1. Le non-assujettissement de petites entreprises à un régime national de protection des travailleurs contre le licenciement abusif, ayant pour effet qu'elles ne sont pas tenues de verser des indemnités en cas de licenciement socialement injustifié, ni de supporter les frais de justice encourus à l'occasion de litiges relatifs au licenciement des travailleurs, ne constitue pas une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

   En effet, une telle mesure n'entraîne aucun transfert direct ou indirect de ressources de l'État à ces entreprises mais procède seulement de la volonté du législateur de prévoir un cadre législatif spécifique pour les relations de travail entre employeurs et salariés dans les petites entreprises et d'éviter d'imposer à ces entreprises des contraintes financières pouvant entraver leur développement.

2. Le principe de l'égalité de traitement des travailleurs masculins et féminins en ce qui concerne les conditions de licenciement, tel qu'il résulte des articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, ne s'oppose pas à l'application d'une disposition nationale qui ne prend pas en compte les salariés travaillant un nombre d'heures égal ou inférieur à 10 par semaine ou à 45 par mois lors de la détermination du point de savoir si une entreprise doit ou non appliquer le régime de protection contre le licenciement abusif, lorsqu'il n'est pas établi que les entreprises non assujetties à ce régime comptent un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes. Même si tel était le cas, une telle mesure pourrait être justifiée par des raisons objectives et étrangères au sexe des travailleurs en tant qu'elle vise à alléger les contraintes pesant sur les petites entreprises.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-189/91 *

I — Faits et procédure

1. *Cadre juridique national*

La Kündigungsschutzgesetz (loi sur la protection contre le licenciement abusif, dans la version résultant de la première Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (loi modificative en matière sociale) du 25 août 1969, BGBl. I, p. 1317, ci-après « KSchG ») pose, comme principe fondamental, que les licenciements « socialement injustifiés » sont dépourvus d'effet légal.

En vertu de l'article 1er de la KSchG, un licenciement est socialement injustifié

* Langue de procédure: l'allemand.

lorsqu'il n'est pas fondé « soit sur des motifs découlant de la personne ou du comportement du salarié, soit sur des nécessités impérieuses de l'entreprise s'opposant à ce que le travailleur continue à être occupé dans ladite entreprise ». En cas de contestation relative au licenciement d'un travailleur salarié, il appartient aux tribunaux du travail de vérifier les raisons concrètes ayant incité l'employeur à licencier ce travailleur.

Dans l'hypothèse où le tribunal estime que le licenciement du travailleur est socialement injustifié, la relation de travail doit, en principe, être poursuivie (principe de « la protection de l'acquis »). Toutefois, lorsque le tribunal considère que la relation de travail ne saurait raisonnablement être poursuivie, il peut en prononcer la résolution à la demande du travailleur ou, dans certaines circonstances, à la demande de l'employeur. L'employeur est alors tenu de verser une indemnité au travailleur, dont le montant peut atteindre l'équivalent d'une année de salaire (articles 9 et 10 de la KSchG) [1].

En vertu de l'article 23, paragraphe 1, deuxième et troisième phrases, de la KSchG [2], le régime de protection contre le licenciement abusif, décrit ci-dessus, n'est pas applicable

« aux entreprises ou administrations dans lesquelles cinq ou moins de cinq salariés sont généralement employés, à l'exclusion des personnes employées pour leur formation professionnelle. Pour déterminer le nombre des salariés employés aux fins de l'application de la deuxième phrase, il n'y a lieu de prendre en considération que les salariés dont l'horaire de travail habituel excède 10 heures par semaine ou 45 heures par mois. »

Dans ces entreprises et administrations (ci-après « petites entreprises »), l'employeur peut licencier les travailleurs en respectant les délais de préavis de droit commun, sans que le motif du licenciement soit soumis à un contrôle judiciaire.

2. Le litige au principal et les questions préjudicielles

Mme Kirsammer-Hack travaillait en qualité d'assistante médicale dans le cabinet dentaire de Mme Sidal, dont l'effectif total comprenait deux salariés à temps plein, deux salariés travaillant plus de 10 heures par semaine, dont Mme Kirsammer-Hack, ainsi que quatre salariés travaillant en moyenne moins de 10 heures par semaine ou de 45 heures par mois.

