FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

fremsat den 14. marts 2000 *

1. Landesarbeitsgericht Hamburg (appelret for arbejdsretlige sager for delstaten Hamburg, Tyskland) anmoder med denne præjudicielle forelæggelse Domstolen om at udtale sig om fortolkningen af Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 [1] (herefter »direktivet«), der i medlemsstaterne gennemfører princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår. Den forelæggende ret ønsker navnlig en fortolkning af direktivets artikel 5, stk. 1, i forhold til den tyske lov om beskyttelse mod opsigelse, der — således som bestemmelsen hovedsagelig er fortolket i den nationale retspraksis — inden for den såkaldte »udvælgelse efter sociale kriterier« af den lønmodtager, der skal afskediges, udelukker, at der kan foretages en sammenligning mellem fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere og deltidsbeskæftigede arbejdstagere.

De relevante fællesskabsretlige bestemmelser

2. Direktivets artikel 2, stk. 1, definerer ligebehandlingsprincippet. Bestemmelsen lyder således: »Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.« Artikel 5, stk. 1, der følger derefter, vedrører anvendelsen af dette princip på alle arbejdsvilkår, herunder også afskedigelsesvilkår. Bestemmelsen lyder således: »Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.«

3. Artikel 2 i Rådets direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (EFT 1998 L 14, s. 6), som på grund af dets udstedelsestidspunkt ikke finder anvendelse i denne sag, bestemmer i stk. 1, at »[i] dette direktiv forstås ved ligebehandlingsprincippet, at der hverken direkte eller indirekte finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn«. Artikel 2, stk. 2, bestemmer derefter, at »[i]følge det i stk. 1 omhandlede ligebehandlingsprincip er der tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral(t), stiller et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere,

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 39, s. 40.

medmindre denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis er hensigtsmæssig(t) og nødvendig(t) og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer«.

De relevante nationale bestemmelser

4. De nationale bestemmelser, der er relevante i denne sag, findes i Kündingungsschutzgesetz (lov om beskyttelse mod opsigelse) (herefter »KSchG«). Denne lovs § 1, stk. 1 og 2, bestemmer, at opsigelse af en lønmodtager, der har været ansat uafbrudt i mere end seks måneder i den samme virksomhed, er retlig uvirksom, hvis den er socialt uberettiget, dvs. hvis den ikke er begrundet i forhold vedrørende arbejdstagerens adfærd eller i tvingende krav vedrørende driften, som er til hinder for fortsat at beskæftige arbejdstageren i virksomheden. Det drejer sig i dette sidste tilfælde om afskedigelse af såkaldte »økonomiske årsager«.

§ 1, stk. 3, bestemmer, at opsigelse af økonomiske årsager også er uberettiget, hvis arbejdsgiveren ved udvælgelsen af arbejdstageren, ikke har taget hensyn eller tilstrækkeligt hensyn til sociale omstændigheder. Denne bestemmelse fortolkes generelt således, at arbejdsgiveren ikke frit kan beslutte, hvem der skal opsiges, men mellem de ansatte, der er ansat i stillinger, der kan sammenlignes med den, der skal nedlægges, skal vælge den arbejdstager, der vil være mindst berørt heraf (»udvælgelse efter sociale kriterier«).

5. KSchG præciserer ikke, hvad der skal forstås ved stillinger, der er sammenlignelige med henblik på en udvælgelse efter sociale kriterier. Ifølge forelæggelseskendelsen fremgår det imidlertid af Bundesarbeitsgericht's (forbundsarbejdsretten, herefter »BAG«) praksis, at sammenligneligheden mellem to stillinger som hovedregel skal bedømmes ud fra ansættelsesaftalens materielle indhold og således kendetegnene ved den udøvede aktivitet. Det er herved ikke nødvendigt, at der foreligger fuldstændig identitet, men det er tilstrækkeligt, at arbejdsopgaverne, selv om de er forskellige, trods alt er ligeværdige. Det følger heraf, at to stillinger kan anses for sammenlignelige, når arbejdsgiveren i kraft af sin ret til at organisere virksomhedens aktiviteter kan tildele hvem som helst af de to en anden stilling uden at ændre deres respektive ansættelsesaftale. Det fremgår i øvrigt af BAG's praksis, at fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere ikke kan sammenlignes med deltidsbeskæftigede arbejdstagere: En ændring af en deltidsstilling til en fuldtidsstilling (og omvendt) kræver nemlig under alle omstændigheder en ændring af ansættelsesaftalen.

