CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 14 mars 2000 *

1. Par le présent renvoi préjudiciel, le Landesarbeitsgericht Hamburg (Tribunal supérieur du travail du Land de Hambourg, Allemagne) demande à la Cour de se prononcer sur l'interprétation de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 [1] (ci-après la «directive»), laquelle met en œuvre, dans les États membres, le 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. En particulier, la juridiction de renvoi souhaite connaître l'interprétation de l'article 5, paragraphe 1, de la directive précitée par rapport à la loi allemande sur la protection en matière de licenciement, qui, telle qu'interprétée par la jurisprudence nationale dominante, exclut, dans le cadre de ce que l'on appelle le «choix social» du salarié à licencier, la comparabilité entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel.

Les dispositions communautaires pertinentes

2. L'article 2, paragraphe 1, de la directive définit le principe de l'égalité de traitement. Il énonce: «Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial». L'article 5, paragraphe 1, qui vient ensuite concerne l'application du principe précité à toutes les conditions de travail, dont également celles relatives au licenciement. Il prévoit que «L'application du principe de 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».

3. L'article 2 de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO 1998, L 14, p. 6), directive quant à elle non applicable ratione temporis au cas d'espèce, dispose, en son paragraphe 1, que, «aux fins de la présente directive, le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement soit indirectement». Le même article, en son paragraphe 2, prévoit ensuite que, «aux fins du principe de l'égalité de traitement visé au paragraphe 1, une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une

* Langue originale: l'italien.

1 — JO L 39, p. 40.

proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés».

Les dispositions nationales pertinentes

4. Les dispositions nationales pertinentes en l'espèce ressortent du Kündingungsschutzgesetz (loi sur la protection en matière de licenciement) (ci -après le «KSchG»). L'article 1er, paragraphes 1 et 2, de cette loi dispose que le licenciement d'un salarié qui a travaillé sans interruption plus de six mois dans la même entreprise est inopérant s'il est socialement injustifié, c'est-à-dire s'il n'est pas motivé par des raisons liées à la personne ou au comportement du travailleur, ou encore à des contraintes qui limitent fortement la liberté d'action de l'entreprise, de sorte que la suppression d'un poste de travail déterminé s'avère nécessaire. Il s'agit dans ce dernier cas du licenciement dit «pour motifs économiques».

Le paragraphe 3 de ce même article prévoit que le licenciement pour raisons économiques est également injustifié si l'employeur, lorsqu'il a procédé au choix du salarié à licencier, n'a pas tenu compte ou a tenu compte insuffisamment des exigences sociales. Ce paragraphe est généralement interprété en ce sens que l'employeur ne peut librement décider qui licencier, mais doit choisir, parmi tous ses employés affectés à des postes de travail comparables à celui à supprimer, le travailleur qui sera le moins touché par la perte d'emploi («choix social»).

5. Le KSchG ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par des postes de travail comparables aux fins d'un choix social. Cependant, selon l'ordonnance de renvoi, il ressort de la jurisprudence du Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail, ci-après le «BAG») que, en règle générale, la comparabilité entre deux emplois doit être appréciée à la lumière du contenu matériel du contrat de travail, et donc des caractéristiques de l'activité exercée. À cet effet, une identité parfaite n'est pas nécessaire, mais il suffit que les fonctions, même différentes, soient tout de même équivalentes. Il s'ensuit que deux emplois sont considérés comme comparables lorsque l'employeur, en vertu de son droit d'organiser l'activité de l'entreprise, peut affecter n'importe lequel des deux à l'autre emploi sans modifier les contrats de travail respectifs. Il découle en outre de la jurisprudence du BAG qu'il est impossible de considérer comme comparables les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel: en effet, la transformation du rapport d'emploi à temps partiel en rapport d'emploi à temps plein (et vice et versa) implique en tout état de cause une modification du contrat.