Le 13 février 1991, Mme Kirsammer-Hack a été licenciée avec effet à compter du 31 mars 1991. Estimant que ce licenciement était socialement injustifié au sens de la KSchG, Mme Kirsammer-Hack a introduit une action devant l'Arbeitsgericht Reutlingen visant à faire constater que le contrat de travail la liant à Mme Sidal continuait à produire ses effets au-delà du 31 mars 1991.

1 — Selon la juridiction nationale, en pratique, la plupart des différents relatifs au licenciement de travailleurs sont clos par la conclusion d'une « transaction d'indemnisation », en vertu de laquelle l'employeur s'engage à verser au travailleur une indemité dont le montant est égal au nombre d'années d'ancienneté du travailleur, multiplié par une somme variant entre la moitié et le montant total du salaire mensuel du travailleur en cause. De l'avis de la juridiction nationale, les employeurs accepteraient de conclure de telles transactions aux motifs, d'une part, qu'ils se reconnaîtraient une « obligation morale » vis-à-vis du travailleur et, d'autre part, qu'ils éviteraient ainsi un procès long et coûteux.

2 — La troisième phrase a été ajoutée par l'article 3 de la Beschäftigungsförderungsgesetz (loi sur la promotion de l'emploi) du 26 avril 1985 (BGBl. I, p. 710 et ss).

La défenderesse au principal estime que les dispositions de la KSchG sont inapplicables, au motif que moins de cinq salariés, au sens de l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG, seraient employés dans son entreprise.

La juridiction nationale partage l'avis de la défenderesse. Elle considère cependant que l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG pourrait être contraire au droit communautaire.

La juridiction nationale observe que les petites entreprises représentent 10 % de l'ensemble des entreprises allemandes, emploient environ 10 % de l'ensemble des travailleurs occupés en République fédérale d'Allemagne [3] et sont particulièrement actives dans les secteurs de l'artisanat, de l'agriculture, du commerce et du nettoyage de bâtiments. Elle souligne également que des entreprises de taille importante pourraient tomber en dehors du champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif, en employant un grand nombre de travailleurs dont l'horaire de travail serait inférieur aux seuils prévus par l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG (ci-après « travailleurs à temps partiel »).

La juridiction nationale relève que, eu égard aux dispositions de l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG, les petites entreprises ne sauraient être appelées à indemniser les travailleurs dont le licenciement est socialement injustifié. Eu égard au montant des indemnités dues en cas de licenciement socialement injustifié et aux frais de justice encourus à l'occasion de litiges relatifs au licenciement de travailleurs, les petites entreprises bénéficieraient d'un avantage concurrentiel important par rapport aux autres entreprises. Une telle situation répondrait d'ailleurs à l'un des objectifs poursuivis par le législateur allemand.

Se référant à l'ordonnance de l'Arbeitsgericht Bremen, du 9 octobre 1990, dans les affaires *Sloman Neptun* (aff. jointes C-72/91 et C-73/91, actuellement pendantes), la juridiction nationale estime que l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG pourrait constituer une aide aux petites entreprises, incompatible avec le marché commun, et enfreindre ainsi l'article 92, paragraphe 1, du traité CEE.

Toutefois, à supposer même que l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG ne constitue pas une aide au sens de l'article 92 du traité, cette disposition pourrait, selon la juridiction nationale, être incompatible avec le droit communautaire pour une autre raison. En effet, l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG comporte, à son avis, une discrimination indirecte à l'égard des femmes.

La juridiction nationale rappelle que, en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40, ci-après « directive 76/207 »), « l'application du principe de

3 — Selon la juridiction nationale, ces chiffres devraient s'accroître à l'avenir. Trois facteurs expliqueraient cet accroissement, à savoir (1) l'augmentation des possibilités de substitution du facteur capital au facteur humain, (2) les avantages que présente l'emploi de travailleurs à temps partiel pour l'employeur (économie de charges sociales) et (3) les avantages que présente le travail à temps partiel pour le travailleur (taux d'imposition réduit).

l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe ». De plus, l'article 2, paragraphe 1, de la directive 76/207 précise que, dans le cadre de cette directive, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe vise non seulement les discriminations directes, mais également les discriminations indirectes.

