifiek ontwikkelde recht op schadevergoeding voldoet aan de eisen van het Unierecht van „een doeltreffende en van het bestaan van schuld onafhankelijke sanctie bij schending van het benadelingsverbod door de werkgever” (toelichting bij § 15, lid 2, AGG[OMISSIS]). Op basis van § 22 AGG moeten voor een omkering van de bewijslast (enkel) aanwijzingen worden overgelegd die een vermoeden van discriminatie opleveren. Daarbij mag met het oog op de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht geen van de verboden aanknopingsgronden (in casu: geslacht, leeftijd) op enigerlei wijze deel uitmaken van de „bundel gronden” bij het maken van de selectie.

- 21 Beroepen op grond van § 15, lid 2, AGG hebben als bijzonderheid dat er een recht op schadevergoeding (met een maximum van drie maandsalarissen) kan bestaan, „wanneer de werknemer ook bij een niet door benadeling gekenmerkte selectieprocedure niet zou zijn aangesteld”. Derhalve is het voor het recht op schadevergoeding niet van belang wanneer een sollicitant vanwege de betere kwalificaties van andere sollicitanten ook bij een niet door benadeling gekenmerkte selectieprocedure de te vervullen arbeidsplaats niet zou hebben bemachtigd. Ook meerdere sollicitanten kunnen **[Or. 9]** met betrekking tot dezelfde sollicitatieprocedure een schadevordering indienen [(§ 61b, lid 2, van het Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) (Duitse wet op de rechterlijke bevoegdheid in arbeidszaken)]. Net zoals in het onderhavige geval, worden beroepen op § 15, lid 2, AGG niet zelden gebaseerd op formuleringen in vacatures.
- 22 De in verhouding tot het algemene Duitse civiele recht buitengewone regeling in § 15, lid 2, AGG, heeft in de literatuur aanleiding tot veelvuldige debatten over functie en uitlegging gegeven. Dit hangt samen met het feit dat dat concept van een afschrikkende werking (onder meer HvJEU 25 april 2013 – C-81/12 – [Asociatia ACCEPT] punt 63) op zich vreemd is aan het Duitse schadevergoedingsrecht.
- 23 De verwijzende Senat [OMISSIS] heeft tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof, volgens welke, enerzijds, de sanctieregeling een daadwerkelijke en effectieve rechterlijke bescherming van de aan de richtlijn ontleende rechten dient te waarborgen en – opdat zij met name een werkelijk afschrikkende werking sorteert – de hardheid van sancties dient overeen te stemmen met de zwaarte van de inbreuken die daarmee worden bestraft, doch, anderzijds, tegelijkertijd het algemene beginsel van evenredigheid moet zijn gewaarborgd, een dubbele sanctiedoelstelling van § 15, lid 2, AGG aangenomen, in die zin dat de bepaling zowel een „specifiek-preventieve functie” (de werkgever voortaan te houden aan een goede uitvoering van de krachtens het AGG op hem rustende verplichtingen) als een „algemeen-preventieve functie” (derden te weerhouden van soortgelijke schendingen) heeft.