6. Jusqu'à la date de l'ordonnance de renvoi, le BAG ne s'était jamais spécifiquement prononcé sur la comparabilité entre emplois à temps partiel et emplois à temps plein aux fins d'un choix social. Toutefois, lors de l'audience, la demanderesse a

affirmé, sans être contredite, que le BAG avait récemment rendu deux décisions sur cette question. Il résulterait de ces décisions que, en cas de suppression d'un poste de travail à temps partiel, les salariés employés à temps plein devraient être pris en compte aux fins du choix social si l'employeur, en supprimant le poste en question, a eu pour seul objectif de réduire le nombre total d'heures travaillées; inversement, les mêmes salariés ne devraient pas être inclus dans ce choix si cette suppression de poste est la conséquence d'une décision du chef d'entreprise de recourir exclusivement, pour certains travaux, à des travailleurs à temps plein, en d'autres termes, d'une décision relative à l'organisation de l'entreprise, dictée, en tant que telle, par des critères liés à la réduction des coûts de gestion. Dans ce dernier cas, la décision de l'employeur doit être considérée comme l'expression du droit du chef d'entreprise d'organiser son entreprise et ne peut donc être soumise à aucun type de contrôle, à moins de s'avérer manifestement erronée, déraisonnable ou arbitraire.

Les faits et la question préjudicielle

7. M^me^ Kachelmann (ci-après la «demanderesse») a travaillé pendant plus de cinq ans dans le cadre d'un contrat à temps partiel (76,92 %) à la succursale de Hambourg du Bankhaus Hermann Lampe KG (ci-après le «Bankhaus») en qualité d'employée de banque qualifiée et rédactrice diplômée bilingue allemand/anglais, avec pour fonction la gestion des dossiers du secteur recouvrement. Elle est divorcée et a trois enfants à charge dont un sévèrement handicapé.

8. En raison d'une réduction du volume de ses activités internationales, le Bankhaus a décidé d'intégrer le secteur dans lequel travaillait la demanderesse dans celui, plus important, des opérations documentaires. Il a considéré en conséquence qu'il était nécessaire de réduire le nombre de salariés et donc, par lettre du 21 juin 1996, a notifié à la demanderesse son licenciement pour motifs économiques avec effet au 30 septembre 1996.

9. À l'époque, la succursale du Bankhaus à Hambourg employait cinq salariés à temps partiel, dont trois hommes et deux femmes, et vingt-deux salariés à temps plein, dont dix hommes et douze femmes. Au nombre de ces derniers figurait également M^me^ Grabbert, travaillant depuis cinq mois dans le secteur crédit.

10. La demanderesse a saisi l'Arbeitsgericht Hamburg (Tribunal du travail de Hambourg) d'un recours contre son licenciement en faisant valoir que, en adoptant la décision relative à la suppression de son poste de travail, le Bankhaus n'avait pas procédé au choix social prévu par la loi en ce qu'il n'avait pas comparé sa situation à celle de M^me^ Grabbert qui exerçait une activité équivalente. Cette façon de procéder, toujours selon la demanderesse, devait être considérée comme illégitime également eu égard au fait qu'elle s'était déclarée disposée à augmenter son horaire de travail.

11. L'Arbeitsgericht a rejeté ce recours le 18 février 1997 en affirmant que, bien qu'il ne subsistait aucun doute sur le fait que la demanderesse se trouvait dans une position sociale plus faible par rapport à celle de M^me^ Grabbert, il n'était pas possible de comparer les deux salariées. En effet, M^me^ Grabbert travaillait à temps plein et, de ce fait, l'employeur ne pouvait transférer la demanderesse sur le poste de travail de M^me^ Grabbert simplement en vertu de son pouvoir de direction et sans apporter aucune modification au contrat de travail.

