CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. SAGGIO

van 14 maart 2000 *

1. Met de onderhavige prejudiciële verwijzing verzoekt het Landesarbeitsgericht Hamburg het Hof om uitlegging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 [1] (hierna: „richtlijn"), waarmee in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, ten uitvoer wordt gelegd. De verwijzende rechter verzoekt in het bijzonder om uitlegging van artikel 5, lid 1, van deze richtlijn in relatie tot de Duitse wet inzake de ontslagbescherming, op grond waarvan volgens de heersende Duitse rechtspraak geen vergelijkbaarheid bestaat tussen voltijdwerknemers en deeltijdwerknemers in het kader van de zogeheten sociale keuze, welke werknemer te ontslaan.

Het relevante gemeenschapsrecht

2. Het beginsel van gelijke behandeling wordt gedefinieerd in artikel 2, lid 1, van de richtlijn. Deze bepaling luidt: „Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie." Artikel 5, lid 1, van de richtlijn betreft de toepassing van dit beginsel op alle arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden. Deze bepaling luidt: „De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht."

3. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (PB 1998, L 14, blz. 6), welke richtlijn ratione temporis niet op het onderhavige geval van toepassing is, luidt: „Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van discriminatie op grond van het geslacht, hetzij direct, hetzij indirect." Artikel 2, lid 2, bepaalt: „Voor de toepassing van het in lid 1 genoemde beginsel van gelijke behandeling is van indirecte discriminatie sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB L 39, blz. 40.

van een geslacht benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht van de betrokkenen."

De relevante nationale wetgeving

4. De voor het onderhavige geval relevante nationale wettelijke regeling is het Kündigungsschutzgesetz (wet inzake de ontslagbescherming; hierna: „KSchG"). Volgens § 1, leden 1 en 2, van deze wet heeft het ontslag van een werknemer die meer dan zes maanden ononderbroken bij dezelfde onderneming heeft gewerkt, geen rechtsgevolg wanneer dit sociaal ongerechtvaardigd is, dat wil zeggen wanneer het niet is gebaseerd op gronden in verband met de persoon of het gedrag van de werknemer of dwingende redenen die de onderneming sterk in haar vrijheid van handelen beperken en die opheffing van een bepaalde arbeidsplaats noodzakelijk maken. In het laatste geval is er sprake van „ontslag om economische redenen".

§ 1, lid 3, KSchG bepaalt dat ontslag om economische redenen eveneens ongerechtvaardigd is wanneer de werkgever bij de keuze van de werknemer niet of onvoldoende rekening heeft gehouden met sociale aspecten. Deze bepaling wordt gewoonlijk aldus uitgelegd dat een werkgever niet vrij kan kiezen wie hij ontslaat, maar uit alle werknemers die werkzaam zijn op een arbeidsplaats die vergelijkbaar is met de op te heffen arbeidsplaats, diegene moet kiezen voor wie het verlies van zijn werk sociaal het minst nadelig is („sociale keuze").

5. Het KSchG geeft niet aan wat met het oog op de sociale keuze onder vergelijkbare arbeidsplaatsen moet worden verstaan. Volgens de verwijzingsbeschikking volgt echter uit de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht (hierna: „BAG") dat de vergelijkbaarheid van twee dienstverbanden in het algemeen beoordeeld dient te worden aan de hand van de materiële inhoud van de arbeidsovereenkomst en dus van de kenmerken van de verrichte werkzaamheden. Daarvoor is niet noodzakelijk dat de functies volstrekt identiek zijn maar volstaat het dat zij, ofschoon verschillend, gelijkwaardig zijn. Hieruit volgt dat twee dienstverbanden als vergelijkbaar worden beschouwd wanneer de werkgever op grond van zijn recht de onderneming naar eigen inzicht te organiseren, elk van beide werknemers het werk van de ander kan opdragen zonder de respectieve arbeidsovereenkomsten te wijzigen. Volgens de jurisprudentie van het BAG zijn voltijd- en deeltijdwerknemers dus ook niet als vergelijkbaar te beschouwen, aangezien voor de omzetting van een arbeidsverhouding van voltijds naar deeltijd (en omgekeerd) in ieder geval de arbeidsovereenkomst moet worden gewijzigd.

