1. De omstandigheid dat kleine ondernemingen niet zijn onderworpen aan een nationale regeling ter bescherming van werknemers tegen ongerechtvaardigd ontslag, hetgeen tot gevolg heeft dat zij bij een sociaal ongerechtvaardigd ontslag geen schadeloosstelling verschuldigd zijn noch de proceskosten behoeven te dragen die door gedingen in verband met het ontslag van werknemers ontstaan, vormt geen steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.

   Een dergelijke maatregel impliceert immers geen directe of indirecte overdracht van staatsmiddelen aan die ondernemingen, doch komt enkel voort uit de wil van de wetgever om een speciaal wettelijk kader voor de arbeidsbetrekkingen tussen werkgevers en werknemers in kleine ondernemingen te scheppen en te voorkomen, dat aan deze ondernemingen financiële verplichtingen worden opgelegd die hun ontwikkeling kunnen belemmeren.

2. Het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers met betrekking tot de ontslagvoorwaarden, in de zin van de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207, staat niet in de weg aan de toepassing van een nationale bepaling ingevolge waarvan bij de vaststelling of de ontslagbeschermingsregeling al dan niet op een onderneming van toepassing is, geen rekening wordt gehouden met de werknemers die ten hoogste tien uur per week of 45 uur per maand werken, wanneer niet is aangetoond dat de ondernemingen waarvoor deze regeling niet geldt, aanzienlijk meer vrouwen dan mannen in dienst hebben. Zelfs indien dit laatste het geval mocht zijn, kan een dergelijke regeling gerechtvaardigd zijn om objectieve redenen die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht van de werknemers, voor zover zij de op kleine ondernemingen rustende lasten beoogt te verlichten.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-189/91 *

I — De feiten en het procesverloop

1. *De toepasselijke nationale bepalingen*

Het Kündigungsschutzgesetz (wet inzake de bescherming tegen ontslag, in de versie van het Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz van 25 augustus 1969, BGBl. I, blz. 1317; hierna: „KSchG") stelt als grondbeginsel, dat „sociaal ongerechtvaardigde" ontslagen rechtens geen effect sorteren.

Ingevolge § 1 KSchG is een ontslag sociaal ongerechtvaardigd, wanneer het niet is gebaseerd „op redenen die verband houden met

* Procestaal: Duits.

de persoon of het gedrag van de werknemer ofwel met dwingende bedrijfsomstandigheden die voortzetting van de tewerkstelling van de werknemer bij deze onderneming niet langer mogelijk maken". Indien een werknemer het ontslag bestrijdt, is het de taak van de rechtbanken voor arbeidszaken de juistheid te onderzoeken van de concrete gronden die de werkgever ertoe hebben gebracht, deze werknemer te ontslaan.

Indien de rechtbank meent, dat het ontslag van de werknemer sociaal ongerechtvaardigd is, moet de arbeidsverhouding in beginsel worden voortgezet (beginsel van „bescherming van de bestaande toestand"). Wanneer de rechtbank echter oordeelt, dat de arbeidsverhouding redelijkerwijs niet kan worden voortgezet, kan zij die op verzoek van de werknemer of, in bepaalde omstandigheden, op verzoek van de werkgever, ontbinden. De werkgever dient dan de werknemer een vergoeding uit te keren, tot een bedrag dat even hoog als een jaarsalaris kan zijn (§§ 9 en 10 KSchG) [1].

Krachtens § 23, lid 1, tweede en derde zin [2], KSchG geldt de vermelde regeling inzake bescherming tegen ontslag niet „voor bedrijven of kantoren waar, naast degenen die daar voor hun beroepsopleiding werken, in de regel vijf of minder werknemers in dienst zijn. Bij de vaststelling van het aantal werknemers overeenkomstig de tweede zin, wordt enkel rekening gehouden met de werknemers met een normale arbeidstijd van meer dan 10 uur per week of 45 uur per maand."

Bij deze ondernemingen en kantoren (hierna: „kleine ondernemingen") kan de werkgever de werknemers binnen de wettelijke opzegtermijnen ontslaan, zonder dat de ontslagreden aan een rechterlijke controle behoeft te worden onderworpen.

