1. Der foreligger ikke støtte som omhandlet i traktatens artikel 92, stk. 1, fordi mindre virksomheder ikke er omfattet af en national ordning om beskyttelse af arbejdstagere mod uberettiget opsigelse, der har den virkning, at virksomhederne ikke er pligtige at betale erstatning eller afholde sagsomkostninger i forbindelse med retstvister om opsigelse af arbejdstagere.

   En sådan foranstaltning indebærer ingen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler til disse virksomheder. Den er alene udtryk for lovgivers vilje til at fastsætte særlige retlige rammer for de arbejdsretlige forhold mellem arbejdsgivere og arbejdstagere i mindre virksomheder samt til at undgå, at disse pålægges økonomiske byrder, som kan hindre deres udvikling.

2. Princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår afskedigelsesvilkår, således som det fremgår af direktiv 76/207, artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, er ikke til hinder for at anvende en national bestemmelse, hvorefter der ikke tages hensyn til lønmodtagere, som ugentligt arbejder ti timer eller mindre eller månedligt 45 timer eller mindre, ved afgørelsen af, om en virksomhed skal anvende bestemmelserne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse, når det ikke er godtgjort, at de virksomheder, der er undtaget fra disse bestemmelser, beskæftiger et væsentligt større antal kvinder end mænd. Selv hvis dette var tilfældet, kunne en sådan foranstaltning være berettiget af objektive grunde, der intet har med arbejdstagernes køn at gøre, for så vidt den har til formål at lette de byrder, som påhviler mindre virksomheder.

RETSMØDERAPPORT
i sag C-189/91 *

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. *National ret*

Kündigungsschutzgesetz (den tyske lov om beskyttelse mod opsigelse), som affattet ved Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (den første lov om arbejdsretlig regelsanering) af 25. august 1969 (BGBl. I, s. 1317) (herefter benævnt »KSchG«), fastsætter det grundprincip, at »socialt uberettigede« opsigelser er uden retsvirkning.

En opsigelse er i medfør af § 1 i KSchG socialt uberettiget, såfremt den ikke bygger

* Processprog: tysk.

»enten på grunde, der udspringer af lønmodtagerens person eller adfærd, eller på tvingende omstændigheder i virksomheden, som er til hinder for arbejdstagerens fortsatte ansættelse i den pågældende virksomhed«. Såfremt en arbejdstager anfægter opsigelsen, tilkommer det Arbeitsgericht at undersøge, hvilke konkrete grunde der har fået arbejdsgiveren til at opsige denne arbejdstager.

Finder retten opsigelsen af arbejdstageren socialt uberettiget, skal arbejdsforholdet principielt fortsætte (princippet om »beskyttelse af en bestående tilstand«). Men skønner retten, at arbejdsforholdet fornuftigvis ikke kan fortsætte, kan den på arbejdstagerens eller under visse omstændigheder på arbejdsgiverens anmodning opløse det. I så fald skal arbejdsgiveren til arbejdstageren udbetale en affindelsessum, som kan nå op på et beløb svarende til et års løn (§§ 9 og 10 i KSchG) [1].

I medfør af § 23, stk. 1, andet og tredje punktum, i KSchG [2] gælder ovennævnte bestemmelser om beskyttelse mod uberettiget opsigelse ikke

»virksomheder og forvaltninger, hvor der normalt, bortset fra beskæftigede, der udelukkende er erhvervspraktikanter, beskæftiges fem arbejdstagere eller derunder. Ved fastsættelsen af antallet af beskæftigede arbejdstagere efter andet punktum medtages kun arbejdstagere, hvis regelmæssige arbejdstid overstiger ti timer ugentligt eller 45 timer månedligt«.

I disse virksomheder og forvaltninger (herefter benævnt »mindre virksomheder«) kan arbejdsgiveren afskedige arbejdstagerne under overholdelse af de almindelige opsigelsesvarsler, uden at opsigelsesgrunden kan underkastes domstolsprøvelse.