Par ailleurs, la juridiction nationale relève que la grande majorité (90 %) des travailleurs dont l'horaire de travail est inférieur aux seuils visés à l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG sont des femmes. Par conséquent, la majeure partie des entreprises qui sont exclues du champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif, en raison du nombre de travailleurs à temps partiel qu'elles occupent, sont des entreprises employant à temps partiel des travailleurs féminins. La juridiction nationale en déduit que l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG comporte une discrimination indirecte à l'égard des femmes, contraire aux dispositions combinées des articles 2 et 5 de la directive 76/207 que la demanderesse au principal pourrait invoquer.

Par ordonnance du 3 mai 1991, l'Arbeitsgericht Reutlingen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) L'exclusion des entreprises dites petites du régime de protection contre le licenciement abusif, conformément à l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la Kündigungsschutzgesetz (loi sur la protection contre le licenciement abusif, KSchG; dans la version résultant de la première Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (loi modificative en matière sociale) du 25 août 1969, BGBl. I, p. 1317) est-elle conforme à l'article 92, paragraphe 1, du traité CEE?

En cas de réponse négative à la question précédente,

2) Les dispositions de l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG (dans la version qui résulte de l'article 3 de la Beschäftigungsförderungsgesetz (loi sur la promotion de l'emploi) du 26 avril 1985, BGBl. I, p. 710 et ss.) constituent-elles une discrimination indirecte à l'égard des femmes qui enfreint les articles 5 et 2 de la directive du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (76/207/CEE)? »

3. *Procédure devant la Cour*

L'ordonnance de renvoi de l'Arbeitsgericht Reutlingen a été enregistrée au greffe de la Cour le 25 juillet 1991.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne, des observations écrites ont été déposées par le gouvernement allemand, représenté par M. Ernst Röder, Ministerialrat im Bundesminis-

terium für Wirtschaft, et M. Joachim Karl, Regierungsdirektor im Bundesministerium für Wirtschaft, en qualité d'agents, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Michel Nolin, membre du service juridique, assisté de M. Claus-Michael Happe, fonctionnaire allemand détaché auprès de la Commission dans le cadre des échanges avec les fonctionnaires nationaux, en qualité d'agents.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans mesures d'instruction préalables.

II — Observations écrites déposées devant la Cour

Sur la première question

A titre liminaire, le *gouvernement allemand* rappelle la finalité de l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG. Il souligne tout d'abord que, dans les petites entreprises, les relations entre l'employeur et les travailleurs sont avant tout des relations personnelles. L'exclusion de ces entreprises du champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif répondrait au souci d'éviter que, en cas de conflit entre l'employeur et le travailleur, la relation de travail doive se poursuivre pendant la durée de la procédure qui pourrait être engagée devant les tribunaux et, éventuellement, au-delà de cette période. Le gouvernement allemand observe ensuite qu'il serait difficile, pour l'employeur dirigeant une petite entreprise, de faire face aux contraintes financières et administratives imposées par un litige concernant le licenciement prétendument abusif d'un travailleur. Par conséquent, les petites entreprises sont dans une situation différente de celle des autres entreprises et elles ne sauraient se voir appliquer le régime de protection contre le licenciement abusif qui est applicable à ces autres entreprises.

En ce qui concerne le point de savoir si une disposition telle que l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG constitue une aide incompatible avec le marché commun, le gouvernement allemand observe tout d'abord que, en tout état de cause, la constatation de l'incompatibilité d'une aide avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission, sous réserve d'un contrôle a posteriori par la Cour. Par conséquent, aussi longtemps que l'examen de la Commission n'est pas terminé, les particuliers ne pourraient se prévaloir de l'incompatibilité d'une aide avec le marché commun devant les juridictions nationales (v. arrêt du 22 mars 1977, Steinike & Weinlig, 78/76, Rec. p. 595, points 9 et 10).