2. *Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen*

Kirsammer-Hack werkte als tandartsassistente in de tandartspraktijk van Sidal, waar de gehele personeelsbezetting bestond uit twee volledige werkneemsters, twee werkneemsters die meer dan tien uur per week werkten, daaronder begrepen Kirsammer-Hack, en vier werkneemsters die gemiddeld minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand werkten.

Op 13 februari 1991 kreeg Kirsammer-Hack ontslag met ingang van 31 maart 1991. Daar zij meende, dat dit ontslag sociaal ongerechtvaardigd was in de zin van het KSchG, stelde zij beroep in bij het Arbeitsgericht Reutlingen teneinde te doen vaststellen, dat haar arbeidsverhouding met Sidal ook ná 31 maart 1991 bleef bestaan.

1 — Volgens de nationale rechter worden in de praktijk de meeste geschillen over ontslag van werknemers afgedaan door een „vergoedingstransactie", waarbij de werkgever zich verbindt tot betaling aan de werknemer van een bedrag gelijk aan het aantal dienstjaren van de werknemer, vermenigvuldigd met een bedrag tussen het halve en het gehele maandsalaris van de betrokken werknemer. Volgens de nationale rechter sluiten de werkgevers dergelijke transacties, omdat zij enerzijds een „morele verplichting" jegens de werknemer erkennen en anderzijds zo een langdurig en kostbaar proces voorkomen.

2 — De derde zin is toegevoegd bij artikel 3 van het Beschäftigungsförderungsgesetz (wet ter bevordering van de werkgelegenheid) van 26 april 1985 (BGBl. I, blz. 710 e. v.).

Verweerster in het hoofdgeding meent, dat de ontslagbepalingen van het KSchG niet van toepassing zijn, op grond dat minder dan vijf werknemers in de zin van § 23, lid 1, KSchG bij haar onderneming in dienst waren.

De nationale rechter deelt de mening van verweerster, doch is van oordeel dat § 23, lid 1, KSchG, in strijd met het gemeenschapsrecht kan zijn.

De nationale rechter merkt op, dat de kleine ondernemingen, die 10 % van alle Duitse ondernemingen uitmaken, ongeveer 10 % van alle in de Bondsrepubliek Duitsland werkzame werknemers [3] in dienst hebben en met name actief zijn in de sectoren nijverheid, landbouw, handel en schoonmaak van gebouwen. Ook grote bedrijven kunnen buiten het toepassingsgebied van de ontslagbeschermingsregeling vallen, indien zij een groot aantal werknemers in dienst hebben met werktijden onder de drempels van § 23, lid 1, derde zin, KSchG (hierna: „deeltijdwerknemers").

Volgens de bepalingen van § 23, lid 1, tweede zin, KSchG kunnen kleine ondernemingen niet worden verplicht werknemers wier ontslag sociaal ongerechtvaardigd is, een vergoeding uit te keren. Gelet op het bedrag van de verschuldigde vergoeding bij sociaal ongerechtvaardigd ontslag en op de proceskosten die ontstaan door gedingen over het ontslag van werknemers, genieten kleine ondernemingen een groot concurrentievoordeel ten opzichte van andere ondernemingen. Deze situatie beantwoordt aan een van de door de Duitse wetgever nagestreefde doeleinden.

Onder verwijzing naar de beschikking van het Arbeitsgericht Bremen van 9 oktober 1990 in de zaken Sloman Neptun (gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, Jurispr. 1993, blz. I-887), meent de nationale rechter, dat § 23, lid 1, tweede zin, KSchG een steunmaatregel voor kleine ondernemingen vormt die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en derhalve inbreuk maakt op artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag.

Doch zelfs al zou § 23, lid 1, KSchG geen steunmaatregel in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag vormen, dan nog is deze bepaling onverenigbaar met het gemeenschapsrecht. § 23, lid 1, derde zin, KSchG bevat namelijk een indirecte discriminatie ten opzichte van vrouwen.