6. Indtil tidspunktet for forelæggelseskendelsen havde BAG aldrig direkte udtalt sig om sammenligneligheden mellem fuldtidsbeskæftigelse og deltidsbeskæftigelse med henblik på en udvælgelse efter sociale kriterier. Sagsøgeren anførte imidlertid

under retsmødet uden at blive modsagt, at BAG for nyligt havde afsagt to domme vedrørende dette spørgsmål. Det fremgår af disse afgørelser, at de fuldtidsbeskæftigede lønmodtagere ved nedlæggelse af en deltidsstilling skal tages i betragtning med henblik på udvælgelsen efter sociale kriterier, såfremt arbejdsgiveren ved nedlæggelse af den pågældende stilling alene har ønsket at begrænse det samlede antal arbejdstimer. Derimod skal de samme lønmodtagere ikke medtages i denne udvælgelse, såfremt nedlæggelsen af stillingen er resultat af en ledelsesbeslutning om for visse arbejdsopgavers vedkommende udelukkende at have fuldtidsbeskæftigede, med andre ord en beslutning vedrørende virksomhedens organisation, der i sig selv er dikteret af kriterier, der er forbundet med nedbringelse af driftsomkostningerne. I dette sidste tilfælde må arbejdsgiverens beslutning anses for at udgøre ledelsens ret til at organisere virksomheden og kan således ikke underlægges nogen form for kontrol, medmindre den viser sig at være åbenbart fejlagtig, urimelig eller vilkårlig.

Faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

7. Bärbel Kachelsmann (herefter »sagsøgeren«) havde arbejdet mere end fem år i henhold til en kontrakt om deltidsbeskæftigelse (76,92%) i Bankhaus Hermann Lampe KG's (herefter »Bankhaus«) filial i Hamburg som uddannet bankassistent og tosproget korrespondent i tysk/engelsk. Hendes arbejde bestod i behandling af inkassosager. Hun er fraskilt og har forsørgerpligt over for sine tre børn, hvoraf en har et alvorligt handicap.

8. På grund af en nedgang i antallet af udlandsforretningerne besluttede Bankhaus at lægge den afdeling, hvori sagsøgeren arbejdede, sammen med den større dokumentafdeling. Bankhaus fandt det som følge heraf nødvendigt at nedskære antallet af ansatte og meddelte derfor sagsøgeren ved skrivelse af 21. juni 1996, at hun af økonomiske årsager var afskediget med virkning fra den 30. september 1996.

9. Bankhaus' filial i Hamburg beskæftigede på daværende tidspunkt fem deltidsbeskæftigede ansatte, heraf tre mænd og to kvinder, og 22 fuldtidsbeskæftigede ansatte, heraf ti mænd og tolv kvinder. Blandt disse sidste var blandt andet fru Grabbert, der havde arbejdet i kreditafdelingen i fem måneder.

10. Sagsøgeren anlagde sag ved Arbeitsgericht Hamburg (arbejdsretten i Hamburg) til prøvelse af afskedigelsen og gjorde gældende, at Bankhaus ved at træffe afgørelse om nedlæggelsen af hendes stilling ikke havde foretaget udvælgelsen efter sociale kriterier i henhold til loven, idet banken ikke havde sammenlignet hendes situation med situationen for fru Grabbert, der udførte tilsvarende opgaver. Denne fremgangsmåde måtte ifølge sagsøgeren anses for retsstridig, også fordi hun havde erklæret sig rede til at øge sin arbejdstid.

11. Arbeitsgericht frifandt ved dom af 18. februar 1997 Bankhaus og anførte, at selv om der ikke var tvivl om, at sagsøgeren befandt sig i en socialt dårligere situation end fru Grabbert, kunne de to ansatte ikke sammenlignes. Fru Grabbert arbejdede nemlig på fuld tid, og arbejdsgiveren kunne derfor ikke flytte sagsøgeren til fru Grabbert's stilling alene i kraft af arbejdsgiverens ledelsesret uden at ændre ansættelsesaftalen.