Le gouvernement allemand rappelle ensuite que la notion d'aide, au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité, vise non seulement des prestations positives, mais également l'exonération de charges que les entreprises seraient normalement tenues de supporter. A cet égard, il reconnaît que l'exclusion des petites entreprises du champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif se traduit, pour celles-ci, par une double économie: d'une part, elles n'ont pas à faire face aux frais d'un procès qui les opposerait à un travailleur prétendant que son licenciement n'est pas socialement justifié; d'autre part, elles ne sauraient être tenues de verser une indemnité à un travailleur dont le licenciement n'est pas socialement justifié. L'économie de charges ainsi réalisée par les petites entreprises ne signifie

cependant pas, de l'avis du gouvernement allemand, que leur exclusion du champ d'application du régime de la protection contre le licenciement abusif constitue une aide.

En ce qui concerne l'économie des frais d'un procès par les petites entreprises — et la perte, par l'État, des frais de justice relatifs à ces procès — le gouvernement allemand fait valoir que cette économie n'est pas la conséquence directe de l'inapplication du régime de protection contre le licenciement abusif. En effet, lorsque ce régime est applicable, l'introduction d'une action visant à faire constater que le licenciement n'est pas socialement justifié est laissée à l'initiative du travailleur concerné. Par ailleurs, bien que le régime de protection contre le licenciement abusif ne soit pas applicable aux petites entreprises, diverses réglementations, telles que celles relatives au préavis de licenciement et au licenciement dans le cadre de transfert d'entreprises, sont applicables aux petites entreprises. Par conséquent, les petites entreprises pourraient devoir supporter le coût d'un litige relatif au licenciement d'un travailleur.

En ce qui concerne l'économie de l'indemnité versée au travailleur dont le licenciement n'est pas socialement justifié, le gouvernement allemand fait valoir que le versement d'une telle indemnité ne constitue pas la conséquence directe de l'application du régime de protection contre le licenciement abusif: d'une part, ce régime vise à assurer la continuation de la relation de travail, non le versement d'une indemnité au travailleur, lorsque le licenciement n'est pas socialement justifié; d'autre part, lorsque le licenciement n'est pas socialement justifié, l'employeur ne peut être tenu de payer une indemnité que si la relation de travail ne peut être poursuivie et si le contrat est résolu à la demande de l'une des parties. Par ailleurs, il n'est pas exclu que, dans les petites entreprises, l'employeur propose une indemnité au travailleur licencié. Enfin, dans le cadre du régime de protection contre le licenciement abusif, l'indemnité éventuellement due au travailleur est versée par l'employeur et n'est pas financée par des fonds publics. Le gouvernement allemand indique que, au cas où le régime de protection contre le licenciement abusif serait étendu aux petites entreprises, eu égard à l'importance de la charge financière que constitue l'indemnité, le financement de cette indemnité devrait être assuré par un système de contributions à charge de l'ensemble des entreprises concernées. Il relève à cet égard qu'un tel système pénaliserait les entreprises dans lesquelles les travailleurs sont rarement licenciés.

Par ailleurs, le gouvernement allemand fait valoir que l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG, loin d'exempter les petites entreprises de charges publiques, constitue une réglementation des relations de travail entre employeurs et travailleurs. Cette réglementation serait l'expression d'une politique économique générale visant à promouvoir les petites et moyennes entreprises. Cette politique répondrait à l'un des objectifs de la Communauté, exprimé à l'article 118a du traité, et aurait trouvé son expression dans la décision 89/490/CEE du Conseil, du 28 juillet 1989, relative à l'amélioration de l'environnement des entreprises et à la promotion du développement des entreprises, en particulier des petites et moyennes entreprises, dans la Communauté (JO L 239, p. 33).