De nationale rechter herinnert eraan, dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40; hierna: „richtlijn 76/207"),

3 — Volgens de nationale rechter zullen deze cijfers in de toekomst stijgen. Drie factoren verklaren deze stijging, namelijk 1) de toename van de mogelijkheden om de menselijke factor door de factor kapitaal te vervangen, 2) de voordelen die het in dienst hebben van deeltijdwerknemers voor de werkgever heeft (besparing op sociale lasten) en 3) de voordelen die het werken in deeltijd voor de werknemer heeft (lagere belastingheffing).

bepaalt: „De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht." Volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 geldt het verbod van discriminatie op grond van geslacht niet alleen voor rechtstreekse, maar ook voor indirecte discriminatie.

Verreweg de meeste werknemers (90 %) met een arbeidstijd onder de drempel van § 23, lid 1, derde zin, KSchG zijn vrouwen. De meeste ondernemingen die van het toepassingsgebied van de ontslagbeschermingsregeling zijn uitgesloten wegens het aantal deeltijdwerknemers dat zij hebben, zijn dan ook ondernemingen met vrouwelijke deeltijdwerkers. Hieruit volgt, dat § 23, lid 1, derde zin, KSchG een indirecte discriminatie ten opzichte van vrouwen bevat, die in strijd is met artikel 2 juncto artikel 5 van richtlijn 76/207, waarop verzoekster in het hoofdgeding zich zou kunnen beroepen.

Bij beschikking van 3 mei 1991 besloot het Arbeitsgericht Reutlingen de behandeling van de zaak te schorsen en de volgende prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen:

„1) Is de uitzondering die § 23, lid 1, tweede zin, van het Kündigungsschutzgesetz (KSchG; in de versie van het Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz van 25 augustus 1969, BGBl. I, blz. 1317) met betrekking tot de ontslagbeschermingsregeling maakt voor het zogenoemde kleinbedrijf, verenigbaar met artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag?

Zo neen:

2) Houdt § 23, lid 1, derde zin, KSchG (in de versie van § 3 van het Beschäftigungsförderungsgesetz van 26 april 1985, BGBl. I, blz. 710 e. v.) een indirecte discriminatie van vrouwen in, die in strijd is met de artikelen 5 en 2 van de richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (76/207/EEG)?"

3. *De procedure voor het Hof*

De verwijzingsbeschikking van het Arbeitsgericht Reutlingen is op 25 juli 1991 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, en J. Karl, Regierungsdirektor bij dat

ministerie, als gemachtigden, en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin, lid van haar juridische dienst, bijgestaan door C.-M. Happe, Duits ambtenaar, gedetacheerd bij de Commissie in het kader van de uitwisseling van nationale ambtenaren, als gemachtigden.

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

II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

De eerste vraag

Allereerst wijst de *Duitse regering* op het doel van § 23, lid 1, tweede zin, KSchG. Bij kleine ondernemingen is de verhouding tussen de werkgever en de werknemers vooral persoonlijk. De uitsluiting van deze ondernemingen in de ontslagbeschermingsregeling heeft volgens de Duitse regering ten doel te voorkomen, dat bij een conflict tussen de werkgever en de werknemer de arbeidsverhouding tijdens een mogelijke gerechtelijke procedure en eventueel daarna moet worden voortgezet. Het is voor de werkgever in een kleine onderneming moeilijk het hoofd te bieden aan de financiële en administratieve verplichtingen in een geding over het vermeend ongerechtvaardigd ontslag van een werknemer. Derhalve bevinden kleine ondernemingen zich in een andere situatie dan andere ondernemingen en kunnen zij niet onder de voor andere ondernemingen geldende ontslagbeschermingsregeling vallen.

De beoordeling van de vraag, of een bepaling als § 23, lid 1, tweede zin, KSchG een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel oplevert, valt onder de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie, onder controle van het Hof. Derhalve kunnen particulieren, zolang het onderzoek door de Commissie niet is afgesloten, zich voor de nationale rechters niet beroepen op de onverenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt (zie arrest van 22 maart 1977, zaak 78/76, Steinike & Weinlig, Jurispr. 1977, blz. 595, r. o. 9 en 10).