12. La demanderesse a interjeté appel de la décision de l'Arbeitsgericht devant le Landesarbeitsgericht Hamburg. Cette juridiction a confirmé le jugement attaqué en reconnaissant que le Bankhaus emploie une collaboratrice à temps plein différente de la demanderesse, à laquelle sont assignées des fonctions comparables à celles exercées par cette même demanderesse, et a affirmé que, selon les critères du choix social définis dans le KSchG, cette dernière devait être considérée comme ayant davantage besoin de protection par rapport à la collaboratrice à temps plein. En outre, le Landesarbeitsgericht a confirmé que, à la lumière de la jurisprudence dominante [2], il y avait lieu d'exclure la possibilité de comparer les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel dans le cadre du choix social au motif que la transformation de l'un des deux rapports d'emploi en l'autre présuppose une modification du contrat de travail. Néanmoins, le Landesarbeitsgericht a également ajouté que, au cas où l'on considérerait que la demanderesse ne peut être comparée à M^me^ Grabbert du seul fait qu'elle a jusqu'alors travaillé à temps partiel, son licenciement pourrait constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe proscrite par le droit communautaire.

13. Considérant que la solution du litige dépend de l'interprétation de la directive, le Landesarbeitsgericht a sursis à statuer et a déféré à la Cour la question suivante:

«L'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE doit-il être interprété en ce sens que, pour l'application de l'article 1^er^, paragraphe 3, du Kündigungsschutzgesetz (loi sur la protection en matière de licenciement) — en l'occurrence dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 30 septembre 1996 —, les travailleurs féminins occupés à temps partiel sont à considérer, dans le cadre de la détermination de l'ordre des licenciements en fonction de critères sociaux (choix social), comme étant comparables avec les travailleurs masculins/féminins occupés à temps plein lorsque, dans une branche, beaucoup plus de femmes que d'hommes sont occupées à temps partiel?»

Sur la recevabilité

14. Le gouvernement allemand émet des doutes sur la recevabilité de la demande préjudicielle en faisant valoir que l'article 5, paragraphe 1, de la directive, relative à l'application du principe de l'égalité de

2 — Voir le point 6 des présentes conclusions.

traitement aux conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, est sans pertinence aux fins de la résolution du litige au principal, dans la mesure où, en l'espèce, le choix social prévu par l'article 1er, paragraphe 3, du KSchG concerne deux travailleurs du même sexe et précisément deux travailleurs de sexe féminin.

15. Cette thèse est sans fondement. Il faut tout d'abord considérer, de façon générale, que le renvoi préjudiciel a pour objectif de «fournir à toute juridiction de la Communauté les éléments d'interprétation du droit communautaire qui lui sont nécessaires pour la solution de litiges réels qui lui sont soumis» [3] et que, afin que cette coopération entre les juges nationaux et la Cour communautaire fonctionne, une séparation des tâches entre ces deux catégories de juges s'impose, laquelle, selon une jurisprudence constante, implique qu'«il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour». De ces prémisses, la Cour a tiré la conclusion qu'elle «ne peut rejeter une demande formée par une telle juridiction [nationale] que lorsqu'il apparaît *de manière manifeste* que l'interprétation du droit communautaire demandée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, ou encore lorsqu'elle ne dispose pas des éléments de fait ou de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions posées» [4].

16. Il ne nous semble pas que, faisant application de ces critères, on puisse affirmer qu'en l'espèce la réponse à la question soit manifestement sans pertinence aux fins de la résolution du litige pendant devant le juge national. Il faut en réalité considérer que la question porte sur les effets discriminatoires possibles résultant, de manière générale, de l'application de la loi allemande sur la protection en matière de licenciement. Or, comme nous l'avons déjà vu, la directive met précisément en œuvre, dans les États membres, en ce qui concerne les rapports de travail, le principe fondamental de non-discrimination fondée sur le sexe. Il nous semble donc évident que le respect de ce principe ne peut pas ne pas conditionner l'application correcte des dispositions nationales pertinentes et qu'il y a donc lieu de considérer qu'un arrêt sur la portée du principe communautaire de l'égalité de traitement des travailleurs sans discrimination fondée sur le sexe au moment du licenciement est utile pour les appréciations qui incombent au juge national.