6. Tot de datum van de verwijzingsbeschikking had het BAG zich nog niet specifiek uitgesproken over de vergelijkbaarheid van voltijd- en deeltijddienstverbanden in verband met een sociale keuze. Ter terechtzitting heeft verzoekster echter, onweerspro-

ken gesteld dat het BAG recent twee uitspraken over dit onderwerp heeft gedaan. Deze hielden in dat in geval van opheffing van een deeltijdarbeidsplaats voor de sociale keuze de voltijdwerknemers in aanmerking moeten worden genomen, indien de werknemer met de opheffing van de arbeidsplaats alleen totale aantal arbeidsuren heeft willen verminderen, en dat zij niet in aanmerking genomen moeten worden indien de opheffing voortvloeit uit een beslissing van de ondernemer om voor bepaalde werkzaamheden nog slechts voltijdwerknemers in te zetten, met andere woorden een bedrijfsorganisatorische beslissing die als zodanig op bedrijfseconomische gronden geboden is. In het laatste geval moet de beslissing van de werkgever beschouwd worden als een uitdrukking van het recht van de ondernemer zijn eigen onderneming te organiseren naar eigen goeddunken en kan bijgevolg slechts worden getoetst of deze kennelijk onjuist, onredelijk of willekeurig is.

De feiten en de prejudiciële vraag

7. Kachelmann (hierna: „verzoekster") was meer dan vijf jaar op basis van een deeltijdcontract (76,92 %) op het bijkantoor van Bankhaus Hermann Lampe KG (hierna: „Bankhaus") te Hamburg werkzaam als gekwalificeerd bankemployee en gediplomeerd correspondente Duits/Engels, belast met het beheer van de dossiers van de incassoafdeling. Zij is gescheiden en heeft drie kinderen ten laste, waarvan er een ernstig gehandicapt is.

8. Wegens inkrimping van haar internationale werkzaamheden besloot Bankhaus om de afdeling waar verzoekster werkzaam was, samen te voegen met de veel grotere afdeling documentenverkeer. Zij achtte het daarom noodzakelijk het aantal werknemers te verminderen en zegde verzoekster bij brief van 21 juni 1996 met ingang van 30 september 1996 om economische redenen ontslag aan.

9. Op het bijkantoor van Bankhaus te Hamburg waren op dat moment vijf deeltijdwerknemers werkzaam, drie mannen en twee vrouwen, en tweeëntwintig voltijdwerknemers, tien mannen en twaalf vrouwen. Een van die vrouwen was Grabbert, die sinds vijf maanden op de kredietafdeling werkzaam was.

10. Verzoekster vocht het ontslag aan bij het Arbeitsgericht Hamburg, waar zij stelde dat Bankhaus bij haar beslissing haar arbeidsplaats op te heffen niet de wettelijk voorgeschreven sociale keuze had gemaakt, doordat zij haar situatie niet had vergeleken met die van Grabbert, die soortgelijk werk verrichtte. Deze handelwijze was volgens verzoekster ook onrechtmatig gezien het feit dat zij zich bereid had verklaard om meer uren te gaan werken.

11. Op 18 februari 1997 heeft het Arbeitsgericht de vordering afgewezen; het overwoog dat ofschoon verzoekster sociaal ongetwijfeld in een kwetsbaarder situatie verkeerde dan Grabbert, een vergelijking tussen deze werkneemsters niet mogelijk was omdat Grabbert een voltijddienstverband had en de werkgever daarvan niet zonder meer in het kader van zijn werkgeversgezag en zonder wijziging van het arbeidscontract, verzoekster de plaats van Grabbert kon geven.

12. Tegen de beslissing van het Arbeitsgericht heeft verzoekster beroep ingesteld bij het Landesarbeitsgericht Hamburg. Dit heeft de bestreden uitspraak bevestigd op grond dat Bankhaus een voltijdwerkneemster, niet zijnde verzoekster, in dienst had die belast was met taken welke vergelijkbaar waren met die van verzoekster. Volgens de criteria van het KSchG voor de sociale keuze verdiende zij in vergelijking met de voltijdwerkneemster meer bescherming. Het Landesarbeitsgericht verklaarde voorts dat in het licht van de heersende jurisprudentie [2] de vergelijking tussen voltijd- en deeltijdwerknemers in het kader van de sociale keuze niet mogelijk was omdat voor de omzetting van een van beide arbeidsverhoudingen een wijziging van het arbeidscontract noodzakelijk is. Het Landesarbeitsgericht overwoog echter ook dat wanneer er op de enkele grond dat verzoekster tot dan toe in deeltijd werkte vanuit wordt gegaan dat zij niet met Grabbert kan worden vergeleken, haar ontslag een door het gemeenschapsrecht verboden indirecte discriminatie op grond van geslacht kan opleveren.