Het begrip steun in de zin van artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag heeft niet alleen betrekking op positieve prestaties, maar ook op de vrijstelling van lasten die de ondernemingen gewoonlijk moeten dragen. De uitsluiting van kleine ondernemingen in de ontslagbeschermingsregeling levert voor deze ondernemingen een dubbele besparing op: enerzijds behoeven zij niet de kosten te dragen van een proces met een werknemer die stelt dat zijn ontslag sociaal ongerechtvaardigd is, en anderzijds hoeven zij geen uitkering te betalen aan een werknemer wiens ontslag sociaal ongerechtvaardigd is. Volgens

de Duitse regering wil deze kostenbesparing voor kleine ondernemingen echter niet zeggen, dat hun uitsluiting van het toepassingsgebied van de ontslagbeschermingsregeling een steunmaatregel is.

De besparing van proceskosten voor de kleine ondernemingen — en het verlies van de gerechtskosten voor de staat — is geen rechtstreeks gevolg van het niet toepassen van de ontslagbeschermingsregeling. Waar deze regeling geldt, wordt het instellen van een beroep tot vaststelling dat het ontslag sociaal ongerechtvaardigd is, aan het initiatief van de betrokken werknemer overgelaten. En ook al is de ontslagbeschermingsregeling niet op kleine ondernemingen van toepassing, toch zijn verschillende regelingen, zoals die inzake de opzegtermijn en het ontslag bij overgang van ondernemingen, wel op de kleine ondernemingen van toepassing. Derhalve is het mogelijk, dat ook kleine ondernemingen de kosten van een geding over het ontslag van een werknemer moeten dragen.

Wat de besparing betreft van de uitkering aan de werknemer wiens ontslag sociaal ongerechtvaardigd is, is de betaling hiervan geen rechtstreeks gevolg van de toepassing van de ontslagbeschermingsregeling: enerzijds beoogt deze regeling de voortzetting van de arbeidsverhouding en niet de betaling van een uitkering aan de werknemer wanneer diens ontslag sociaal ongerechtvaardigd is; anderzijds kan de werkgever, wanneer het ontslag sociaal ongerechtvaardigd is, alleen dan worden verplicht tot betaling van een uitkering, als de arbeidsverhouding niet kan worden voortgezet en het arbeidscontract op verzoek van een van de partijen is ontbonden. Voorts is het bij de kleine ondernemingen niet uitgesloten, dat de werkgever een uitkering aan de ontslagen werknemer aanbiedt. Ten slotte wordt de eventueel aan de werknemer verschuldigde uitkering in het kader van de ontslagbeschermingsregeling door de werkgever betaald en niet met overheidsmiddelen gefinancierd. Zou de ontslagbeschermingsregeling worden uitgebreid tot de kleine ondernemingen, dan zou, gezien de omvang van de financiële last die de uitkering meebrengt, de financiering hiervan moeten worden opgevangen door een contributiestelsel dat ten laste van alle betrokken ondernemingen komt. Een dergelijk stelsel zou ondernemingen waarin werknemers zelden worden ontslagen, benadelen.

§ 23, lid 1, tweede zin, KSchG bevrijdt de kleine ondernemingen niet van overheidslasten, maar is veeleer een regeling van de arbeidsverhoudingen tussen werkgevers en werknemers. In deze regeling ligt een algemeen economisch beleid besloten dat is gericht op de bevordering van het midden- en kleinbedrijf. Dit beleid beantwoordt aan een van de doelstellingen van de Gemeenschap, neergelegd in artikel 118 A EEG-Verdrag en in besluit 89/490/EEG van de Raad van 28 juli 1989 inzake de verbetering van het ondernemingsklimaat en de bevordering van de ontwikkeling van ondernemingen, in het bijzonder van het midden- en kleinbedrijf, in de Gemeenschap (PB 1989, L 239, blz. 33).

Ten slotte is § 23, lid 1, tweede zin, KSchG niet in strijd met artikel 117, eerste alinea, EEG-Verdrag. Deze bepaling, die luidt: „De Lid-Staten erkennen de noodzaak, verbetering van de levensstandaard en van de

arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt", heeft een programmakarakter en is niet van dien aard, dat zij concrete verplichtingen aan de Lid-Staten oplegt (zie arrest van 15 juni 1978, zaak 149/77, Defrenne, Jurispr. 1978, blz. 1365, r. o. 19-23 en 30-32).