17. Le gouvernement allemand fait aussi valoir que les éléments factuels rapportés par le juge national dans l'ordonnance de

3 — Arrêt du 11 mars 1980, Foglia (104/79, Rec. p. 745, point 11).

4 — Arrêt du 29 juin 1999, Butterfly Music (C-60/98, Rec. p. I-3939, point 13, souligné par nous). Voir également, pour ne citer que les plus récents: arrêts du 28 novembre 1991, Durighello (C-186/90, Rec. p. I-5773, points 8 et 9); du 26 octobre 1995, Furlanis (C-143/94, Rec. p. I-3633, point 12); du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, points 59 à 61), et du 5 juin 1997, Celestini (C-105/94, Rec. p. I-2971, points 21 et 22).

renvoi sont insuffisants pour permettre à la Cour de se prononcer. Cette remarque nous semble également sans fondement. En effet, comme l'a relevé la Commission, l'ordonnance de renvoi, même si elle est rédigée de façon synthétique et même si elle ne précise pas les catégories de travailleurs auxquelles il convient de faire référence pour établir s'il y a une discrimination fondée sur le sexe, contient néanmoins suffisamment d'informations sur le contexte juridique et sur les éléments factuels pour permettre à la Cour de se prononcer utilement.

18. Enfin, il a été allégué lors de l'audience que la demande préjudicielle serait devenue inutile du fait d'une récente décision du BAG qui aurait défini les critères devant servir de base pour procéder à la comparaison entre les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel aux fins du choix social [5]. Cette remarque est également sans fondement. Il faut en effet rappeler que, comme l'a affirmé la Commission, l'exigence de garantie de la sécurité juridique suffit en principe à justifier l'intervention de la Cour de justice [6], sans parler du fait que, si le juge national, dont on peut supposer qu'il connaît la nouvelle jurisprudence allemande, n'a pas retiré sa demande, on peut raisonnablement présumer qu'il considère que la réponse à sa question est toujours nécessaire pour la résolution du litige au principal.

19. Sur la base des considérations qui précèdent, nous sommes d'avis que la question déférée par le juge national doit être considérée comme recevable et que la Cour doit se prononcer sur le fond.

Sur le fond

20. Le juge national demande si les articles 2 et 5, paragraphe 1, de la directive, en ce qu'ils interdisent toute discrimination directe et indirecte dans les conditions de travail, font obstacle à l'application de l'article 1er, paragraphe 3, de la loi allemande précitée sur la protection en matière de licenciement qui considère que les travailleurs à temps plein ne sont pas comparables à ceux travaillant à temps partiel aux fins du «choix social» que l'employeur est appelé à effectuer en cas de suppression, pour des raisons de réduction des coûts de gestion, d'un emploi à temps partiel.

21. Manifestement, la disposition allemande contestée ne donne lieu à aucune forme de discrimination directe entre les travailleurs pour la simple raison que les critères de comparabilité qu'elle prévoit ne prennent pas en considération des distinctions fondées sur le sexe. Bien évidemment, cela n'exclut pas, du moins sur le plan abstrait, qu'elle puisse donner lieu à une forme de discrimination indirecte. C'est ce que le juge de renvoi vous demande en substance d'établir.

5 — Voir point 7 des présentes conclusions.

6 — Arrêt du 12 février 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (146/73, Rec. p. 139, point 3).

22. À cet égard, la Cour a affirmé itérativement qu'« une réglementation nationale comporte une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé 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 » [7].

23. Or, en ce qui concerne la catégorie des travailleurs à temps partiel, il est aisé d'observer qu'elle est caractérisée, en principe, par la nette présence majoritaire des femmes, avec pour conséquence qu'un éventuel traitement défavorable de cette catégorie se traduit de fait, presque automatiquement, par une discrimination fondée sur le sexe. La jurisprudence de la Cour a jusqu'ici eu l'occasion de se prononcer dans des affaires où le traitement défavorable des femmes résultait d'une réglementation qui discriminait directement le travail à temps partiel [8], et a considéré que les dispositions nationales donnaient lieu à une discrimination indirecte à l'égard des femmes et directe à l'égard du travail à temps partiel.