Enfin, le gouvernement allemand considère que l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG n'est pas contraire à l'article 117, paragraphe 1, du traité. Cette

disposition, aux termes de laquelle « les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès », aurait un caractère programmatique et ne serait pas de nature à imposer des obligations concrètes aux États membres (v. arrêt du 15 juin 1978, Defrenne, 149/77, Rec. p. 1365, points 19-23 et 30-32).

Eu égard à ce qui précède, le gouvernement allemand propose à la Cour d'indiquer à la juridiction nationale que l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG ne constitue pas une aide interdite par l'article 92 du traité.

La *Commission* relève que, étant exclues du champ d'application du régime général de protection contre le licenciement abusif, les petites entreprises ne sont pratiquement jamais disposées à verser une indemnité au travailleur licencié. Or, même si la KSchG n'envisage le paiement de l'indemnité qu'à titre d'exception, la Commission estime que cette indemnité constitue un coût grevant normalement le budget des entreprises et qu'elle doit être considérée comme une mesure étatique au motif que son versement est la conséquence directe du régime, généralement applicable, mis en place par la KSchG.

Toutefois, se référant à l'arrêt du 2 juillet 1974, Italie/Commission (173/73, Rec. p. 709, point 33), la Commission considère que l'exclusion des petites entreprises du champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif ne constitue une aide visée à l'article 92 du traité que si cette exclusion n'est pas justifiée par des raisons inhérentes au système de protection mis en place.

A cet égard, elle rappelle que le système établi par la KSchG est fondé sur le principe de la « protection de l'acquis », en vertu duquel le licenciement d'un travailleur par son employeur n'affecte pas la continuation de la relation de travail sauf lorsque le licenciement est socialement justifié. Or, dans les petites entreprises, « il existe, entre l'employeur et son employé, un rapport de confiance fondé sur l'*intuitus personae* et ... les conflits qui naissent dans ces entreprises trouvent difficilement une solution » (« Droit du travail et relations professionnelles dans les petites et moyennes entreprises dans les États membres de la Communauté », Rapport de recherche de la Commission, Luxembourg 1988, p. 51). Il serait dès lors difficile que la relation de travail entre l'employeur dirigeant une petite entreprise et l'employé qu'il a licencié soit poursuivie lorsque le licenciement n'apparaît pas socialement justifié. Dans une petite entreprise, l'employeur serait ainsi fréquemment amené à verser une indemnité à l'employé dont le licenciement n'est pas socialement justifié. Par conséquent, une application indifférenciée de la KSchG aux entreprises, quelle que soit la taille de celles-ci, désavantagerait considérablement les petites entreprises. A cet égard, le fait que les litiges relatifs au caractère socialement justifié d'un licenciement soient généralement réglés à l'amiable, par une transaction d'indemnisation, serait dépourvu de pertinence parce que ce mode de règlement n'est pas prévu par la KSchG et ne peut donc être pris en considération dans le cadre de l'examen du système mis en place par cette réglementation.

Selon la Commission, il existe donc des raisons objectives expliquant que le régime

de protection contre le licenciement abusif soit applicable uniquement aux entreprises autres que les petites entreprises, qui sont en mesure de continuer à employer le travailleur dont le licenciement n'est pas socialement justifié. La Commission estime par conséquent que l'exclusion des petites entreprises du champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif ne constitue pas une aide au sens de l'article 92 du traité. Il est dès lors superflu, selon elle, de déterminer si cette exclusion fausse la concurrence ou si les échanges entre le États membres sont affectés.

Eu égard à ce qui précède, la Commission propose d'apporter la réponse suivante à la première question posée par la juridiction nationale:

« L'exclusion des entreprises dites petites du régime de la protection contre le licenciement abusif, conformément à l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la Kündigungsschutzgesetz (dans la version résultant de la première Arbeitsrechtsbereinigungs-gesetz, du 25 août 1969) est compatible avec l'article 92, paragraphe 1, du traité CEE ».

Sur la deuxième question

Le *gouvernement allemand* rappelle qu'une réglementation nationale comporte une discrimination indirecte à l'encontre des femmes lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, cette réglementation affecte négativement un plus grand nombre de femmes que d'hommes, à moins que cette différence de traitement soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (v. arrêt du 7 février 1991, Nimz, C-184/89, Rec. p. I-297). Selon le gouvernement allemand, l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG n'entraîne aucune discrimination à l'encontre des travailleurs féminins.