Bijgevolg stelt de Duitse regering het Hof voor, de nationale rechterlijke instantie te antwoorden, dat § 23, lid 1, tweede zin, KSchG geen in artikel 92 EEG-Verdrag verboden steunmaatregel inhoudt.

De *Commissie* merkt op, dat nu kleine ondernemingen van het toepassingsgebied van de algemene ontslagbeschermingsregeling zijn uitgesloten, zij vrijwel nooit bereid zijn een uitkering aan de ontslagen werknemer te betalen. Ook al is volgens het KSchG een uitkering slechts bij uitzondering verschuldigd, toch zijn dit kosten die gewoonlijk op het budget van de ondernemingen drukken, en moet de uitkering worden beschouwd als een overheidsmaatregel, daar de betaling ervan het rechtstreekse gevolg is van de algemeen toepasselijke regeling van het KSchG.

Blijkens het arrest van 2 juli 1974 (zaak 173/73, Italië/Commissie, Jurispr. 1974, blz. 709, r. o. 15) levert de uitsluiting van de kleine ondernemingen in de ontslagbeschermingsregeling alleen een steun in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag op, indien deze uitsluiting niet wordt gerechtvaardigd door redenen die aan het ingevoerde beschermingsstelsel eigen zijn.

Het door het KSchG ingevoerde stelsel is gebaseerd op het beginsel van „bescherming van de bestaande toestand". Krachtens dit beginsel is het ontslag van een werknemer door zijn werkgever niet van invloed op de voortzetting van de arbeidsverhouding, tenzij het ontslag sociaal gerechtvaardigd is. In de kleine ondernemingen is het zo, dat „er tussen de werkgever en zijn werknemer een verhouding van vertrouwen bestaat, die is gebaseerd op de intuitus personae, en (...) voor de conflicten die binnen deze ondernemingen ontstaan, moeilijk een oplossing is te vinden" („Arbeidsrecht en beroepsverhoudingen in het midden- en kleinbedrijf in de Lid-Staten van de Gemeenschap", Onderzoeksrapport van de Commissie, Luxemburg 1988, blz. 51). Het is derhalve moeilijk om de arbeidsverhouding tussen de werkgever die een kleine onderneming leidt, en de werknemer die hij heeft ontslagen, voort te zetten wanneer het ontslag sociaal ongerechtvaardigd blijkt. De werkgever in een kleine onderneming komt dan ook vaak tot de betaling van een uitkering aan de werknemer wiens ontslag sociaal ongerechtvaardigd is. Derhalve zou een toepassing zonder onderscheid van het KSchG op ondernemingen, ongeacht hun grootte, de kleine ondernemingen aanzienlijk benadelen. In dit opzicht doet het feit dat geschillen inzake ontslagbescherming vaak met een uitkeringstransactie in der minne worden geschikt, niet terzake, omdat een dergelijke schikking niet in het KSchG is voorzien en dus niet in aanmerking kan worden genomen bij het onderzoek van het door deze regeling ingevoerde stelsel.

Er zijn derhalve objectieve redenen om de ontslagbeschermingsregeling alleen te doen

gelden voor andere dan de kleine ondernemingen, welke de werknemer wiens ontslag sociaal ongerechtvaardigd is, in dienst kunnen blijven houden. Bijgevolg is de uitsluiting van de kleine ondernemingen van het toepassingsgebied van de ontslagbeschermingsregeling geen steun in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag en behoeft dus ook niet te worden nagegaan, of deze uitsluiting de concurrentie vervalst of het handelsverkeer tussen de Lid-Staten nadelig beïnvloedt.

Mitsdien stelt de Commissie voor, op de eerste vraag van de nationale rechter te antwoorden:

„De uitsluiting van de zogenoemde kleine ondernemingen in de ontslagbeschermingsregeling, overeenkomstig § 23, lid 1, tweede zin, van het Kündigungsschutzgesetz (in de versie van het Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz van 25 augustus 1969), is verenigbaar met artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag."

