1. A não sujeição de pequenas empresas a um regime nacional de protecção dos trabalhadores contra o despedimento abusivo, tendo como resultado não serem aquelas obrigadas a pagar indemnizações em caso de despedimento socialmente injustificado, nem a suportar as despesas de justiça em que incorrem nos litígios relativos ao despedimento de trabalhadores, não constitui um auxílio na acepção do artigo 92.°, n.° 1, do Tratado

   Com efeito, essa medida não implica qualquer transferência directa ou indirecta de recursos do Estado para essas empresas, mas decorre unicamente da vontade do legislador de prever um quadro legislativo específico para as relações laborais entre entidades patronais e assalariados nas pequenas empresas e de evitar impor-lhes constrangimentos financeiros que possam entravar o seu desenvolvimento.

2. O princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores masculinos e femininos no que se refere às condições de despedimento, tal como resulta do n.° 1 do artigo 2.° e do n.° 1 do artigo 5.° da Directiva 76/207, não se opõe à aplicação de uma disposição nacional que não toma em consideração os trabalhadores que laborem um número de horas igual ou inferior a 10 horas por semana ou a 45 horas por mês para determinar se uma empresa deve ou não aplicar o regime de protecção contra o despedimento abusivo, quando não está demonstrado que empresas não sujeitas a este regime tenham um número consideravelmente mais elevado de mulheres do que de homens. Mesmo que assim fosse, uma medida deste tipo pode justificar-se por razões objectivas e estranhas ao sexo dos trabalhadores, na medida em que pretende aligeirar os encargos que recaem sobre as pequenas empresas.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo C-189/91 *

I — Matéria de facto e tramitação processual

1. *Enquadramento jurídico nacional*

A Kündigungsschutzgesetz (lei da protecção contra o despedimento abusivo, na redacção da primeira Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (lei modificativa em matéria social), de 25 de Agosto de 1969, BGBl. I, p. 1317, a seguir «KSchG») estabelece, como princípio fundamental, que os despedimentos «socialmente injustificados» não têm qualquer efeito legal.

Por força do artigo 1.° da KSchG, um despedimento é socialmente injustificado quando

* Língua do processo: alemão.

não se baseie ou «em motivos que decorrem da pessoa ou de comportamento do trabalhador, ou em necessidades imperiosas da empresa que se opõem a que o trabalhador nela continue a laborar». Em caso de contestação do despedimento de um trabalhador por conta de outrem, compete aos tribunais de trabalho verificar as razões concretas que levaram a entidade patronal a despedir esse trabalhador.

Quando o tribunal entenda que o despedimento do trabalhador é socialmente injustificado, a relação de trabalho deve, em princípio, continuar (princípio da «protecção dos direitos adquiridos»). Todavia, quando o tribunal entenda que a relação do trabalho não pode razoavelmente subsistir, pode pronunciar a resolução do contrato a pedido do trabalhador ou, em determinadas circunstâncias, a pedido da entidade patronal. Esta deverá então pagar uma indemnização ao trabalhador, cujo montante pode atingir o equivalente a um ano de salários (artigos 9.° e 10.° da KSchG) [1].

Nos termos do artigo 23.°, n.° 1, segundo e terceiro períodos, da KSchG [2], o regime de protecção contra o despedimento abusivo, acima descrito, não se aplica

«às empresas ou administrações que tenham cinco ou menos de cinco trabalhadores por conta de outrem, excluindo os trabalhadores em formação profissional. Para determinar o número de trabalhadores por conta de outrem empregados, para efeitos de aplicação do segundo período, apenas há que tomar em consideração os trabalhadores cujo horário de trabalho habitual exceda 10 horas por semana ou 45 horas por mês».

Nestas empresas e administrações (a seguir «pequenas empresas»), a entidade patronal pode despedir os trabalhadores, desde que respeite os prazos de pré-aviso do direito comum, sem que as razões do despedimento estejam sujeitas a controlo jurisdicional.