13. Van oordeel dat uitlegging van de richtlijn nodig was voor de beslechting van het geschil, heeft het Landesarbeitsgerichten de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG aldus worden uitgelegd, dat deeltijds werkzame vrouwelijke werknemers voor de toepassing van § 1, lid 3, Kündigungsschutzgesetz — in de tot en met 30 september 1996 geldende versie — in het kader van de sociale keuze vergelijkbaar moeten worden geacht met voltijds werkzame mannelijke en vrouwelijke werknemers, wanneer in een sector aanzienlijk meer vrouwen dan mannen deeltijds werkzaam zijn?"

De ontvankelijkheid

14. De Duitse regering trekt de ontvankelijkheid van dé prejudiciële vraag in twijfel. Artikel 5, lid 1, van de richtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op arbeidsvoorwaar-

2 — Zie hiervóór, punt 6.

den, daaronder begrepen ontslagvoorwaarden, is voor de beslechting van het hoofdgeding niet relevant daar de sociale keuze van § 1, lid 3, in casu twee werknemers van hetzelfde geslacht betreft, namelijk twee vrouwen.

15. Dit betoog snijdt geen hout. Allereerst moet worden bedacht dat de prejudiciële verwijzing in het algemeen ten doel heeft „de rechterlijke instanties van de Gemeenschap de gegevens voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen, die zij nodig hebben voor de oplossing van echte geschillen waarvan zij kennis nemen". [3] Deze samenwerking tussen de nationale rechters en het Hof kan alleen functioneren wanneer er tussen deze twee categorieën van rechters een taakverdeling bestaat die, aldus vaste rechtspraak, impliceert dat het „uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen". Uit deze uitgangspunten heeft het Hof geconcludeerd dat het „een verzoek van die [nationale] rechter enkel [kan] afwijzen, wanneer *duidelijk* blijkt, dat de verlangde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die het nodig heeft om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te geven". [4]

16. Wanneer deze criteria worden toegepast, kan naar mijn mening niet gezegd worden dat het antwoord op de vraag in het onderhavige geval voor de beslechting van het bij de nationale rechter aanhangige geschil duidelijk irrelevant is. De vraag betreft immers de mogelijk discriminerende gevolgen die de toepassing van de Duitse ontslagbeschermingswet in het algemeen zou kunnen hebben. Zoals gezegd, wordt met de richtlijn het verbod van discriminatie op grond van geslacht met betrekking tot arbeidsverhoudingen, in de lidstaten ten uitvoer gelegd. Het is mijns inziens dus duidelijk dat de eerbiediging van dit beginsel een conditio sine qua non is voor de correcte toepassing van de relevante nationale bepalingen en dat een uitspraak over de draagwijdte van het communautaire beginsel dat werknemers zonder onderscheid op grond van geslacht bij ontslag gelijk moeten worden behandeld, voor de beoordeling door de nationale rechter zinvol moet worden geacht.

17. De Duitse regering stelt tevens dat de nationale rechter in de verwijzingsbeschikking onvoldoende feiten vermeldt om het

3 — Arrest van 11 maart 1980, Foglia (104/79, Jurispr. blz. 745, punt 11).

4 — Arrest van 29 juni 1999, Butterfly Music (C-60/98, Jurispr. blz. I-3939, punt 13, mijn cursivering). Zie voorts, om alleen de meest recente arresten te noemen: arresten van 28 november 1991, Durighello (C-186/90, Jurispr. blz. I-5773, punten 8 en 9); 26 oktober 1995, Furlanis (C-143/94, Jurispr. blz. I-3633, punt 12); 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punten 59-61), en 5 juni 1997, Celestini (C-105/94, Jurispr. blz. I-2971, punten 21 en 22).