12. Sagsøgeren appellerede Arbeitsgericht's afgørelse til Landesarbeitsgericht Hamburg. Denne stadfæstede den appellerede dom og fastslog, at Bankhaus fortsat har ansat en fuldtidsbeskæftiget kvindelig medarbejder, hvis arbejdsopgaver kan sammenlignes med de arbejdsopgaver, sagsøgeren udførte, og bekræftede, at sagsøgeren i henhold til de sociale udvælgelseskriterier i KSchG måtte anses for at have større behov for beskyttelse end den fuldtidsbeskæftigede kvindelige medarbejder. Landesarbeitsgericht bekræftede endvidere, at i henhold til den herskende retspraksis [2] forelå der ikke mulighed for at sammenligne fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere med deltidsbeskæftigede arbejdstagere ved udvælgelse efter sociale kriterier, da omdannelsen af én af de to ansættelsesaftaler til den anden forudsatte en ændring af ansættelsesaftalen. Landesarbeitsgericht tilføjede dog ligeledes, at såfremt man fandt, at sagsøgeren ikke kunne sammenlignes med fru Grabbert, blot fordi hun indtil da havde været deltidsbeskæftiget, kunne hendes afskedigelse udgøre en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, hvilket er forbudt efter fællesskabsretten.

13. Da Landesarbeitsgericht fandt, at tvistens afgørelse afhang af fortolkningen af direktivet, besluttede den at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF fortolkes således, at kvindelige, deltidsbeskæftigede arbejdstagere ved anvendelsen af § 1, stk. 3, i lov om beskyttelse mod opsigelse (Kündigungsschutzgesetz) — i den affattelse heraf, som gjaldt indtil den 30. september 1996 — bør anses for sammenlignelige med fuldtidsbeskæftigede mandlige og kvindelige arbejdstagere ved afskedigelsen, der foretages på grundlag af sociale kriterier, hvis der inden for en branche er væsentligt flere deltidsbeskæftigede kvinder end mænd?«

Formaliteten

14. Den tyske regering har udtrykt tvivl om, hvorvidt den præjudicielle anmodning kan antages til realitetsbehandling, og anført, at artikel 5, stk. 1, i direktivet om gennemførelse af princippet om ligebe-

2 — Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 6.

handling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, er irrelevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, idet udvælgelsen efter sociale kriterier i henhold til KSchG's § 1, stk. 3, i denne sag vedrører to arbejdstagere af samme køn, nemlig to kvindelige arbejdstagere.

15. Dette synspunkt er ubegrundet. Jeg skal for det første generelt anføre, at den præjudicielle forelæggelse har til formål at »forsyne enhver ret i Fællesskabet med de fortolkningselementer vedrørende fællesskabsretten, som er nødvendige for retten til løsning af de reelle tvister, som rejses for den« [3], og at det, for at dette samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen kan fungere, er nødvendigt med en opdeling af opgaverne mellem disse to slags domstole, hvilket ifølge fast retspraksis indebærer, at det udelukkende tilkommer »den nationale retsinstans, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, at bedømme efter sagens omstændigheder, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, og om de spørgsmål, som retten forelægger Domstolen, er relevante«. Heraf har Domstolen konkluderet, at den kun kan »afvise at behandle en forelæggelse fra en sådan [national] ret, når det *klart* fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, og Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål« [4].

16. Jeg mener ikke, at det ved anvendelsen af disse kriterier kan bekræftes, at besvarelsen af spørgsmålet i denne sag klart er irrelevant for afgørelsen af den tvist, der verserer for den nationale ret. Der skal reelt tages hensyn til, at spørgsmålet vedrører den mulige forskelsbehandling, der generelt er resultatet af anvendelsen af den tyske lov om beskyttelse mod opsigelse. Som allerede nævnt, gennemfører direktivet imidlertid netop i medlemsstaterne det grundlæggende princip om forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår arbejdsvilkår. Det forekommer mig således klart, at overholdelsen af dette princip ikke kan være uden betydning for den rette anvendelse af gældende nationale bestemmelser, hvorfor det må antages, at en dom om rækkevidden af det fællesskabsretlige princip om ligebehandling af arbejdstagere uden forskelsbehandling på grundlag af køn på afskedigelsestidspunktet vil være nyttig for de bedømmelser, det tilkommer den nationale ret at foretage.

17. Den tyske regering har også anført, at den nationale rets sagsfremstilling i forelæggelseskendelsen er for utilstrækkelig til,

3 — Dom af 11.3.1980, sag 104/79, Foglia, Sml. s. 745, præmis 11.