2. *O litígio no processo principal e as questões prejudiciais*

P. Kirsammer-Hack trabalhava na qualidade de assistente médica no consultório dentário de N. Sidal, cujo efectivo total compreendia dois trabalhadores por conta de outrem a tempo inteiro, dois trabalhadores por conta de outrem que trabalhavam mais de 10 horas por semana, entre os quais P. Kirsammer-Hack, bem como quatro trabalhadores por conta de outrem que trabalhavam em média menos de 10 horas por semana ou 45 horas por mês.

A 13 de Fevereiro de 1991, P. Kirsammer-Hack foi despedida com efeitos a partir de 31 de Março de 1991. Considerando que este despedimento era socialmente injustificado na acepção da KSchG, P. Kirsammer-Hack intentou uma acção no Arbeitsgericht Reutlingen, visando obter a declaração de que o contrato de trabalho que a ligava N. Sidal continuava a produzir efeitos para além de 31 de Março de 1991.

1 — De acordo com a jurisdição nacional, na prática, a maioria dos diferendos relativos ao despedimento dos trabalhadores termina pela celebração de uma «transacção de indemnização», em virtude da qual a entidade patronal se compromete a pagar ao trabalhador uma indemnização cujo montante é igual ao número de anos de antiguidade do trabalhador, multiplicado por uma soma que varia entre metade e o montante total do salário médio do trabalhador em questão. No entendimento do órgão jurisdicional nacional, as entidades patronais aceitam concluir essas transacções devido, por um lado, a encontrarem-se face a uma «obrigação moral» perante o trabalhador e, por outro lado, para assim evitarem um processo longo e dispendioso.

2 — O terceiro período foi acrescentado pelo artigo 3.° da Beschäftigungsförderungsgesetz (lei da promoção do emprego) de 26 de Abril de 1985 (BGBl. I, p. 710 e segs.)

A recorrida no processo principal entende que as disposições da KSchG são inaplicáveis, pelo facto de estarem empregados na sua empresa menos de 5 trabalhadores por conta de outrem, na acepção do artigo 23.°, n.° 1, da KSchG.

O órgão jurisdicional nacional compartilha do entendimento da recorrida. Considera, no entanto, que o artigo 23.°, n.° 1, da KSchG pode ser contrário ao direito comunitário.

O órgão jurisdicional nacional observa que as pequenas empresas representam 10% do total das empresas alemãs, empregam aproximadamente 10% do total dos trabalhadores na República Federal da Alemanha [3] e são particularmente activas nos sectores do artesanato, da agricultura, do comércio e da limpeza de edifícios. Sublinha igualmente que as empresas de dimensão importante poderão ficar fora do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo, empregando grande número de trabalhadores cujo horário de trabalho seja inferior aos limites previstos no artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG (a seguir «trabalhadores a tempo parcial»).

O órgão jurisdicional nacional salienta que, face às disposições do artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, as pequenas empresas não podem ser condenadas a indemnizar os trabalhadores cujo despedimento seja socialmente injustificado. Face aos montantes de indemnização devidos em caso de despedimento socialmente injustificado e às despesas judiciais em que incorreriam por litígios relativos ao despedimento de trabalhadores, as pequenas empresas beneficiam de uma vantagem concorrencial importante em relação às outras empresas. Esta situação corresponde, aliás, a um dos objectivos prosseguidos pelo legislador alemão.

Referindo-se ao despacho do Arbeitsgericht Bremen, de 9 de Outubro de 1990, no processo Sloman Neptun (processos apensos C-72/91 e C-73/91 actualmente pendentes), o órgão jurisdicional nacional entende que o artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, poderá constituir um auxílio às pequenas empresas, incompatível com o mercado comum, infringindo assim o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE.

Todavia, mesmo supondo que o artigo 23.°, n.° 1 da KSchG não constitui um auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado, esta disposição pode, de acordo com o órgão jurisdicional nacional, ser incompatível com o direito comunitário por outra razão. Com efeito, o artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG, comporta, em sua opinião, uma discriminação indirecta das mulheres.