Hof in staat te stellen een uitspraak te doen. Ook dit betoog is mijns inziens niet gefundeerd. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, bevat de verwijzingsbeschikking, ook al is deze summier en geeft zij niet aan welke categorieën werknemers bij de vaststelling van discriminatie op grond van geslacht moeten worden betrokken, niettemin voldoende informatie over de juridische context en de feiten om het Hof in staat te stellen een zinvolle uitspraak te doen.

18. Tot slot is ter terechtzitting naar voren gebracht dat de prejudiciële vraag overbodig geworden is omdat in een recente uitspraak van het BAG de criteria zijn geformuleerd voor de vergelijking tussen voltijd- en deeltijdwerknemers met het oog op de sociale keuze. [5] Ook dit argument is ongefundeerd. Zoals de Commissie heeft gesteld, is immers het vereiste dat de rechtszekerheid wordt gegarandeerd, in principe voldoende rechtvaardiging om de tussenkomst van het Hof in te roepen [6], nog afgezien daarvan dat de nationale rechter, van wie mag worden aangenomen dat hij de recente Duitse rechtspraak kent, zijn vraag niet heeft ingetrokken en men dus mag aannemen dat hij van oordeel is dat het antwoord op zijn vraag voor de beslechting van het hoofdgeding nog steeds nodig is.

19. Op grond van de voorgaande overwegingen ben ik van mening dat de door de nationale rechter voorgelegde vraag ontvankelijk moet worden geacht en het Hof zich over de zaak ten gronde dient uit te spreken.

Ten gronde

20. De nationale rechter vraagt of de artikelen 2 en 5, lid 1, van de richtlijn, die iedere directe dan wel indirecte discriminatie ten aanzien van arbeidsvoorwaarden verbieden, in de weg staan aan de toepassing van § 1, lid 3, van de Duitse ontslagbeschermingswet, op grond waarvan voltijdwerknemers niet vergelijkbaar zijn met deeltijdwerknemers met het oog op de „sociale keuze" die de werkgever dient te maken indien een deeltijdbaan om economische redenen wordt opgeheven.

21. Het is duidelijk dat de betrokken Duitse bepaling niet leidt tot enige vorm van directe discriminatie tussen werknemers, om de eenvoudige reden dat de daarin gestelde criteria voor vergelijkbaarheid geen onderscheid op grond van geslacht maken. Dit sluit uiteraard althans in abstracto gezien, niet uit dat zij leidt tot een vorm van indirecte discriminatie. Daarover nu vraagt de verwijzende rechter in wezen het oordeel van het Hof.

5 — Zie hiervóór, punt 7.

6 — Arrest van 12 februari 1974, (C-146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Jurispr. blz. 139, punt 3).

22. Zoals het Hof in dit verband herhaaldelijk heeft vastgesteld „houdt een nationale regeling een indirecte discriminatie jegens vrouwelijke werknemers in wanneer zij, hoewel in neutrale bewoordingen gesteld, feitelijk veel meer vrouwen dan mannen benadeelt, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niet van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht." [7]

23. Met betrekking tot de categorie deeltijdwerknemers kan gevoeglijk worden gesteld dat deze normaal gesproken uit vrouwen bestaat, zodat een achterstelling van deze categorie in feite bijna automatisch discriminatie op grond van geslacht tot gevolg heeft. De uitspraken van het Hof tot nu toe betroffen zaken waarin de achterstelling van vrouwen het gevolg was van regelgeving die rechtstreeks discrimineerde in geval van deeltijdwerk [8]; daarbij heeft het Hof geoordeeld dat de nationale bepalingen leidden tot indirecte discriminatie van vrouwen en directe discriminatie met betrekking tot deeltijdwerk.

In casu is daarentegen ook de discriminatie van deeltijdwerknemers indirect, aangezien de ongunstige behandeling van deze categorie niet uitdrukkelijk in de nationale regeling is neergelegd maar de toepassing daarvan wel discriminerende effecten kan hebben.