Le gouvernement allemand fait tout d'abord valoir que l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG favorise la création d'emplois à temps partiel. En effet, le fait que les travailleurs à temps partiel ne soient pas pris en considération dans le calcul du nombre de travailleurs visés à l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, de la KSchG permettrait aux entreprises comptant cinq travailleurs à temps plein d'accroître, si nécessaire, le chiffre de leur personnel en engageant des travailleurs à temps partiel, sans entrer dans le champ d'application du régime de protection contre le licenciement abusif.

Le gouvernement allemand souligne ensuite que l'applicabilité du régime de protection contre le licenciement abusif à un travailleur déterminé ne dépend pas du point de savoir si l'horaire de travail de ce travailleur dépasse les seuils visés à l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG. En effet, quel que soit son propre horaire de travail, un travailleur bénéficiera ou non de la protection contre le licenciement abusif prévue par la KSchG selon que l'entreprise qui l'occupe compte ou non plus de cinq travailleurs dont l'horaire de travail est supérieur aux seuils prévus par l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG.

De l'avis du gouvernement allemand, l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG pourrait avoir un effet discriminatoire à l'encontre des femmes si les

entreprises qui sont exclues du champ d'application de la KSchG en raison des dispositions figurant à l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, employaient un nombre considérablement plus important de femmes que d'hommes. Le gouvernement allemand relève cependant qu'aucune statistique n'est disponible qui indiquerait le nombre de travailleurs à temps partiel, ainsi que la répartition de ces travailleurs entre les deux sexes, dans les entreprises occupant plus de cinq travailleurs (quel que soit l'horaire de travail de ces cinq travailleurs). Les seuls chiffres disponibles indiquent que, en 1987, les entreprises occupant entre 5 et 9 travailleurs employaient un nombre à peu près égal de travailleurs féminins (1 612 067 travailleurs) et de travailleurs masculins (1 578 919 travailleurs).

Par conséquent, le gouvernement allemand propose d'apporter une réponse négative à la deuxième question posée par la juridiction nationale.

A titre liminaire, la *Commission* fait valoir que la discrimination que comporterait la KSchG concerne la protection des travailleurs contre le licenciement abusif, non la rémunération des travailleurs. Elle considère cependant que, eu égard à l'importance fondamentale accordée par le droit communautaire au principe de l'égalité de traitement, la jurisprudence de la Cour relative à l'interdiction de toute discrimination indirecte en matière de rémunération, posée par l'article 119 du traité, est transposable à l'interdiction de toute discrimination dans les conditions de licenciement, prévue par l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, précitée. Toutefois, elle souligne que, si un effet direct a été reconnu à cette disposition dans l'arrêt du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), un effet direct horizontal n'a jamais été reconnu aux dispositions d'une directive. Par conséquent, elle considère que, en tout état de cause, la requérante au principal ne pourrait pas se prévaloir de l'éventuelle incompatibilité de l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG avec l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207.

Considérant néanmoins que, en l'espèce, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier la pertinence de la deuxième question préjudicielle pour la solution du litige porté devant elle, la Commission estime nécessaire de prendre position sur cette question.

Selon la Commission, l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG ne désavantage pas, à proprement parler, les travailleurs à temps partiel par rapport aux autres travailleurs. Elle en veut pour preuve que, dans le cas d'espèce, la requérante au principal ne bénéficie pas de la protection contre le licenciement abusif bien que son horaire de travail excède les seuils minimaux prévus par l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, de la KSchG.

Toutefois, l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG établit une différence de traitement entre deux catégories de travailleurs. En effet, alors que les travailleurs occupés dans les petites entreprises ne sont pas protégés contre le licenciement abusif, les travailleurs occupés dans les autres entreprises bénéficient d'une telle protection. Par conséquent, le régime établi par l'article 23, paragraphe 1, de la KSchG pourrait comporter une discrimination à l'encontre des femmes, contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207, si les petites entreprises employaient plus de femmes que d'hommes.