O órgão jurisdicional nacional lembra que, por força do artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L p. 40; EE 05 F2 p. 70, a seguir «Directiva 76/207»)

3 — De acordo com o órgão jurisdicional nacional, este números deverão crescer no futuro. Três factores explicam este crescimento, a saber 1) o aumento das possibilidades de substituição do factor humano pelo factor capital, 2) as vantagens que representa para a entidade patronal o emprego de trabalhadores a tempo parcial (economia de encargos sociais) e 3) as vantagens que o trabalho a tempo parcial apresenta para o trabalhador (taxa de tributação reduzida).

«a aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo». Além disso, o artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207 especifica que, na acepção desta directiva, a proibição de discriminação em razão do sexo visa não apenas as discriminações directas, mas igualmente as discriminações indirectas.

Aliás, o órgão jurisdicional nacional sublinha que a grande maioria (90%) dos trabalhadores cujo horário de trabalho é inferior aos limites indicados no artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG são mulheres. Por conseguinte, a maioria das empresas que estão excluídas do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo, atento o número de trabalhadores a tempo parcial que empregam, são empresas que têm trabalhadoras femininas a tempo parcial. O órgão jurisdicional nacional deduz daí que o artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG, comporta uma discriminação indirecta em relação às mulheres, contrária às disposições conjugadas dos artigos 2.° e 5.° da Directiva 76/207, que a recorrida no processo principal pode invocar.

Por despacho de 3 de Maio de 1991, o Arbeitsgericht Reutlingen decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) A derrogação à exigência de pré-aviso de despedimento prevista para as chamadas pequenas empresas pelo artigo 23, n.° 1, segundo período, da Kündigungsschutzgesetz (KSchG) (na redacção da Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz de 25 de Agosto de 1969, BGBl. I, p. 1317) é compatível com o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE?

Em caso de resposta negativa à primeira questão:

2) O disposto no artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG (na redacção do artigo 3.° da Beschäftigungsförderungsgesetz de 26 de Abril de 1985, BGBl. I, p. 710 e segs.) constitui uma discriminação indirecta das mulheres, que viola os artigos 5.° e 2.° da directiva do Conselho de 14 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (76/207/CEE)?»

3. *Tramitação no Tribunal de Justiça*

O despacho de reenvio do Arbeitsgericht Reutlingen deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 25 de Julho de 1991.

Nos termos do artigo 20.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Económica Europeia, foram apresentadas observações escritas pelo Governo alemão, representado por Ernst Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e Joachim Karl, Regierungsdirektor no Ministério Federal da Economia,

na qualidade de agentes, e pela Comissão das Comunidades Europeias, representada por Michel Nolin, membro do Serviço Jurídico, assistido por Claus-Michael Happe, funcionário alemão destacado na Comissão no quadro das trocas com funcionários nacionais, na qualidade de agentes.

Com base no relatório do juiz-relator, ouvido o advogado geral, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral sem instrução.

II — Observações escritas apresentadas ao Tribunal

Quanto à primeira questão

A título preliminar, o *Governo alemão* recorda a finalidade do artigo 22.°, n.° 1, segundo período, da KSchG. Sublinha, antes de mais, que, nas pequenas empresas, as relações entre a entidade patronal e os trabalhadores são antes de mais relações pessoais. A exclusão destas empresas do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo responde à preocupação de evitar que, em caso de conflito entre a entidade patronal e o trabalhador, a relação de trabalho deva continuar durante o processo que poderá ser desencadeado nos tribunais e, eventualmente, para além deste período. O Governo alemão observa seguidamente que seria difícil, para a entidade patronal que dirige uma pequena empresa, fazer face aos problemas financeiros e administrativos impostos por um litígio relativo ao despedimento supostamente abusivo de um trabalhador. Por conseguinte, as pequenas empresas estão numa situação diferente das outras empresas e não lhes pode ser aplicado o regime de protecção contra o despedimento abusivo a estas aplicável.