De tweede vraag

De *Duitse regering* merkt op, dat sprake is van een indirecte discriminatie jegens vrouwen, wanneer een nationale regeling, hoewel neutraal geformuleerd, meer vrouwen dan mannen nadelig treft, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht (zie arrest van 7 februari 1991, zaak C-184/89, Nimz, Jurispr. 1991, blz. I-297). Volgens de Duitse regering levert § 23, lid 1, derde zin, KSchG geen discriminatie jegens vrouwelijke werknemers op.

§ 23, lid 1, derde zin, KSchG bevordert het scheppen van deeltijdbanen. Doordat bij de berekening van het aantal werknemers volgens § 23, lid 1, tweede zin, KSchG geen rekening wordt gehouden met deeltijdwerkers, kunnen ondernemingen met vijf volle werknemers hun personeelsbestand zo nodig vergroten door deeltijdwerkers in dienst te nemen, zonder dat zij binnen het toepassingsgebied van de ontslagbeschermingsregeling komen te vallen.

De toepasselijkheid van de ontslagbeschermingsregeling is niet afhankelijk van de vraag of de werktijd van de betrokken werknemer boven de drempels van § 23, lid 1, derde zin, KSchG ligt. Ongeacht zijn eigen arbeidstijd komt een werknemer in aanmerking voor de ontslagbeschermingsregeling, naargelang de onderneming die hem in dienst heeft, meer dan vijf werknemers telt met werktijden die boven de drempels, van § 23, lid 1, derde zin, KSchG, liggen.

§ 23, lid 1, derde zin, KSchG zou vrouwen indirect kunnen discrimineren indien de ondernemingen die van het toepassingsgebied van het KSchG zijn uitgesloten op

grond van § 23, lid 1, derde zin, aanzienlijk meer vrouwen dan mannen in dienst hebben. Doch er is geen statistiek van het aantal deeltijdwerkers noch van de verdeling van deze werkers naar geslacht in ondernemingen met meer dan vijf werknemers (ongeacht de werktijden van deze vijf werknemers). Uit de enige beschikbare cijfers blijkt, dat in 1987 ondernemingen met vijf tot negen werknemers ongeveer evenveel vrouwelijke (1 612 067) als mannelijke (1 578 919) werknemers in dienst hadden.

Derhalve stelt de Duitse regering voor, de tweede vraag van de nationale rechterlijke instantie ontkennend te beantwoorden.

De *Commissie* verklaart om te beginnen, dat de gestelde discriminatie in het KSchG de ontslagbescherming van de werknemers en niet hun beloning betreft. Nochtans, gelet op het fundamentele belang dat het gemeenschapsrecht aan het beginsel van gelijke behandeling toekent, kan de rechtspraak van het Hof inzake het in artikel 119 EEG-Verdrag vervatte verbod van elke indirecte discriminatie op het gebied van beloning, mede worden toegepast op het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 vervatte verbod van elke discriminatie bij de ontslagvoorwaarden. De Commissie wijst er echter met klem op, dat aan deze bepaling weliswaar rechtstreekse werking is toegekend in het arrest van 26 februari 1986 (zaak 152/84, Marshall, Jurispr. 1986, blz. 723), maar dat nooit rechtstreekse horizontale werking is toegekend aan de bepalingen van een richtlijn. Derhalve kan verzoekster in het hoofdgeding zich in geen geval beroepen op de eventuele onverenigbaarheid van § 23, lid 1, KSchG met artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207.

Daar het in casu echter de zaak van de nationale rechterlijke instantie is om de relevantie van de tweede prejudiciële vraag voor de afloop van het aldaar aanhangige geding te beoordelen, acht de Commissie het noodzakelijk een standpunt over deze vraag in te nemen.

§ 23, lid 1, KSchG benadeelt de deeltijdwerkers niet wezenlijk ten opzichte van andere werknemers. Het bewijs daarvoor in deze zaak is, dat verzoekster in het hoofdgeding geen ontslagbescherming geniet, hoewel haar werktijden boven de minimumdrempels van § 23, lid 1, derde zin, KSchG liggen.