4 — Dom af 29.6.1999, sag C-60/98, Butterfly Music, Sml. I, s. 3939, præmis 13, min fremhævelse. Jf. ligeledes for blot at nævne de seneste domme: dom af 28.11.1991, sag C-186/90, Durighello, Sml. I, s. 5773, præmis 8 og 9, af 26.10.1995, sag C-143/94, Furlanis, Sml. I, s. 3633, præmis 12, af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59, 60 og 61, og af 5.6.1997, sag C-105/94, Celestini, Sml. I, s. 2971, præmis 21 og 22.

at Domstolen kan udtale sig i sagen. Dette forekommer mig også ubegrundet. Som anført af Kommissionen, indeholder forelæggelseskendelsen, selv om den er kort affattet, og selv om den ikke præciserer de grupper af arbejdstagere, det er relevant for at fastslå, om der er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn, ikke desto mindre tilstrækkelige oplysninger om den retlige sammenhæng og de faktiske forhold til, at Domstolen kan udtale sig om sagen.

18. Det blev endelig under retsmødet hævdet, at den præjudicielle anmodning var blevet irrelevant på grund af BAG's seneste afgørelse, der har defineret de kriterier, som skal anvendes ved sammenligningen mellem fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere og deltidsbeskæftigede arbejdstagere med henblik på udvælgelsen efter sociale kriterier [5]. Denne indsigelse er ligeledes ubegrundet. Jeg skal nemlig erindre om, således som Kommissionen har anført, at kravet om, at retssikkerheden garanteres, i princippet er tilstrækkeligt til at berettige indgreb fra Domstolen [6]. Desuden har den nationale ret, som må formodes at kende den nyeste tyske retspraksis, ikke trukket sin anmodning tilbage, hvorfor det rimeligvis må antages, at retten er af den opfattelse, at besvarelsen af spørgsmålet fortsat er nødvendig for at løse tvisten i hovedsagen.

19. På baggrund af det anførte er det min opfattelse, at det af den nationale ret forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, og at Domstolen skal træffe afgørelse.

Realiteten

20. Den nationale ret ønsker oplyst, om direktivets artikel 2 og artikel 5, stk. 1, som forbyder enhver direkte og indirekte forskelsbehandling vedrørende arbejdsvilkår, er til hinder for anvendelsen af § 1, stk. 3, i den nævnte tyske lov om beskyttelse mod opsigelse, hvorefter fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere ikke kan sammenlignes med deltidsbeskæftigede arbejdstagere ved »udvælgelsen efter sociale kriterier«, som arbejdsgiveren skal foretage ved nedlæggelse af en deltidsstilling på grund af en nedskæring i driftsomkostningerne.

21. Den anfægtede tyske bestemmelse indebærer klart ikke nogen form for direkte forskelsbehandling mellem arbejdstagerne af den simple grund, at dens kriterier for sammenligning ikke omfatter sondringer på grundlag af køn. Dette udelukker naturligvis ikke — i hvert fald rent teoretisk — at den kan medføre indirekte forskelsbehandling. Det er dette, den nationale ret i det væsentlige har anmodet Domstolen om at afgøre.

5 — Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 7.

6 — Dom af 12.2.1974, sag 146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Sml. s. 139, præmis 3.

22. Domstolen har i denne henseende gentagne gange fastslået, at »en national bestemmelse [fører] til en indirekte forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere, såfremt den, selv om den er affattet neutralt, faktisk forfordeler procentvis betydelig flere kvinder end mænd, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn« [7].

23. For så vidt angår gruppen af deltidsbeskæftigede arbejdstagere skal jeg imidlertid bemærke, at denne gruppe i princippet er kendetegnet ved et betydeligt flertal af kvinder med den følge, at en eventuel ugunstig behandling af denne gruppe — næsten automatisk — medfører en forskelsbehandling på grundlag af køn. Domstolen har i sin praksis indtil nu haft anledning til at udtale sig i sager, hvor den ugunstige behandling af kvinder skyldtes bestemmelser, der direkte forskelsbehandlede deltidsbeskæftigede [8], og har fastslået, at de nationale bestemmelser indebar en indirekte forskelsbehandling i forhold til kvinder og en direkte i forhold til fuldtidsbeskæftigede.