Quanto a saber se uma disposição como a do artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, constitui um auxílio incompatível com o mercado comum, observa o Governo alemão, antes de mais, que, em todo o caso, a constatação da incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum é da competência exclusiva da Comissão, sob reserva de um controlo *a posteriori* pelo Tribunal de Justiça. Por conseguinte, desde que ainda não tenha terminado o exame da Comissão, os particulares não podem invocar a incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum nos órgãos jurisdicionais nacionais (v. acórdão de 22 de Março de 1977, Steinike & Weinling, 78/76, Colect., p. 206, n.^{os} 9 e 10).

O Governo alemão lembra, em seguida, que a noção de auxílio na acepção do artigo 92.°, n.° 1 do Tratado, abrange não apenas as prestações positivas, mas igualmente a exoneração de encargos que as empresas sejam normalmente obrigadas a suportar. A este propósito, reconhece que a exclusão das pequenas empresas do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo se traduz, para estas, numa dupla economia: por um lado, não têm de fazer face às despesas de um processo em que se oporiam a um trabalhador que considerasse o seu despedimento como socialmente injustificado; por outro, não são obrigadas a pagar uma indemnização a um trabalhador cujo despedimento não seja socialmente justificado. A economia de encargos assim realizada pelas pequenas empresas não significa,

no entanto, no entendimento do Governo alemão, que a sua exclusão do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo constitua um auxílio.

No que concerne à economia de despesas de um processo pelas pequenas empresas — e a perda, pelo Estado, das custas judiciais relativas a esses processos — o Governo alemão alega que essa economia não é consequência directa da inaplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo. Com efeito, quando este regime é aplicável, a propositura de uma acção que vise declarar que o despedimento não é socialmente justificado é deixada à iniciativa do trabalhador em causa. Por outro lado, se bem que o regime de protecção contra o despedimento abusivo não seja aplicado às pequenas empresas, diversas regulamentações, como as relativas ao pré-aviso de despedimento e ao despedimento no quadro de transferência de empresas, são aplicáveis às pequenas empresas. Por consequência, as pequenas empresas poderão vir a ter de suportar o custo de um litígio relativo ao despedimento de um trabalhador.

No que concerne à economia da indemnização paga ao trabalhador cujo despedimento não seja socialmente justificado, o Governo alemão alega que o pagamento desta indemnização não constitui consequência directa da aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo: por um lado, este regime visa assegurar a continuação da relação laboral, não o pagamento de uma indemnização ao trabalhador, quando o despedimento não seja socialmente justificado; por outro lado, quando o despedimento não seja socialmente justificado, a entidade patronal só pode ser obrigada a pagar uma indemnização se a relação laboral não puder manter-se e se o contrato for rescindido a pedido de uma das partes. Por outro lado, não se impede que, nas pequenas empresas, a entidade patronal proponha uma indemnização ao trabalhador despedido. Por fim, no quadro de regime de protecção contra o despedimento abusivo, a indemnização eventualmente devida ao trabalhador é paga pela entidade patronal e não é financiada por fundos públicos. O Governo alemão indica que, no caso de o regime de protecção contra o despedimento abusivo ser alargado às pequenas empresas, face à importância da carga financeira que a indemnização representa, o financiamento desta deveria ser assegurado por um sistema de contribuições a cargo de todas as empresas em causa. Salienta, a esse propósito, que tal sistema penalizaria as empresas em que os trabalhadores são raramente despedidos.

Aliás, o Governo alemão alega que o artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, longe de isentar as pequenas empresas de encargos públicos, representa uma regulamentação das relações laborais entre entidades patronais e trabalhadores. Esta regulamentação é a expressão de uma política económica geral que visa promover as pequenas e médias empresas. Esta política responde a um dos objectivos da Comunidade, expresso no artigo 118.°-A do Tratado, e encontrou a sua expressão na Decisão 89/490/CEE do Conselho, de 28 de Julho de 1989, relativa à melhoria do enquadramento empresarial e à promoção do desenvolvimento das empresas, especialmente das pequenas e médias empresas, na Comunidade (JO L 229, p. 33).