2. *Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål*

Kirsammer-Hack (sagsøgeren) var beskæftiget som klinikassistent i N. Sidal's (sagsøgtes) tandlægepraksis, hvor det samlede personale bestod af to fuldtidsbeskæftigede, to ansatte, som ikke var fuldtidsbeskæftigede, men arbejdede mere end ti timer om ugen — herunder sagsøgeren — og fire deltidsbeskæftigede, som arbejdede under ti timer om ugen eller 45 timer om måneden.

Sagsøgeren blev den 13. februar 1991 opsagt pr. 31. marts 1991. Da hun fandt opsigelsen socialt uberettiget i den i KSchG forudsatte betydning, anlagde hun sag ved Arbeitsgericht Reutlingen med påstand om anerkendelse af, at arbejdsforholdet mellem hende og sagsøgte fortsat bestod efter 31. marts 1991.

1 — Ifølge den nationale domstol afsluttes de fleste tvister vedrørende opsigelse af arbejdstagere ved et »affindelsesforlig«, hvorefter arbejdsgiveren forpligter sig til at betale arbejdstageren en affindelsessum, hvis størrelse udregnes ved at gange det antal år, i hvilket arbejdstageren har været ansat, med et beløb svarende til en halv eller en hel månedsløn for den pågældende arbejdstager. Efter den nationale domstols opfattelse går arbejdsgiverne med til sådanne forlig, fordi de dels anerkender en vis »moralsk forpligtelse« over for arbejdstageren, dels undgår en lang og dyr retssag.

2 — Tredje punktum er tilføjet ved artikel 3 i Beschäftigungsförderungsgesetz (lov om fremme af beskæftigelsen) af 26.4.1985 (BGBl. I, s. 710 ff.).

Sagsøgte i hovedsagen finder ikke, at KSchG's bestemmelser kan anvendes, idet hendes virksomhed beskæftiger under fem arbejdstagere i den i § 23, stk. 1, i KSchG forudsatte betydning.

Den nationale domstol er enig med sagsøgte. Dog skønner den, at § 23, stk. 1, i KSchG måske er i strid med fællesskabsretten.

Den nationale domstol har bemærket, at de mindre virksomheder udgør 10% af samtlige tyske virksomheder, beskæftiger ca. 10% af samtlige arbejdstagere i Forbundsrepublikken Tyskland [3] og navnlig driver virksomhed på håndværks-, landbrugs-, handels- og byggeområderne. Også store virksomheder kan blive undtaget fra reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse ved at beskæftige mange arbejdstagere, hvis arbejdstid ligger under de grænser, der er fastsat ved § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG (herefter benævnt »deltidsbeskæftigede arbejdstagere«).

På grund af § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG kan mindre virksomheder ikke blive tilpligtet at betale en affindelsessum til arbejdstagere, hvis opsigelse er socialt uberettiget. På grund af de store affindelsessummer og omkostningerne i forbindelse med tvister vedrørende opsigelse af arbejdstagere får de mindre virksomheder en betydelig konkurrencemæssig fordel i forhold til andre virksomheder. Dette er i øvrigt i overensstemmelse med et af de mål, der forfølges af lovgiver i Tyskland.

Den nationale domstol finder under henvisning til Arbeitsgericht Bremen's kendelse af 9. oktober 1990 i de verserende *Sloman Neptun*-sager (forenede sager C-72/91 og C-73/91), at § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG muligvis udgør en støtte til mindre virksomheder, som er uforenelig med fællesmarkedet og således strider imod EØF-traktatens artikel 92, stk. 1.

Men selv om § 23, stk. 1, i KSchG ikke udgør en støtte i medfør af traktatens artikel 92, er bestemmelsen efter den nationale domstols opfattelse muligvis uforenelig med fællesskabsretten af en anden grund. § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG indebærer nemlig muligvis en indirekte forskelsbehandling af kvinder.