- 24 Eerste prejudiciële vraag: voor de vervulling van deze sanctiefuncties geldt als voorwaarde dat de status van „sollicitant”, en derhalve als „werknemer”, in de zin van § 6, lid 1, tweede zin, AGG is bereikt. Dit is volgens de Senat afhankelijk van de vraag of de sollicitant al dan niet heeft gesolliciteerd met het oog op een aanstelling. In het geval van de onderhavige sollicitatie van verzoeker beschouwt de Senat deze voorwaarde niet als vervuld. Dit kan evenwel niet reeds worden geconstateerd op grond van het enkele feit dat een persoon een veelvoud van onsuccesvolle sollicitaties heeft verzonden en – zoals verzoeker – meerdere schadevergoedingsprocedures heeft gevoerd [OMISSIS]. Ook al heeft verzoeker juist gesolliciteerd op vacatures waarvan **[Or. 10]** de formuleringen een schijn van discriminatie wekken, staat dit – anders dan verweerster stelt – niet in de weg aan een recht op schadevergoeding. De Senat beschouwt verzoeker evenwel niet als „sollicitant”, in de zin van § 6, lid 1, tweede zin, AGG, aangezien hij een sollicitatie heeft ingediend waarvan de formulering volkomen in strijd is met het profiel van de uitgeschreven vacature. Hij heeft daarmee de afwijzing van zijn sollicitatie uitgelokt. Verzoeker heeft alleen formeel de status van sollicitant nagestreefd. Het was hem er om te doen als afgewezen sollicitant een schadevordering in te dienen. Dit valt volgens de Senat niet binnen de werkingssfeer van het beginsel van gelijke behandeling en bescherming tegen discriminatie.
- 25 Verzoeker voert hiertegen in de onderhavige zaak aan dat er in Duitsland geen werkzaam instrumentarium bestaat om voor afschrikwekkend hoge schadevergoedingsbetalingen te zorgen. Dit is echter, wanneer – zoals in Duitsland – enkel een civielrechtelijke sanctieregeling bestaat, wel noodzakelijk ter vervulling van de Unierechtelijke voorwaarde van een afschrikkende werking. De verwijzende Senat is evenwel, om bovengenoemde redenen, van mening dat de Unierechtelijk vereiste afschrikkende werking een dergelijke uitlegging van § 15, lid 2, AGG niet verlangt.
- 26 Tweede prejudiciële vraag: zowel de verwijzende Senat als het Bundesverwaltungsgericht zijn van mening dat, bij wijze van uitzondering, volgens het beginsel van goede trouw (§ 242 BGB) en vanuit het oogpunt van rechtsmisbruik, een recht kan komen te vervallen met name wanneer een sollicitatie niet serieus kan worden genomen [OMISSIS]. Met het oog op het waarborgen van een daadwerkelijke en effectieve rechterlijke bescherming tegen benadelingen op het gebied van tewerkstelling en beroep, dient aan een dergelijk verval van een recht een strenge maatstaf te worden aangelegd. In dergelijke gevallen rust de stel- en bewijslast voor het feit dat een handeling vanuit subjectief oogpunt niet serieus kan worden genomen – dat wil zeggen: voor het rechtsmisbruik – op de werkgever.**[Or. 11]**
- 27 Ook uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat de nationale rechters in bepaalde omstandigheden in individuele gevallen de oneigenlijke of bedrieglijke handelwijze van de betrokkene op basis van objectieve criteria in aanmerking kunnen nemen, teneinde deze betrokkene in voorkomend geval een

beroep op het toepasselijke Unierecht te kunnen ontzeggen. Zij dienen evenwel zij bij de beoordeling van een dergelijk gedrag het doel van de betrokken bepalingen in aanmerking te nemen (HvJEU 22 december 2010 – C-303/08 – [Bozkurt] punt 47, Jurispr. 2010, I-13445; 9 maart 1999 – C-212/97 – [Centros] punt 25, Jurispr. 1999, I-1459; 2 mei 1996 – C-206/94 – [Paletta] punt 25, Jurispr. 1996, I-2357).

28 In de onderhavige dient de Senat, voor het geval het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt, de vraag van een eventueel rechtsmisbruik te onderzoeken. Verweester stelt dat zij in dit geding genoegzaam heeft gesteld en bewezen dat verzoeker zich met zijn beroep op bescherming tegen discriminatie schuldig heeft gemaakt aan rechtsmisbruik. Concluderend gaat verweester ervan uit dat verzoeker – die zichzelf als advocaat vertegenwoordigt – handelt met een hoge mate van professionaliteit, teneinde munt te slaan uit gebrekkige personeelsadvertenties.

29 Derhalve is de beslechting van het geding – wanneer de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoordt – afhankelijk van de vraag of er in een situatie waarin een sollicitatie vanuit subjectief oogpunt niet serieus kan worden genomen, nog sprake is van „gebruik van recht” in de zin van de Unierechtelijke bepalingen. Wanneer dit niet het geval zou zijn, kan een dergelijke handelwijze – in voorkomend geval doordat daarbij ook nog aan andere objectieve criteria is voldaan – wellicht worden aangemerkt als rechtsmisbruik in de zin van § 242 BGB.

[ondertekening, voor eensluidend gewaarmerkt]