La Commission estime que, conformément à la jurisprudence de la Cour, il appartient à la juridiction nationale de déterminer si tel est effectivement le cas (voir notamment arrêt du 13 mai 1986, Bilka, 170/84, Rec. 1607).

La Commission rappelle par ailleurs que, à supposer que le régime établi par la KSchG comporte une différence de traitement entre hommes et femmes, il conviendrait d'examiner si cette différence de traitement est ou non justifiée par des facteurs objectifs, excluant toute discrimination fondée sur le sexe. A nouveau, se référant à l'arrêt du 13 juillet 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), la Commission fait valoir qu'il appartient à la juridiction nationale de procéder à cet examen.

Par conséquent, la Commission propose d'apporter la réponse suivante à la deuxième question posée par la juridiction nationale:

« Les dispositions de l'article 23, paragraphe 1, de la Kündigungsschutzgesetz constituent une discrimination indirecte à l'égard des femmes au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE, si elles ont pour effet d'exclure beaucoup plus de femmes que d'hommes de la protection générale contre le licenciement abusif, à moins que l'État en question ne puisse démontrer que cette disposition est justifiée par des facteurs objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Une femme touchée par une telle discrimination ne peut toutefois invoquer l'effet direct de la directive à l'égard d'un employeur privé. »

III — Réponses aux questions posées par la Cour

La Cour a invité le gouvernement allemand à indiquer

1) le nombre total de travailleurs salariés masculins et le nombre total de travailleurs salariés féminins employés en République fédérale d'Allemagne;

2) le nombre total de travailleurs salariés masculins et le nombre total de travailleurs salariés féminins occupés en République fédérale d'Allemagne dans les entreprises qui sont exclues du champ d'application de la Kündigungsschutzgesetz, c'est-à-dire les entreprises employant au plus cinq salariés dont l'horaire de travail est supérieur à 10 heures par semaines ou 45 heures par mois;

3) dans les entreprises visées au point 2 ci-dessus, le nombre total de travailleurs salariés masculins et le nombre total de travailleurs salariés féminins dont l'horaire de travail est supérieur à 10 heures par semaine ou 45 heures par mois (en ce compris les travailleurs à temps plein);

4) dans les entreprises visées au point 2 ci-dessus, le nombre total de travailleurs salariés masculins et le nombre total de travailleurs salariés féminins dont l'horaire de travail est inférieur à 10 heures par semaine ou 45 heures par mois.

En réponse à la *première question*, le gouvernement allemand a indiqué que, sur un total de 26 176 000 travailleurs salariés employés en République fédérale d'Allemagne en avril 1990, 15 543 000 travailleurs (soit 59,38 %) étaient des travailleurs masculins. Le nombre de travailleurs féminins s'élevait à 10 633 000 (soit 40,62 % du nombre total de travailleurs). A cette époque, 1 617 000 travailleurs effectuaient moins de 10 heures de travail par semaine. Parmi ces travailleurs, 704 000 étaient de sexe masculin alors que 913 000 étaient de sexe féminin.

En ce qui concerne les *deuxième, troisième* et *quatrième questions*, le gouvernement allemand a indiqué que les statistiques existantes ne comportaient aucune donnée relative aux établissements qui ne relevaient pas de la KSchG. Le recensement effectué en 1987 fournissait uniquement les données suivantes (le nombre des établissements et le nombre des employés sont donnés en milliers):

Établissements		Nombre d'employés			
		Hommes		Femmes	
Taille	Nombre	Total	dont temps partiel	Total	dont temps partiel
1 — 4 empl. [1]	1 688	2 608 75,0 %	201	854 25,0 %	551
5 — 9 empl.	495	1 579 49,5 %	182	1 612 50,5 %	627
Plus de 9 empl.	398	11 995 59,1 %	520	8 311 40,9 %	2 323
Total	2 581	16 182 60 %	903	10 777 40 %	3 501

J. L. Murray
Juge rapporteur

1 — Empl. = employés.