I medfør af artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40) indebærer »anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, at mænd og

3 — Disse tal skulle efter den nationale domstols redegørelse blive større i fremtiden. Det kan forklares ved tre forhold, nemlig 1) øget mulighed for at erstatte menneskelig arbejdskraft med maskiner, 2) de fordele, det giver arbejdsgiveren at ansætte deltidsbeskæftigede (færre sociale bidrag) og 3) de fordele, det giver arbejdstageren at være deltidsbeskæftiget (lavere skattesats).

kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn«. Det hedder endvidere i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, at det forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn, der er indeholdt i direktivet, ikke alene vedrører direkte, men ligeledes indirekte forskelsbehandling.

Endvidere har den nationale domstol anført, at langt størstedelen (90%) af de arbejdstagere, hvis arbejdstid ligger under de grænser, der er fastsat i § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG, er kvinder. Følgelig er størstedelen af de virksomheder, som er undtaget fra reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse på grund af det antal deltidsbeskæftigede arbejdstagere, de beskæftiger, virksomheder med kvindelige arbejdstagere på deltid. Heraf udledes, at § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG indebærer en indirekte forskelsbehandling af kvinder i strid med artikel 2 sammenholdt med artikel 5 i direktiv 76/207, som sagsøgeren i hovedsagen kan påberåbe sig.

Arbeitsgericht Reutlingen har ved kendelse af 3. maj 1991 udsat sagens afgørelse og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er undtagelsen af såkaldte mindre virksomheder (Kleinbetriebe) fra beskyttelsen mod opsigelse i henhold til § 23, stk. 1, andet punktum, i Kündigungsschutzgesetz (den tyske lov om beskyttelse mod opsigelse) (som affattet ved Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (den første lov om arbejdsretlig regelsanering) af 25.8.1969, BGBl. I, s. 1317) forenelig med EØF-traktatens artikel 92, stk. 1?

Såfremt første spørgsmål besvares benægtende:

2) Indebærer bestemmelsen i § 23, stk. 1, tredje punktum, i lov om beskyttelse mod opsigelse (som affattet ved artikel 3 i Beschäftigungsförderungsgesetz (lov om fremme af beskæftigelsen) af 26.4.1985, BGBl. I, s. 710 ff.) en indirekte forskelsbehandling af kvinder, der er i strid med artikel 5 og 2 i Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF)?«

3. *Sagens behandling for Domstolen*

Arbeitsgericht Reutlingen's forelæggelseskendelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 25. juli 1991.

Der er i henhold til artikel 20 i protokollen om EØF-Domstolens statut afgivet skriftlige indlæg af den tyske regering ved Ministerialrat Ernst Röder og Regierungsdirektor Joachim Karl, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede, og Kommissionen for

De Europæiske Fællesskaber ved Michel Nolin, Kommissionens Juridiske Tjeneste, bistået af Claus-Michael Happe, tysk tjenestemand, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionen, som befuldmægtigede.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

Det første spørgsmål

Forbundsregeringen har indledningsvis henvist til formålet med § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG. I mindre virksomheder er forholdet mellem arbejdsgiveren og arbejdstagerne frem for alt personligt. Undtagelsen af disse virksomheder fra reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse skyldes ønsket om at undgå, at arbejdsforholdet i tilfælde af konflikt mellem arbejdsgiver og arbejdstager må fortsætte under en eventuel retssag og måske længere endnu. En arbejdsgiver i en mindre virksomhed vil endvidere vanskeligt kunne bære de økonomiske og administrative byrder i forbindelse med en retstvist vedrørende en angiveligt uberettiget opsigelse af en arbejdstager. Derfor befinder mindre virksomheder sig i en anden situation end de øvrige virksomheder og kan ikke være omfattet af de regler om beskyttelse mod uberettiget opsigelse, der gælder for disse øvrige virksomheder.

Med hensyn til spørgsmålet, om en bestemmelse som § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG udgør en støtte, der er uforenelig med fællesmarkedet, har den tyske regering for det første gjort gældende, at det er Kommissionen, der med forbehold af Domstolens efterfølgende kontrol skal afgøre, om en støtte er uforenelig med fællesmarkedet. Så længe Kommissionens undersøgelse ikke er afsluttet, kan private således ikke anfægte en støttes forenelighed med fællesmarkedet for de nationale domstole (jf. dom af 22.3.1977, sag 78/76, Steinike & Weinlig, Sml. s. 595, præmis 9 og 10).