En l'espèce, en revanche, la discrimination à l'égard des travailleurs à temps partiel est elle aussi indirecte, compte tenu du fait que le traitement qui pénalise cette catégorie n'est pas prévu expressément par le régime national, mais l'application de ce régime pourrait avoir des effets discriminatoires.

24. Dans l'arrêt Bötel [9], la Cour a examiné une réglementation analogue à celle litigieuse, à savoir un cas dans lequel les incidences discriminatoires résultent de l'application d'une réglementation nationale formellement neutre à des situations spécifiques, et a jugé que de telles incidences sont incompatibles avec le principe d'égalité lorsqu'elles donnent lieu à un traitement différent et pénalisant pour les travailleurs à temps partiel, traitement qui, quant à lui, implique, au moins en principe, une discrimination fondée sur le sexe. Dans le cas examiné par la Cour, la réglementation nationale litigieuse prévoyait que les membres d'un comité d'entreprise participant à des cours de formation nécessaires pour exercer les activités propres du comité devaient être dispensés de leurs obligations de travail sans réduction du salaire. La Cour a considéré que cette réglementation comportait une discrimination à l'égard des travailleurs à temps partiel (et donc des femmes) au motif que la durée des cours de formation était supérieure à l'horaire individuel de travail des salariés à temps partiel, avec pour conséquence que ces derniers recevaient, pour les heures passées en cours, une somme inférieure au montant de l'indemnisation des heures non travaillées versée, pour la même raison, aux travailleurs à temps plein.

7 — Arrêt du 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185, point 22). Voir en outre: arrêts du 2 octobre 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, point 30); du 9 février 1999, Seymour-Smith et Perez (C-167/97, Rec. p. I-623, point 52), et du 10 février 2000, Deutsche Telekom (C-50/96, Rec. p. I-743, point 28).

8 — Voir, spécialement dans le domaine de l'égalité de traitement, les arrêts du 13 mai 1986, Bilka (170/84, p. 169); du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), et du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297).

9 — Arrêt du 4 juin 1992 (C-360/90, Rec. p. I-3589). Voir, en outre, les arrêts du 6 février 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), et du 7 mars 1996, Freers et Speckmann (C-278/93, Rec. p. I-1165).

25. La réglementation allemande dont il est aujourd'hui question prévoit que le chef d'entreprise, lorsqu'il décide de supprimer un poste de travail pour des raisons liées à la réduction des coûts de gestion, a l'obligation de choisir le travailleur qui devra être licencié selon des critères sociaux, et d'opérer un tel choix entre travailleurs comparables. Ce faisant, il devra procéder de telle sorte que son choix tombe sur le travailleur qui sera comparativement le moins affecté du fait du licenciement. Cela nécessite d'identifier entre quelles catégories de travailleurs la comparaison doit être effectuée.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, les juges allemands, dans le cadre de l'interprétation de la notion de comparabilité, ont affirmé que celle-ci intervient uniquement lorsque l'employeur peut transférer les travailleurs d'un poste de travail à un autre sans devoir également modifier leur contrat de travail. Cela présuppose évidemment l'identité de la substance du rapport de travail et donc l'exclusion de la comparaison entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel. Les mêmes juges ont en effet relevé que la mutation d'un travailleur d'un poste de travail à temps partiel à un poste de travail à temps plein (et vice et versa) entraîne la modification du contrat puisque ces deux catégories de travailleurs ne sont pas comparables.