I denne sag er forskelsbehandlingen i forhold til deltidsbeskæftigede arbejdstagere derimod også indirekte, idet den behandling, der rammer denne gruppe, ikke udtrykkeligt er fastsat i den nationale ordning, men anvendelsen af ordningen, der kan medføre forskelsbehandling.

24. Domstolen undersøgte i Bötel-dommen [9] en tilsvarende bestemmelse, som den omtvistede, nemlig en sag, hvor forskelsbehandlingen var resultatet af anvendelsen af nationale bestemmelser, der formelt set var neutrale i specifikke situationer, og fastslog, at virkningerne var uforenelige med ligebehandlingsprincippet, når de medfører en forskellig behandling og straffer deltidsbeskæftigede arbejdstagere, hvilken behandling i sig selv medfører — i det mindste i princippet — en forskelsbehandling på grundlag af køn. I den af Domstolen behandlede sag fastsatte de omtvistede nationale bestemmelser, at medlemmerne af et samarbejdsudvalg, der deltog i uddannelseskurser, som var nødvendige for at udøve udvalgets virke, skulle fritages for deres arbejdsforpligtelse uden lønnedgang. Domstolen fastslog, at disse bestemmelser medførte en forskelsbehandling i forhold til deltidsbeskæftigede arbejdstagere (og således kvinder), idet uddannelseskursernes varighed oversteg de deltidsbeskæftigede arbejdstageres individuelle arbejdstid med den følge, at de deltidsbeskæftigede for de timer, de var på kursus, modtog et beløb i godtgørelse for de timer, de ikke arbejdede, der var mindre end det beløb, der af samme årsag blev udbetalt til fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere.

7 — Dom af 30.11.1993, sag C-189/91, Kirsammer-Hack, Sml. I, s. 6185, præmis 22. Jf. endvidere: dom af 2.10.1997, sag C-100/95, Kording, Sml. I, s. 5289, præmis 30, af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 52, og af 10.2.2000, sag C-50/96, Deutsche Telekom, Sml. I, s. 743, præmis 28.

8 — Jf. særligt på området for ligebehandling dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 169, af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, og af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297.

9 — Dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Sml. I, s. 3589. Jf. desuden dom af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, og af 7.3.1996, sag C-278/93, Freers og Speckmann, Sml. I, s. 1165.

25. De tyske bestemmelser, jeg skal behandle i dag, fastsætter, at ledelsen, når den beslutter at nedlægge en stilling med henblik på nedbringelse af driftsomkostningerne, er forpligtet til at vælge den arbejdstager, der skal afskediges, i henhold til sociale kriterier og at foretage valget mellem sammenlignelige arbejdstagere. Dette indebærer, at ledelsen skal vælge den arbejdstager, der sammenligneligt vil være mindst berørt af afskedigelsen. Dette kræver, at de grupper af arbejdstagere, hvorimellem valget skal foretages, identificeres.

Som anført, har de tyske retter ved fortolkningen af begrebet sammenlignelighed bekræftet, at sammenligneligheden alene foreligger, når arbejdsgiveren kan overføre arbejdstagerne fra en stilling til en anden uden at skulle ændre deres ansættelsesaftale. Dette forudsætter naturligvis, at arbejdsforholdets indhold er identisk, hvilket således udelukker sammenligningen mellem fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere og deltidsbeskæftigede arbejdstagere. De tyske retter har nemlig fastslået, at ændringen af en deltidsbeskæftiget arbejdstagers stilling til en fuldtidsstilling (og omvendt) indebærer en ændring af ansættelsesaftalen, idet de to grupper af arbejdstagere ikke kan sammenlignes.

Det følger efter min opfattelse heraf, at ved nedlæggelse af en deltidsstilling er de situationer, der kan tages i betragtning og sammenlignes med henblik på udvælgelsen efter sociale kriterier, udelukkende de deltidsbeskæftigede arbejdstageres situation, og at alene disse arbejdstagere rammes således af de ugunstige konsekvenser af nedlæggelsen af stillingen: Disse arbejdstageres sociale situation, selv når det drejer sig om arbejdstagere, der er dårligere stillet i forhold til fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere, bedømmes faktisk kun i forhold til deltidsbeskæftigede arbejdstagere, hvilket begrænser arbejdstagernes garantier i henhold til tysk ret. Hvis procentdelen af kvinder blandt de deltidsbeskæftigede arbejdstagere således er betragteligt større end af mænd, vil antallet af mandlige arbejdstagere, der skal tages i betragtning ved udvælgelsen efter sociale kriterier, nødvendigvis være mindre, hvilket i sidste ende medfører, at der ikke garanteres en tilstrækkelig beskyttelse af opretholdelse af stillinger for alle de arbejdstagere, der befinder sig i særligt ugunstige omstændigheder, og som derfor har behov for en sådan særlig beskyttelse.