Herefter har den tyske regering henvist til, at støttebegrebet i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, ikke alene omfatter positive ydelser, men ligeledes fritagelsen fra byrder, som virksomhederne normalt skulle bære. I denne forbindelse har den tyske regering erkendt, at de mindre virksomheders undtagelse fra reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse giver dem besparelser på to punkter. For det første nødsages de ikke til at bære omkostningerne ved en eventuel retssag mellem dem og en arbejdstager, der hævder, at hans opsigelse ikke er socialt berettiget. For det andet undgår de at betale en arbejdstager, hvis opsigelse ikke er socialt

berettiget, en affindelsessum. Disse besparelser, som mindre virksomheder opnår, betyder imidlertid ikke, at deres undtagelse fra reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse udgør en støtte.

Den besparelse, de mindre virksomheder opnår ved ikke at skulle bekoste en retssag — og statens tab af de tilsvarende retsafgifter — er ikke en direkte konsekvens af den manglende anvendelighed af reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse. Når disse regler finder anvendelse, er det nemlig den pågældende arbejdstager, der skal tage initiativ til at anlægge sag til anerkendelse af, at opsigelsen ikke er socialt berettiget. I øvrigt er de mindre virksomheder, selv om reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse ikke finder anvendelse på dem, dog omfattet af diverse bestemmelser, f.eks. vedrørende opsigelsesvarsler og opsigelse i forbindelse med virksomhedsoverdragelser. Følgelig kan mindre virksomheder i givet fald blive tvunget til at bære omkostningerne ved en tvist vedrørende opsigelsen af en arbejdstager.

Med hensyn til den sparede affindelsessum til den arbejdstager, hvis opsigelse ikke er socialt berettiget, har den tyske regering gjort gældende, at betalingen af en sådan affindelsessum ikke er en direkte følge af anvendelsen af reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse. Dels har disse regler til formål at sikre fortsættelsen af arbejdsforholdet og ikke at sikre udbetaling af en affindelsessum til arbejdstageren, hvis opsigelsen ikke er socialt berettiget. Dels kan arbejdsgiveren, når opsigelsen ikke er socialt berettiget, kun tilpligtes at betale en affindelsessum, såfremt arbejdsforholdet ikke kan fortsætte, og aftalen opløses på begæring af en af parterne. Det er i øvrigt ikke udelukket, at arbejdsgiveren i en mindre virksomhed tilbyder den afskedigede arbejdstager en affindelsessum. Endelig betales den affindelsessum, der eventuelt tilkommer arbejdstageren i henhold til reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse, af arbejdsgiveren. Den finansieres ikke ved statsmidler. Såfremt reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse udvides til at gælde mindre virksomheder, skulle finansieringen af affindelsessummen i betragtning af den store økonomiske byrde, den udgør, ske gennem et system, hvortil samtlige berørte virksomheder bidrager. Et sådant system ville straffe de virksomheder, hvis arbejdstagere kun sjældent afskediges.

Den tyske regering gør endvidere gældende, at § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG på ingen måde fritager mindre virksomheder fra offentlige byrder, men regulerer arbejdsforholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere. Bestemmelsen er udtryk for en generel økonomisk politik til fremme af små og mellemstore virksomheder. Denne politik er i samklang med et af Fællesskabets mål, jf. EØF-traktatens artikel 118 A, som er kommet til udtryk i Rådets afgørelse 89/490/EØF af 28. juli 1989 om forbedring af erhvervsklimaet og fremme af udviklingen af virksomheder, især små og mellemstore virksomheder, i Fællesskabet (EFT L 239, s. 33).

Endelig er § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG ikke i strid med EØF-traktatens artikel 117, stk. 1. Denne bestemmelse, hvorefter »medlemsstaterne er enige om, at det er

nødvendigt at fremme en forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau«, er en programerklæring og pålægger ikke medlemsstaterne konkrete forpligtelser (jf. dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365, præmis 19-23 og 30, 31 og 32).