Il s'ensuit, selon nous, qu'en cas de suppression d'un emploi à temps partiel les situations pouvant être prises en considération et comparées aux fins du choix social sont uniquement celles des travailleurs à temps partiel et que ceux-là seuls subissent donc les conséquences préjudiciables de la suppression du poste: la situation sociale de ces travailleurs, même lorsqu'il s'agit de travailleurs plus défavorisés que ceux travaillant à temps plein, sera en fait appréciée par référence aux seuls travailleurs à temps partiel, ce qui limite les garanties des travailleurs relevant de la loi allemande. Par conséquent, si, parmi les travailleurs employés à temps partiel, le pourcentage des femmes est nettement supérieur à celui des hommes, le nombre de travailleurs de sexe masculin pris en considération aux fins du choix social sera nécessairement réduit, avec pour conséquence ultérieure qu'une protection adéquate en vue du maintien du poste de travail de l'ensemble des travailleurs se trouvant dans des conditions particulièrement défavorisées et ayant donc besoin d'une telle protection spéciale ne sera pas garantie.

26. Le Bankhaus conteste cette analyse. Il fait valoir qu'en réalité, dans le cas d'espèce, l'application de la réglementation nationale n'entraînerait aucune conséquence défavorable ni pour les travailleurs à temps plein ni pour ceux à temps partiel. En effet, d'un côté, en cas de suppression d'un poste de travail à temps partiel, les travailleurs à temps plein sont exclus du choix social et ne courent donc pas le risque d'être licenciés et, d'un autre côté, en cas de suppression d'un poste de travail à temps plein, les travailleurs à temps partiel ne font pas partie de ceux pouvant être licenciés. Cela démontrerait, toujours selon le Bankhaus, que, en réalité, non seulement la réglementation, mais également son application s'avéreraient dans l'ensemble neutres dans la mesure où les différentes situations de désavantage qui apparaissent selon que la suppression concerne un emploi à temps partiel ou à temps plein se compenseraient

entre elles. Ce raisonnement n'est pas convaincant. En effet, il ne semble pas correct de considérer qu'une éventuelle situation de désavantage résultant de l'application d'une réglementation nationale puisse être considérée comme légitime et, pour ce qui importe dans la présente affaire, compatible avec la directive, si elle est «compensée» par les effets de l'application de la même réglementation à une situation différente.

27. Une fois admis que la réglementation allemande litigieuse en l'espèce entraîne une inégalité de traitement au détriment des travailleurs à temps partiel, il faut maintenant déterminer si, et à quelles conditions, cette inégalité donne lieu, même uniquement de façon potentielle, à une discrimination fondée sur le sexe. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier le groupe de travailleurs de référence: il s'agit du groupe de travailleurs à prendre en considération pour vérifier s'il existe une disproportion entre le nombre d'employés de sexe féminin et celui d'employés de sexe masculin. Sur ce point, les parties proposent des thèses opposées.

28. Le Bankhaus et le gouvernement allemand soutiennent que le groupe de référence pour vérifier l'existence d'une disproportion devrait être celui des travailleurs à temps partiel employés dans l'entreprise et que, par conséquent, en l'espèce, il y aurait lieu d'exclure tout effet discriminatoire au détriment de la demanderesse dans la mesure où, lors de son licenciement, le Bankhaus employait cinq travailleurs à temps partiel dont trois femmes et deux hommes. La demanderesse fait valoir au contraire que, pour vérifier l'existence d'éventuels effets discriminatoires de la réglementation nationale à l'égard des femmes, il y aurait lieu de faire référence à l'ensemble des travailleurs employés à temps partiel en Allemagne. Le juge de renvoi propose une thèse intermédiaire, estimant que le groupe de référence est constitué de l'ensemble des travailleurs employés dans un secteur déterminé.