26. Bankhaus har bestridt dette. Bankhaus har anført, at anvendelsen af de nationale bestemmelser i denne sag faktisk ikke har nogen ugunstig konsekvens hverken for fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere eller deltidsbeskæftigede. Dels er fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere i tilfælde af nedlæggelse af en deltidsstilling udelukket fra den sociale udvælgelse og løber dermed ikke risikoen for at blive afskediget, dels er deltidsbeskæftigede arbejdstagere ved nedlæggelse af en fuldtidsstilling ikke blandt dem, der i så fald kan afskediges. Dette viser ifølge Bankhaus, at ikke alene bestemmelserne, men også deres anvendelse faktisk i det hele har vist sig at være neutral, idet de forskellige ugunstige situationer, der opstår, alt efter om nedlæggelsen vedrører en deltidsstilling eller en fuldtidsstilling, således udlignes. Denne argumentation er

ikke overbevisende. Det forekommer ikke at være korrekt at antage, at en eventuel ugunstig situation, der skyldes anvendelsen af nationale bestemmelser, kan anses for at være lovlig og — hvad der er relevant for denne sag — forenelig med direktivet, hvis den »udlignes« af virkningerne af de samme bestemmelser i en anden situation.

27. Når det er erkendt, at de omtvistede tyske bestemmelser i denne sag medfører en ulige behandling til skade for deltidsbeskæftigede arbejdstagere, må det nu afgøres, om og under hvilke omstændigheder denne ulighed giver anledning til en, om end udelukkende potentiel, forskelsbehandling på grundlag af køn. Med henblik herpå må referencegruppen af arbejdstagere identificeres: Det drejer sig om den gruppe af arbejdstagere, der skal tages i betragtning ved efterprøvelsen af, om der består et misforhold mellem antallet af kvindelige ansatte og mandlige ansatte. Parterne er vedrørende dette punkt fremkommet med modstridende synspunkter.

28. Bankhaus og den tyske regering har anført, at referencegruppen ved efterprøvelsen af, om der er et misforhold, må være gruppen af arbejdstagere, der er deltidsbeskæftigede i en virksomhed, og at der i denne sag derfor kan udelukkes enhver forskelsbehandling til skade for sagsøgeren, i det omfang Bankhaus på tidspunktet for hendes afskedigelse havde fem deltidsbeskæftigede ansatte, heraf tre kvinder og to mænd. Sagsøgeren har derimod anført, at der ved efterprøvelsen af, om de nationale bestemmelser medfører forskelsbehandling af kvinder, må henses til alle deltidsbeskæftigede arbejdstagere i Tyskland. Den nationale ret har foreslået et mellemliggende synspunkt, idet den er af den opfattelse, at referencegruppen består af alle arbejdstagere ansat inden for den pågældende sektor.

29. Det er min opfattelse, at den af den nationale ret foreslåede opfattelse skal følges. Det giver ikke nogen mening at henvise til deltidsbeskæftigede arbejdstagere i virksomheden for at afgøre, om der eventuelt findes et betydeligt flertal af kvindelige arbejdstagere i forhold til mandlige arbejdstagere. Det skal reelt antages, at situationen i én virksomhed, navnlig hvis det drejer sig om en virksomhed af begrænset størrelse, ikke kan være afgørende for — på baggrund af den procentdel af kvinder, der i denne virksomhed findes blandt de deltidsbeskæftigede arbejdstagere — at vurdere, om der foreligger en indirekte forskelsbehandling til skade for kvinder på grund af det valg, der er truffet (efter sociale kriterier) om at afskedige en kvinde ved nedlæggelsen af en deltidsstilling. Det forekommer mig heller ikke at være mere logisk at henvise til alle arbejdstagere, der er ansat på deltid i en medlemsstat, idet arbejdsvilkårene og ansættelsesproblemerne principielt har forskellige kendetegn fra sektor til sektor, hvilket ikke kan lades ude af betragtning, når arbejdsgiveren ved nedlæggelsen af en stilling foretager »udvælgelsen efter sociale kriterier«. Det forekommer mig derimod at være logisk — netop på grund af det netop anførte — at henvise til deltidsbeskæftigede arbejdstagere i den sektor, som den virksomhed, der har nedlagt en deltidsstilling, er en del af. Dette indebærer, at den forskellige behand-