I betragtning af det ovenfor anførte foreslår den tyske regering, at Domstolen angiver over for den nationale domstol, at § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG ikke udgør en støtte, der er forbudt ved EØF-traktatens artikel 92.

Kommissionen har gjort gældende, at mindre virksomheder, fordi de er undtaget fra de almindelige regler om beskyttelse mod uberettiget opsigelse, praktisk talt aldrig er rede til at betale en affindelsessum til den opsagte arbejdstager. Også selv om betalingen af affindelsessummen er en undtagelse i henhold til KSchG, finder Kommissionen, at den udgør en omkostning, som virksomhederne normalt må bære, og må betragtes som en statslig foranstaltning, idet betalingen af den er en direkte følge af den almindelige ordning i KSchG.

Under alle omstændigheder udgør mindre virksomheders undtagelse fra reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse kun en støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92, såfremt undtagelsen ikke er berettiget ved beskyttelsessystemets karakter, hvilket fremgår af dommen af 2. juli 1974 (sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 33).

Kommissionen anfører, at det ved KSchG indførte system bygger på princippet om »beskyttelse af en bestående tilstand«, ifølge hvilket en arbejdsgivers opsigelse af en arbejdstager ikke påvirker fortsættelsen af arbejdsforholdet, medmindre opsigelsen er socialt berettiget. For mindre virksomheder gælder følgende: »... 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« [»der er et tillidsforhold mellem arbejdsgiveren og hans ansatte, som bygger på *intuitus personae*, og ... konflikter, der opstår i disse virksomheder, finder vanskeligt en løsning«] (»Droit du travail et relations professionnelles dans les petites et moyennes entreprises dans les Etats membres de la Communauté«, forskningsrapport fra Kommissionen, Luxembourg 1988, s. 51). Derfor kan et arbejdsforhold mellem en arbejdsgiver, som leder en mindre virksomhed, og den ansatte, han har opsagt, næppe fortsætte, såfremt opsigelsen ikke er socialt berettiget. I mindre virksomheder er arbejdsgiveren således ofte tvunget til at betale en arbejdstager, hvis afskedigelse er socialt uberettiget, en affindelsessum. Derfor ville en udifferentieret anvendelse af KSchG på virksomheder uanset disses størrelse være en betydelig ulempe for de mindre virksomheder. Herved er det irrelevant, at tvister om beskyttelse af uberettigede opsigelser som regel forliges i mindelighed ved et affindelsesforlig, da denne måde at bilægge tvister på ikke er fastsat i KSchG og derfor ikke skal tages i betragtning ved prøvelsen af det system, der er indført ved KSchG.

Ifølge Kommissionen foreligger der således objektive grunde til, at reglerne om beskyt-

telse mod uberettiget opsigelse kun finder anvendelse på virksomheder, som i modsætning til mindre virksomheder fortsat kan beskæftige en arbejdstager, hvis afskedigelse er socialt uberettiget. Derfor udgør undtagelsen af mindre virksomheder fra anvendelsesområdet for reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse ikke nogen støtte i den i EØF-traktatens artikel 92 forudsatte betydning. Derfor er det overflødigt at undersøge, om denne undtagelse fordrejer konkurrencen eller påvirker handelen mellem medlemsstaterne.

I betragtning af det ovenfor anførte har Kommissionen foreslået følgende besvarelse af det første spørgsmål, der er forelagt af den nationale domstol:

»Undtagelsen af såkaldte mindre virksomheder (Kleinbetriebe) fra beskyttelsen mod opsigelse i henhold til § 23, stk. 1, andet punktum, i Kündigungsschutzgesetz (som affattet ved Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (den første lov om arbejdsretlig regelsanering) af 25.8.1969) er forenelig med EØF-traktatens artikel 92, stk. 1«.

Det andet spørgsmål

Den tyske regering har gjort gældende, at en national bestemmelse indebærer en indirekte forskelsbehandling af kvinder, såfremt den, selv om den er neutralt formuleret, påvirker flere kvinder end mænd negativt, medmindre denne forskelsbehandling er berettiget ved objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297). Ifølge den tyske regering indebærer § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG ikke nogen forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere.