Por último, o Governo alemão considera que o artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, não é contrário ao artigo 117.°, n.° 1, do Tratado. Esta disposição, nos termos da

qual «os Estados-membros reconhecem a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, de modo a permitir a sua igualização no progresso», tem um carácter programático e não é susceptível de impor obrigações concretas aos Estados-membros (v. acórdão de 15 de Junho de 1978, Defrenne, 149/77, Recueil, p. 1365, n.os 19-23 e 30-32).

Atento o que precede, o Governo alemão propõe ao Tribunal de Justiça que responda ao órgão jurisdicional nacional que o artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, não constitui um auxílio proibido pelo artigo 92.° do Tratado.

A *Comissão* salienta que, estando excluídas do âmbito de aplicação do regime geral de protecção contra o despedimento abusivo, as pequenas empresas praticamente nunca estão dispostas a pagar uma indemnização ao trabalhador despedido. Ora, mesmo que a KSchG só tenha em vista a hipótese do pagamento de indemnização a título de excepção, a Comissão entende que esta indemnização constitui um custo que agrava normalmente o orçamento das empresas e deve ser considerado como uma medida estatal pelo facto de o seu pagamento ser consequência directa do regime, geralmente aplicável, posto em prática pela KSchG.

Todavia, referindo-se ao acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, Colect., p. 359, n.° 33), a Comissão entende que a exclusão das pequenas empresas do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo só constitui um auxílio visado no artigo 92.° do Tratado, se essa isenção não se justificar por razões inerentes ao sistema de protecção posto em prática.

A este propósito, lembra que o sistema estabelecido pela KSchG assenta no princípio da «protecção de direitos adquiridos», por força do qual o despedimento de um trabalhador pela sua entidade patronal não afecta a continuação da relação laboral salvo quando esse despedimento seja socialmente justificado. Ora, nas pequenas empresas, «existe, entre a entidade patronal e o trabalhador, uma relação de confiança assente no *intuitus personae* e... os conflitos que surgem nestas empresas dificilmente têm solução» («Droit du travail et relations profissionnelles dans les petites et moyennes entreprises dans les États membres de la Communauté», Relatório de Investigação da Comissão, Luxemburgo 1988, p. 51). Será, portanto, difícil que a relação de trabalho entre a entidade patronal que dirige uma pequena empresa e o trabalhador despedido possa continuar quando o despedimento não se mostre socialmente justificado. Numa pequena empresa, a entidade patronal seria, assim, frequentemente levada ao pagamento de uma indemnização ao trabalhador cujo despedimento não é socialmente justificado. Por conseguinte, uma aplicação indiferenciada da KSchG às empresas, independentemente da sua dimensão, colocaria as pequenas empresas em considerável desvantagem. A esse propósito, o facto de os litígios relativos ao carácter socialmente justificado de um despedimento serem geralmente regulados por acordo, por uma transacção de indemnização, não tem relevância, porque esse modo de regulamentação não está previsto pela KSchG e não pode, pois, ser tomado em consideração no exame do sistema posto em prática por essa regulamentação.

De acordo com a Comissão, existem, portanto, razões objectivas que explicam que o

regime de protecção contra o despedimento abusivo seja aplicável unicamente às empresas que não sejam pequenas empresas, que estão em condições de manter o trabalhador cujo despedimento não seja socialmente justificado. A Comissão entende, por conseguinte, que a exclusão das pequenas empresas do âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo não constitui um auxílio na acepção do artigo 92.° do Tratado. É, portanto, desnecessário, em sua opinião, determinar se esta exclusão falseia a concorrência ou se as trocas entre os Estados-membros são afectadas.

À luz do que precede, a Comissão propõe que seja dada a seguinte resposta à primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional:

«A derrogação à exigência de pré-aviso de despedimento prevista para as chamadas pequenas empresas pelo artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da Kündigungsschutzgesetz (na redacção da primeira Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, de 25 de Agosto de 1969) é compatível com o artigo 92.°, n.° 1, do Tratado CEE.»