ling af deltidsbeskæftigede arbejdstagere i forhold til fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere udelukkende udgør forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt antallet af deltidsbeskæftigede kvindelige arbejdstagere i den produktionssektor, som den virksomhed, hvori der er blevet nedlagt en deltidsstilling, er en del af, er betydeligt større end antallet af mandlige. Under alle omstændigheder påhviler denne bedømmelse således den nationale ret, der på grundlag af de oplysninger, den råder over, skal efterprøve, om der består et misforhold, og vurdere betydningen heraf.

30. Der må imidlertid i en tilsvarende situation også efterprøves et sidste forhold: Om den forskellige behandling mellem to grupper af arbejdstagere kan anses for berettiget af hensyn, der er objektive, og intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Om anvendelsen af de nationale bestemmelser med andre ord forfølger formål, der kan berettige forskelsbehandlingen, og om de midler, der anvendes for at opnå dette formål, viser sig at være nødvendige og forholdsmæssige.

31. Jeg skal herved først bemærke, at det ifølge fast retspraksis »i sidste instans tilkommer den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder og til at fortolke den nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang en lovbestemmelse, som gælder uafhængigt af arbejdstagerens køn, men som faktisk rammer langt flere kvinder end mænd, er berettiget af objektive hensyn, som intet har at gøre med en forskelsbehandling på grundlag af køn«. »Domstolen, hvis opgave det er at give den nationale ret fyldestgørende svar, [er] dog kompetent til på grundlag af det i hovedsagen oplyste samt de for Domstolen afgivne skriftlige og mundtlige indlæg at vejlede den nationale ret på en sådan måde, at denne kan træffe sin afgørelse« [10].

32. Som Kommissionen har anført, nævner forelæggelseskendelsen ikke udtrykkeligt de mulige begrundelser for den forskellige behandling af deltidsbeskæftigede arbejdstagere og fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere ved anvendelsen af den tyske lovgivning om udvælgelsen efter sociale kriterier. Som jeg allerede har anført, har den nationale ret alene præciseret, at to stillinger ifølge BAG's praksis generelt ikke kan anses for sammenlignelige, når overførslen af arbejdstageren fra en stilling til en anden indebærer en ændring af ansættelsesaftalen, og at sammenligningen mellem fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere og deltidsbeskæftigede arbejdstagere inden for rammerne af udvælgelsen efter sociale kriterier er udelukket, når omdannelsen af en deltidsstilling til en fuldtidsstilling (og omvendt) kræver en ændring af ansættelsesaftalen.

33. Jeg mener ikke, at disse kriterier er tilstrækkelige til at berettige en forskellig

10 — Dommen i sagen Seymour-Smith og Perez, præmis 67 og 68, jf. fodnote 7. Jf. ligeledes dommen i sagen Freers og Speckmann (fodnote 9), præmis 24, og dom af 30.3.1993, sag C-328/91, Thomas m.fl., Sml. I, s. 1247, præmis 13.

behandling af de to grupper af arbejdstagere.

Jeg skal herved først henvise til, at anvendelsen af de nationale bestemmelser i lyset af den retspraksis, jeg netop har omtalt, indebærer, at udelukkelsen af fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere fra udvælgelsen efter sociale kriterier sker automatisk og generaliseret på grundlag af formodningen om, at forskellen i arbejdstid altid og under alle omstændigheder udelukker muligheden for, at en deltidsbeskæftiget arbejdstager kan overtage en fuldtidsbeskæftiget arbejdstagers stilling, hvilket gør det nødvendigt at ændre ansættelsesaftalen og omdanne ansættelsesforholdet. Domstolen har gentagne gange fastslået, at »en generalisering vedrørende bestemte grupper af ansatte... ikke giver grundlag for at udlede objektive kriterier, som intet har at gøre med forskelsbehandling« [11]. Selv om det principielt kan antages, at arbejdstiden er et forhold, der skal tages i betragtning ved sammenligningen mellem to stillinger, er det ikke desto mindre korrekt, at forholdets reelle vægt nødvendigvis afhænger af de konkrete omstændigheder. Endvidere drejer det sig herved alene om et af de forhold, der skal tages i betragtning, sammen med f.eks. det udførte arbejdes art eller muligheden for at fordele arbejdsopgaverne mellem forskellige lønmodtagere på en anden måde uden at skade arbejdets effektivitet. Nødvendigheden af at ændre ansættelsesaftalen skal således bedømmes fra tilfælde til tilfælde eller ud fra de faktiske omstændigheder.