§ 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG fremmer oprettelsen af deltidsarbejdspladser. Den omstændighed, at deltidsbeskæftigede arbejdstagere ikke medtages ved beregningen af antallet af arbejdstagere i henhold til § 23, stk. 1, andet punktum, i KSchG gør det nemlig muligt for virksomheder med fem fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere om fornødent at øge antallet af ansatte ved at ansætte deltidsbeskæftigede uden at blive omfattet af reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse.

Spørgsmålet, om reglerne om beskyttelse mod uberettiget opsigelse finder anvendelse på en bestemt arbejdstager, afhænger ikke af, om denne arbejdstagers arbejdstid overstiger de i § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG fastsatte grænser. Uanset hvilken arbejdstid arbejdstageren selv har, afhænger hans beskyttelse eller manglende beskyttelse mod uberettiget opsigelse af, om den virksomhed, han arbejder i, har over fem arbejdstagere med en arbejdstid, der ligger over de i § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG fastsatte grænser, eller ej.

Efter den tyske regerings opfattelse kan § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG indebære en forskelsbehandling af kvinder, såfremt de virksomheder, der ved § 23, stk. 1, tredje

punktum, er undtaget fra KSchG's anvendelsesområde, beskæftiger betydelig flere kvinder end mænd. Men der foreligger ingen statistikker over antallet af deltidsbeskæftigede eller fordelingen af disse mellem mænd og kvinder i virksomheder med over fem ansatte (uanset deres arbejdstid). De eneste foreliggende tal viser, at virksomheder med mellem fem og ni ansatte i 1987 beskæftigede næsten lige mange kvinder (1 612 067) og mænd (1 578 919).

Følgelig har den tyske regering foreslået at besvare det andet spørgsmål fra den nationale domstol benægtende.

Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at den forskelsbehandling, der ligger i KSchG, vedrører beskyttelsen af arbejdstagerne mod uberettiget opsigelse, ikke arbejdstagernes løn. Men i betragtning af den grundlæggende betydning, som i fællesskabsretten tillægges ligebehandlingsprincippet, kan Domstolens praksis med hensyn til det forbud mod indirekte forskelsbehandling på lønområdet, der er fastsat i EØF-traktatens artikel 119, overføres til det forbud mod enhver forskelsbehandling med hensyn til afskedigelsesvilkår, som er fastsat i artikel 5, stk. 1, i ovennævnte direktiv 76/207. Men selv om denne bestemmelse ved dommen af 26. februar 1986 (sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723) har fået tillagt direkte virkning, har et direktivs bestemmelser aldrig fået tillagt umiddelbar horisontal virkning. Derfor kan sagsøgeren i hovedsagen under ingen omstændigheder påberåbe sig den eventuelle uforenelighed af § 23, stk. 1, i KSchG med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207.

Ikke desto mindre tilkommer det i den foreliggende sag den nationale domstol at vurdere relevansen af det andet præjudicielle spørgsmål for afgørelsen af den forelagte tvist, og Kommissionen finder det derfor nødvendigt at tage stilling til dette.

§ 23, stk. 1, i KSchG forfordeler egentlig ikke deltidsbeskæftigede arbejdstagere i forhold til andre arbejdstagere. For eksempel er sagsøgeren i hovedsagen i den foreliggende sag ikke beskyttet mod uberettiget opsigelse, selv om hendes arbejdstid overstiger de mindstegrænser, der er fastsat i § 23, stk. 1, tredje punktum, i KSchG.

Men § 23, stk. 1, i KSchG behandler dog to grupper af arbejdstagere forskelligt. Selv om ansatte i mindre virksomheder ikke er beskyttet mod uberettiget opsigelse, er dette nemlig tilfældet for ansatte i de øvrige virksomheder. Derfor kan den ved § 23, stk. 1, i KSchG indførte ordning indebære en forskelsbehandling af kvinder i strid med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, såfremt de mindre virksomheder beskæftiger flere kvinder end

mænd. Kommissionen finder, at det i overensstemmelse med Domstolens praksis tilkommer den nationale domstol at afgøre, om dette faktisk er tilfældet (jf. bl.a. dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka mod Weber von Hartz, Sml. s. 1607).