Quanto à segunda questão

O *Governo alemão* lembra que uma regulamentação nacional comporta uma discriminação indirecta contra as mulheres, quando, muito embora esteja formulada de modo neutro, essa regulamentação afecte negativamente um maior número de mulheres do que de homens, a menos que essa diferença de tratamento seja justificada por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo (v. acórdão de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz, C-184/89, Colect., p. I-297). De acordo com o Governo alemão, o artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG, não gera qualquer discriminação contra os trabalhadores femininos.

O Governo alemão alega desde logo que o artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG, favorece a criação de empregos a tempo parcial. Com efeito, o facto de os trabalhadores a tempo parcial não serem tomados em consideração no cálculo do número dos trabalhadores visados no artigo 23.°, n.° 1, segundo período, da KSchG, permite às empresas que possuem cinco trabalhadores a tempo inteiro aumentar, se necessário, o número do seu pessoal, contratando trabalhadores a tempo parcial, sem entrar no âmbito de aplicação do regime de protecção contra o despedimento abusivo.

O Governo alemão sublinha, em seguida, que a aplicabilidade do regime de protecção contra o despedimento abusivo a um determinado trabalhador não depende de saber se o horário de trabalho deste ultrapassa os limites referidos no artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG. Com efeito, independentemente do seu próprio horário de trabalho, um trabalhador beneficiará ou não da protecção contra o despedimento abusivo previsto na KSchG consoante a empresa onde trabalha tenha ou não mais de cinco trabalhadores cujo horário seja superior aos limites previstos no artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG.

No entender do Governo alemão, o artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG, poderia ter um efeito discriminatório contra as mulheres se as empresas que estão excluídas do âmbito de aplicação da KSchG em

razão das disposições do artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, empregassem um número consideravelmente mais importante de mulheres do que de homens. O Governo alemão salienta, entretanto, que não há qualquer estatística disponível que indique o número de trabalhadores a tempo parcial, bem como a repartição destes entre os dois sexos, em empresas com mais de cinco trabalhadores (independentemente do horário de trabalho destes cinco trabalhadores). Os únicos números disponíveis indicam que, em 1987, as empresas com cinco a nove trabalhadores empregavam um número mais ou menos igual de trabalhadores femininos (1 612 067) e de trabalhadores masculinos (1 578 919).

Por conseguinte, o Governo alemão propõe que seja dada resposta negativa à segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional.

A título preliminar, a *Comissão* alega que a discriminação que decorre da KSchG diz respeito à protecção dos trabalhadores contra o despedimento abusivo, não à sua remuneração. Considera, entretanto, que, relativamente à importância fundamental conferida pelo direito comunitário ao princípio da igualdade de tratamento, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à proibição de qualquer discriminação indirecta em matéria de remuneração, enunciada pelo artigo 119.° do Tratado, é transponível para a proibição de qualquer discriminação nas condições de despedimento, previstas pelo artigo 5.°, n.° 1 da Directiva 76/207, já referida. Todavia, sublinha que, embora tenha sido reconhecido efeito directo a esta disposição, no acórdão de 26 de Abril de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723), um efeito directo horizontal nunca foi reconhecido às disposições de uma directiva. Por conseguinte, entende que, em todo o caso, a recorrente no processo principal não pode valer-se da eventual incompatibilidade do artigo 23.°, n.° 1, da KSchG, com o artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207.

Considerando, todavia, que, no caso vertente, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar a pertinência da segunda questão prejudicial para a solução do litígio que tem de decidir, entende a Comissão ser necessário tomar posição quanto a esta questão.

No seu entender, o artigo 23.°, n.° 1, da KSchG, não prejudica, propriamente falando, os trabalhadores a tempo parcial em relação aos outros. Apresenta como prova o facto de que, no caso vertente, a recorrente no processo principal não beneficia da protecção contra o despedimento abusivo se bem que o seu horário de trabalho exceda os limites mínimos previstos no artigo 23.°, n.° 1, terceiro período, da KSchG.