11 — Dom af 2.10.1997, sag C-1/95, Gerster, Sml. I, s. 5253, præmis 39. Jf. endvidere Kording-dommen (fodnote 7), præmis 23, og Nimz-dommen (fodnote 14), præmis 14.

Da for det andet en omdannelse af ansættelsesaftalen alene kan undgås, når det ikke er nødvendigt at foretage ændringer for at give deltidsbeskæftigede arbejdstagere mulighed for at overtage fuldtidsstillinger, må sammenligningen mellem to grupper af arbejdstagere ved udvælgelsen efter sociale kriterier altid bedømmes i forhold til de modstående interesser, der altid vil være mellem dels arbejdsgiverens ret til frit at organisere arbejdet i virksomheden, dels retten for deltidsbeskæftigede arbejdstagere (og dermed kvinder) til ikke at blive udsat for forskelsbehandling. Mellem disse to interesser skal der i hvert tilfælde identificeres den interesse, der er den vigtigste, og der som sådan fortjener den bedste beskyttelse [12]. Det er endda overflødigt at tilføje, at bestemmelsen i de konkrete tilfælde af den vigtigste interesse, udelukkende tilkommer den nationale ret, i det omfang den vedrører fastlæggelsen af de konkrete omstændigheder i den konkrete sag.

Det kan således afslutningsvis antages, at forskelsbehandlingen af deltidsbeskæftigede arbejdstagere og fuldtidsbeskæftigede

12 — Jeg skal anføre, at Domstolen for nylig i sin dom af 10.2.2000, forenede sager C-270/97 og C-297/97, Deutsche Post, Sml. I, s. 929, har bekræftet — idet den henviste til overensstemmelsen mellem ligelønsprincippet for mandlige arbejdstagere og kvindelige arbejdstagere og udelukkelsen af deltidsbeskæftigede arbejdstagere fra tilslutning til en erhvervstilknyttet social ordning, og således i en anden sammenhæng end i denne sag — at »det økonomiske formål, der forfølges med traktatens artikel 119, og hvorefter konkurrencefordrejning mellem virksomheder i forskellige medlemsstater skal ophæves, er underordnet i forhold til bestemmelsens sociale formål, som er udtryk for en grundlæggende menneskerettighed«. Det er min opfattelse, at den påståede ulovlighed af, at alene deltidsbeskæftigede arbejdstagere tages i betragtning ved udvælgelsen efter sociale kriterier netop er omfattet af dette princip.

arbejdstagere ved udvælgelse efter sociale kriterier, der skal foretages efter beslutningen om at nedlægge en deltidsstilling, kun kan være objektivt berettiget, når den nationale ret fastslår, at de to grupper af arbejdstagere i lyset af de faktiske omstændigheder alene kan sammenlignes, såfremt der sker en begrænsning af arbejdsgiverens ret, der er uforholdsmæssig i forhold til beskyttelsen af deltidsbeskæftigede arbejdstagere, der i princippet tilkendes en altoverskyggende beskyttelse.

Forslag til afgørelse

34. På baggrund af det anførte skal jeg foreslå Domstolen at besvare det af Landesarbeitsgericht Hamburg forelagte spørgsmål således:

»Artikel 2 og artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en bestemmelse som § 1, stk. 3, i den tyske lov om beskyttelse mod opsigelse, der ifølge dens fortolkning i tysk retspraksis indebærer, at deltidsbeskæftigede arbejdstagere og fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere ikke kan sammenlignes ved den udvælgelse efter sociale kriterier, som arbejdsgiveren skal foretage ved nedlæggelse af en deltidsstilling, såfremt antallet af kvinder, der arbejder på deltid i den produktionssektor, som den pågældende virksomhed er en del af, er betydeligt større end antallet af mænd, der arbejder på deltid, og denne anvendelse ikke er berettiget på grund af objektive kriterier, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.«