29. Nous sommes d'avis qu'il convient de suivre la thèse proposée par le juge de renvoi. En effet, faire référence aux travailleurs à temps partiel employés par l'entreprise pour déterminer l'éventuelle existence d'une nette majorité de travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins n'aurait aucun sens. Il faut effectivement considérer que la situation d'une seule entreprise, surtout s'il s'agit d'une entreprise de dimension limitée, peut ne pas être significative pour déduire, à partir du pourcentage de femmes présentes dans cette entreprise parmi les travailleurs à temps partiel, l'existence d'une discrimination indirecte au détriment des femmes résultant du choix (social) de procéder au licenciement d'une femme par suite de la suppression d'un poste de travail à temps partiel. Il ne nous semble pas non plus raisonnable de faire référence à l'ensemble des travailleurs employés à temps partiel dans un État membre, compte tenu du fait que les modalités de travail et les problèmes d'emploi ont en principe des caractéristiques différentes de secteur à secteur et que cette situation ne peut être laissée de côté lorsque, du fait de la suppression d'un poste de travail, l'employeur procède au «choix social». Il nous semble en revanche raisonnable, précisément en raison des considérations que nous venons d'exposer, de faire référence aux travailleurs à temps partiel du secteur dont fait partie l'entre-

prise ayant supprimé un poste de travail à temps partiel. Cela implique que la différence de traitement des travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein se traduit par une discrimination fondée sur le sexe uniquement si, dans le secteur de production dont fait partie l'entreprise dans laquelle un poste de travail à temps partiel a été supprimé, les employés à temps partiel de sexe féminin sont nettement supérieurs en nombre à ceux de sexe masculin. En tout état de cause, donc, cette appréciation incombe au juge national qui, sur la base des informations dont il dispose, doit vérifier s'il existe une disproportion et en apprécier l'importance.

30. Cependant, face à une situation analogue, il faut encore vérifier un dernier élément: si la différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs peut être considérée comme justifiée par des raisons objectives et étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe. En d'autres termes, si l'application de la réglementation nationale poursuit des objectifs propres à justifier la différence de traitement et si les moyens utilisés pour atteindre ledit objectif s'avèrent nécessaires et non disproportionnés.

31. Il convient à ce propos d'observer tout d'abord que, selon une jurisprudence désormais constante, «il appartient en dernier lieu au juge national, qui est seul compétent pour apprécier les faits et pour interpréter la législation nationale, de déterminer si et dans quelle mesure une disposition législative qui s'applique indépendamment du sexe du travailleur, mais qui frappe en fait un pourcentage considérablement plus élevé d'hommes que de femmes, est justifiée par des raisons objectives et étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe». Cependant, «la Cour, appelée à fournir au juge national des réponses utiles, est compétente pour donner des indications tirées du dossier de l'affaire au principal ainsi que des observations écrites et orales qui lui ont été soumises, de nature à permettre à la juridiction de statuer» [10].

32. Comme le relève la Commission, l'ordonnance de renvoi ne mentionne pas expressément les possibles justifications de la différence de traitement entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein résultant de l'application de la législation allemande sur le choix social. Comme nous l'avons déjà dit, le juge de renvoi se contente de préciser que, selon la jurisprudence du BAG, de manière générale, deux emplois ne peuvent être considérés comme comparables lorsque le transfert du travailleur d'un emploi à l'autre comporterait une modification du contrat de travail, et que, dès lors que la transformation d'un emploi à temps partiel en un emploi à temps plein (et vice et versa) nécessite la modification du contrat, la comparabilité entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel dans le cadre d'un choix social est exclue.

33. Il ne nous semble pas que ces considérations puissent suffire à justifier une

10 — Arrêt Seymour-Smith et Perez, précité, note 7, points 68 et 69. Voir également les arrêts Freers et Speckmann, précité, note 9, point 24, et du 30 mars 1993, Thomas e.a. (C-328/91, Rec. p. I-1247, point 13).

différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs.