I øvrigt bør det, såfremt ordningen i henhold til KSchG indebærer en forskelsbehandling af mænd og kvinder, undersøges, om denne forskelsbehandling er eller ikke er berettiget ved objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Også her tilkommer det under henvisning til dommen af 13. juli 1989 (sag 171/88, Rinner-Kühn mod FWW Spezial-Gebäudereinigung, Sml. s. 2743) den nationale domstol at foretage denne undersøgelse.

Derfor har Kommissionen foreslået følgende besvarelse af den nationale domstols andet spørgsmål:

»Bestemmelserne i § 23, stk. 1, i Kündigungsschutzgesetz udgør en indirekte forskelsbehandling af kvinder i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF, såfremt de undtager betydelig flere kvinder end mænd fra den almindelige beskyttelse mod uberettiget opsigelse, medmindre den pågældende stat kan påvise, at denne bestemmelse er berettiget ved objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. En kvinde, der rammes af en sådan forskelsbehandling, kan dog ikke påberåbe sig, at direktivet skulle have direkte virkning over for en privat arbejdsgiver.«

III — Svar på Domstolens spørgsmål

Domstolen har opfordret den tyske regering til at angive følgende:

1) Det samlede antal mandlige arbejdstagere og det samlede antal kvindelige arbejdstagere, der er beskæftiget i Forbundsrepublikken Tyskland.

2) Det samlede antal mandlige arbejdstagere og det samlede antal kvindelige arbejdstagere, der i Forbundsrepublikken Tyskland er beskæftiget i virksomheder, der er undtaget fra Kündigungsschutzgesetz, dvs. virksomheder med højst fem ansatte, hvis regelmæssige arbejdstid er over ti timer om ugen eller 45 timer om måneden.

3) Det samlede antal mandlige og det samlede antal kvindelige arbejdstagere i de under punkt 2 omhandlede virksomheder, hvis regelmæssige arbejdstid er over ti timer om ugen eller 45 timer om måneden (inkl. fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere).

4) Det samlede antal mandlige arbejdstagere og det samlede antal kvindelige arbejdstagere i de under punkt 2 omhandlede virksomheder, hvis regelmæssige arbejdstid er mindre end ti timer om ugen eller 45 timer om måneden.

Den tyske regering har i besvarelse af *det første spørgsmål* angivet, at af i alt 26 176 000 arbejdstagere, der i april 1990 var beskæftiget i Forbundsrepublikken Tyskland, var 15 543 000 (dvs. 59,38%) mandlige arbejdstagere. Antallet af kvindelige arbejdstagere var 10 633 000 (dvs. 40,62% af det samlede antal arbejdstagere). Dengang arbejdede 1 617 000 arbejdstagere mindre end ti timer om ugen. Blandt disse arbejdstagere var 704 000 mandlige og 913 000 kvindelige.

Med hensyn til det *andet*, *tredje* og *fjerde spørgsmål* har den tyske regering anført, at de foreliggende statistikker ikke indeholder nogen oplysninger om virksomheder, der ikke er omfattet af KSchG. Den i 1987 gennemførte tælling af arbejdspladser giver kun følgende oplysninger (i tusinder):

Virksomheder		Antal beskæftigede			
Størrelse	Antal	Mænd		Kvinder	
		I alt	Heraf deltidsbeskæft.	I alt	Heraf deltidsbeskæft.
1-4 beskæft.	1 688	2 608 75,0%	201	854 25,0%	551
5-9 beskæft.	495	1 579 49,5%	182	1 612 50,5%	627
Over 9 beskæft.	398	11 995 59,1%	520	8 311 40,9%	2 323
I alt	2 581	16 182 60,0%	903	10 777 40,0%	3 501

J.L. Murray

Refererende dommer