Todavia, o artigo 23.°, n.° 1, da KSchG, estabelece uma diferença de tratamento entre duas categorias de trabalhadores. Com efeito, enquanto os trabalhadores que laboram em pequenas empresas não estão protegidos contra o despedimento abusivo, os que laboram noutras empresas beneficiam dessa protecção. Por conseguinte, o regime estabelecido pelo artigo 23.°, n.° 1, da KSchG pode implicar uma discriminação contra as mulheres, contrária ao artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207, se as pequenas empresas empregarem mais mulheres do que homens. A Comissão entende que, em conformidade com a

jurisprudência do Tribunal de Justiça, compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se é esse efectivamente o caso (v., designadamente, acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka, 170/84, Colect., 1607).

A Comissão lembra aliás que, a supor que o regime estabelecido pela KSchG implica uma diferença de tratamento entre homens e mulheres, convirá verificar se esta diferença de tratamento é ou não justificada por factores objectivos, estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. Novamente referindo-se ao acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743), a Comissão alega que cabe ao órgão jurisdicional nacional proceder a essa análise.

Por conseguinte, a Comissão propõe que seja dada a resposta seguinte à segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional:

«As disposições do artigo 23.°, n.° 1, da Kündigungsschutzgesetz constituem uma discriminação indirecta relativamente às mulheres na acepção do artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE, se tiverem por efeito excluir muito mais mulheres do que homens da protecção geral contra o despedimento abusivo, a menos que o Estado em causa possa demonstrar que esta disposição é justificada por factores objectivos, estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. Uma mulher afectada por essa discriminação não pode, todavia, invocar o efeito directo da directiva relativamente a uma entidade patronal privada.»

III — Respostas às perguntas feitas pelo Tribunal de Justiça

O Tribunal convidou o Governo alemão a indicar:

1) o número total de trabalhadores masculinos por conta de outrem e o número total de trabalhadores femininos por conta de outrem empregados na República Federal da Alemanha;

2) o número total de trabalhadores masculinos por conta de outrem e o número total de trabalhadores femininos por conta de outrem a trabalharem na República Federal da Alemanha em empresas excluídas do âmbito de aplicação da Kündigungsschutzgesetz, isto é, empresas que não empregam mais de cinco trabalhadores cujo horário de trabalho é superior a 10 horas por semana ou 45 por mês;

3) nas empresas referidas no n.° 2 *supra*, o número total de trabalhadores masculinos por conta de outrem e o número total de trabalhadores femininos por conta de outrem, cujo horário de trabalho é superior às 10 horas por semana ou 45 por mês (incluindo trabalhadores a tempo parcial);

4) nas empresas referidas no n.° 2 *supra*, o número total de trabalhadores masculinos por conta de outrem e o número total de trabalhadores femininos por conta de outrem cujo horário de trabalho é inferior a 10 horas por semana ou 45 por mês.

Em resposta à *primeira pergunta*, o Governo alemão indicou que, dum total de 26 176 000 trabalhadores por conta de outrem empregados na República Federal da Alemanha em Abril de 1990, 15 543 000 trabalhadores (ou seja, 59,38%) eram do sexo masculino. O número de trabalhadores do sexo feminino elevava-se a 10 633 000 (ou seja 40,62% do número total de trabalhadores). Nessa altura, 1 617 000 trabalhadores prestavam menos de 10 horas de trabalho por semana. Entre esses, 704 000 eram do sexo masculino enquanto 913 000 eram do sexo feminino.

No que concerne às *segunda, terceira e quarta perguntas*, o Governo alemão indicou que as estatísticas existentes não continham qualquer dado relativo aos estabelecimentos não abrangidos pela KSchG. O recenseamento efectuado em 1987 fornece unicamente os seguintes dados (o número de empresas e o número de trabalhadores são dados em milhares):

Empresas		Número de trabalhadores			
Dimensão	Número	Homens		Mulheres	
		Total	A tempo parcial	Total	A tempo parcial
1 — 4 trab.[4]	1 688	2 608 75,0%	201	854 25,0%	551
5 — 9 trab.	495	1 579 49,5%	182	1 612 50,5%	627
Mais de 9 trab.	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

Juiz-relator

4 — Trab. = trabalhadores.