À cet égard, il convient en premier lieu de prendre en considération le fait que l'application de la réglementation nationale à la lumière de la jurisprudence que nous venons de citer implique que l'exclusion des travailleurs à temps plein du choix social se fait de façon automatique et généralisée sur le fondement de la présomption selon laquelle la différence en termes d'horaire de travail exclut toujours et en tout état de cause la possibilité qu'un travailleur à temps partiel puisse prendre le poste d'un travailleur à temps plein, ce qui rendrait nécessaire une modification du contrat et une transformation du rapport d'emploi. La Cour a répété à maintes reprises qu'« une simple généralisation concernant certaines catégories de travailleurs ne permet pas de dégager des critères objectifs et étrangers à toute discrimination » [11]. En conséquence, même si l'on peut admettre en principe que l'horaire de travail est un élément à prendre en compte dans le cadre de la comparaison de deux emplois, il n'en demeure pas moins que son poids réel dépend nécessairement des circonstances de l'espèce. En outre, dans le cadre de ces circonstances, il s'agit simplement d'un des éléments à prendre en compte avec, par exemple, le type de travaux exercés ou la possibilité de répartir les tâches entre les différents salariés d'une façon différente sans porter préjudice à l'efficacité du travail. La nécessité de modifier le contrat de travail doit donc être appréciée au cas par cas, à la lumière des circonstances factuelles.

11 — Arrêt du 2 octobre 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253, point 39). Voir en outre les arrêts Kording, précité, note 7, point 23, et Nimz, précité, note 8, point 14.

En second lieu, tant lorsqu'une transformation du contrat de travail est inévitable que lorsqu'il n'est pas nécessaire de procéder à des modifications pour permettre aux travailleurs à temps partiel de prendre le poste du travailleur à temps plein, la comparabilité entre les deux catégories de travailleurs dans le cadre du choix social doit toujours être appréciée par rapport à l'opposition d'intérêts qui ne manque pas d'apparaître entre, d'un côté, le droit de l'employeur d'organiser le travail dans son entreprise en toute liberté et, de l'autre, le droit des travailleurs à temps partiel (et donc des femmes) de ne pas être victimes de discrimination. Entre ces deux intérêts, il convient d'identifier au cas par cas celui qui prévaut, qui mérite en tant que tel une protection plus importante [12]. Il est même superflu d'ajouter que l'identification, dans les cas d'espèce, de l'intérêt qui l'emporte, dans la mesure où elle est liée à la détermination des circonstances propres à chaque cas, incombe exclusivement au juge national.

En définitive, on peut donc considérer que l'inégalité de traitement entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps plein, dans le cadre d'un choix social

12 — Il n'est pas inutile de rappeler que la Cour a récemment affirmé, dans son arrêt du 10 février 2000, Deutsche Post (C-270/97 et C-271/97, Rec. p. I-929), en référence à la compatibilité avec le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs de sexe masculin et travailleurs de sexe féminin de l'exclusion des travailleurs à temps partiel de l'inscription à un régime professionnel de prévoyance sociale, et donc dans un contexte différent de celui de la présente espèce, que « la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine ». Nous considérons que l'illégitimité alléguée de la prise en considération des seuls travailleurs à temps partiel aux fins du choix social relève précisément de ce principe.

à effectuer par suite de la décision de supprimer un emploi à temps partiel, ne peut trouver une justification objective que lorsque le juge national constate que, à la lumière des faits, les deux catégories de travailleurs ne peuvent être comparées qu'au prix d'une limitation de la liberté de l'employeur disproportionnée par rapport à l'objectif de la protection des travailleurs à temps partiel, à laquelle on reconnaît en principe une importance primordiale.

Conclusion

34. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre de la façon suivante à la question déférée par le Landesarbeitsgericht Hamburg:

«Les articles 2 et 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, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition telle que celle de l'article 1er, paragraphe 3, de la loi allemande sur la protection en matière de licenciement qui, selon l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence allemande, ne considère pas que les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps plein sont comparables aux fins du choix social que l'employeur est appelé à effectuer lorsqu'il supprime un poste de travail à temps partiel, à condition que, dans le secteur de production dont fait partie l'entreprise examinée, le nombre de femmes travaillant à temps partiel soit nettement supérieur au nombre d'hommes travaillant à temps partiel et que ladite application ne soit pas justifiée par des critères objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.»