Niettemin voert § 23, lid 1, KSchG een verschillende behandeling van twee categorieën werknemers in. Terwijl namelijk werknemers bij kleine ondernemingen niet tegen ontslag zijn beschermd, genieten de werknemers bij de andere ondernemingen deze bescherming wel. Derhalve kan, indien de kleine ondernemingen meer vrouwen dan mannen in dienst hebben, de regeling van § 23, lid 1, KSchG een discriminatie jegens vrouwen inhouden, in strijd met artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207. Volgens de rechtspraak van het Hof

is het de taak van de nationale rechter om vast te stellen of dit inderdaad het geval is (zie met name arrest van 13 mei 1986, zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607).

Gesteld al dat het KSchG mannen en vrouwen verschillend behandelt, moet voorts worden onderzocht of dit verschil in behandeling al dan niet wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Ook hier is het volgens het arrest van 13 juli 1989 (zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1986, blz. 2743) de zaak van de nationale rechter om dit na te gaan.

Derhalve stelt de Commissie voor, op de tweede vraag van de nationale rechterlijke instantie te antwoorden:

„De bepalingen van § 23, lid 1, van het Kündigungsschutzgesetz behelzen een indirecte discriminatie van vrouwen in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG, indien daardoor veel meer vrouwen dan mannen van de algemene bescherming tegen ontslag worden uitgesloten, tenzij de betrokken staat aantoont, dat deze bepaling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht. Een vrouw die door deze discriminatie wordt getroffen, kan zich echter niet beroepen op de rechtstreekse werking van de richtlijn jegens een particuliere werkgever."

III — Antwoorden op de vragen van het Hof

Het Hof heeft de Duitse regering verzocht de volgende gegevens te verstrekken:

1) het totale aantal mannelijke werknemers en het totale aantal vrouwelijke werknemers in de Bondsrepubliek Duitsland;

2) het totale aantal mannelijke werknemers en het totale aantal vrouwelijke werknemers die in de Bondsrepubliek in dienst zijn bij ondernemingen die zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van het Kündigungsschutzgesetz, dat wil zeggen ondernemingen die hoogstens vijf werknemers in dienst hebben met een arbeidstijd van meer dan 10 uur per week of 45 uur per maand;

3) bij de in punt 2 bedoelde ondernemingen, het totale aantal mannelijke werknemers en het totale aantal vrouwelijke werknemers met een arbeidstijd van meer dan 10 uur per week of 45 uur per maand (daaronder begrepen de voltijdwerknemers);

4) bij de in punt 2 bedoelde ondernemingen, het totale aantal mannelijke werknemers en het totale aantal vrouwelijke werknemers met een arbeidstijd van minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand.

In antwoord op de *eerste vraag* heeft de Duitse regering aangegeven, dat er in april 1990 op een totaal van 26 176 000 werknemers in de Bondsrepubliek Duitsland 15 543 000 mannelijke werknemers waren (ofwel 59,38 %). Het aantal vrouwelijke werknemers bedroeg 10 633 000 (ofwel 40,62 % van het totale aantal werknemers). Er werkten toen 1 617 000 werknemers minder dan 10 uur per week, en wel 704 000 mannelijke en 913 000 vrouwelijke werknemers.

Wat de *tweede, derde* en *vierde vraag* betreft, heeft de Duitse regering aangegeven, dat de beschikbare statistieken geen enkel gegeven bevatten over ondernemingen die niet onder het KSchG vielen. Een in 1987 uitgevoerde telling leverde enkel de volgende gegevens op (in duizendtallen):

Ondernemingen		Aantal werknemers			
		Mannen		Vrouwen	
Grootte	Aantal	Totaal	waarvan deeltijd	Totaal	waarvan deeltijd
1 — 4 werknemers	1 688	2 608 75,0 %	201	854 25,0 %	551
5 — 9 werknemers	495	1 579 49,5 %	182	1 612 50,5 %	627
Meer dan 9 werknemers	398	11 995 59,1 %	520	8 311 40,9 %	2 323
Totaal	2 581	16 182 60 %	903	10 777 40 %	3 501

J. L. Murray

rechter-rapporteur