24. In het arrest Bötel [9] had het Hof een regeling te beoordelen die vergelijkbaar is met de onderhavige, in een geval namelijk waarin de discriminerende effecten het gevolg waren van de toepassing van een nationale regeling die formeel neutraal was, op specifieke situaties. Het Hof stelde vast dat dergelijke effecten in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel wanneer zij een afwijkende en minder gunstige behandeling van deeltijdwerknemers tot gevolg hebben, hetgeen althans in beginsel discriminatie op grond van geslacht oplevert. In het aan het Hof voorgelegde geval ging het om een nationale regeling op grond waarvan leden van een ondernemingsraad die deelnamen aan vormingscursussen die rechtstreeks noodzakelijk waren voor het goed functioneren van de ondernemingsraad, vrijgesteld waren van arbeid met behoud van salaris. Het Hof oordeelde dat deze regeling discriminatie van deeltijdwerknemers (en dus van vrouwen) inhield, omdat de cursussen de individuele werktijd van de deeltijdwerknemers overschreden, zodat zij voor de aan de cursussen bestede tijd een lager bedrag ontvingen dan wat op dezelfde grond aan voltijdwerknemers werd uitbetaald als vergoeding voor de niet gewerkte uren.

7 — Arrest van 30 november 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Jurispr. blz. I-6185, punt 22). Zie bovendien arresten van 2 oktober 1997, Kording (C-100/95, Jurispr. blz. I-5289, punt 30); 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punt 52), en 10 februari 2000, Deutsche Telekom (C-50/96, Jurispr. blz. I-743, punt 28).

8 — Zie, met name ter zake van gelijke beloning arresten van 13 mei 1986, Bilka (170/84, Jurispr. blz. 1607); 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591), en 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, Jurispr. blz. I-297).

9 — Arrest van 4 juni 1992 (C-360/90, Jurispr. blz. I-3589). Zie bovendien arresten van 6 februari 1996, Lewark (C-457/93, Jurispr. blz. I-243), en 7 maart 1996, Freers en Speckmann (C-278/93, Jurispr. blz. I-1165).

25. De Duitse wet die thans aan de orde is, bepaalt dat de ondernemer die op bedrijfseconomische gronden besluit een arbeidsplaats op te heffen, verplicht is de werknemer die hij wil ontslaan te kiezen op grond van sociale criteria, en dat hij deze keuze moet maken tussen werknemers die vergelijkbaar zijn. Daarbij moet hij aldus te werk gaan dat hij de werknemer kiest die naar verhouding de minste schade van het ontslag ondervindt. Daartoe is het noodzakelijk vast te stellen tussen welke categorieën werknemers de vergelijking moet worden gemaakt.

Zoals gezegd wordt in de Duitse rechtspraak het begrip vergelijkbaarheid aldus uitgelegd dat daarvan alleen sprake is wanneer een werkgever werknemers van arbeidsplaats kan laten wisselen zonder tevens hun arbeidscontract te moeten wijzigen. Daarvoor moet de inhoud van de arbeidsverhouding uiteraard gelijk zijn, hetgeen meebrengt dat vergelijkbaarheid tussen voltijd- en deeltijdwerknemers uitgesloten is. In de Duitse rechtspraak is immers tevens vastgesteld dat voor overplaatsing van een werknemer van een arbeidsplaats in deeltijd naar een voltijdarbeidsplaats (en andersom) wijziging van het contract noodzakelijk is, zodat deze twee categorieën van werknemers niet vergelijkbaar zijn.

Hieruit volgt mijns inziens, dat in geval van opheffing van een deeltijdbaan voor de sociale keuze, uitsluitend situaties van deeltijdwerknemers in aanmerking genomen en vergeleken kunnen worden zodat alleen zij de nadelige gevolgen van de opheffing van de arbeidsplaats ondervinden: de sociale situatie van deze werknemers zal, ook wanneer hun situatie ongunstiger is dan die van voltijdwerknemers, immers alleen beoordeeld worden ten opzichte van deeltijdwerknemers, waardoor de garanties die de Duitse wetgeving werknemers biedt, worden beperkt. Hieruit volgt dat wanneer onder deeltijdwerknemers het percentage vrouwen beduidend hoger is dan het percentage mannen, het aantal werknemers van het mannelijk geslacht dat met het oog op de sociale keuze in aanmerking wordt genomen, noodzakelijkerwijze gering zal zijn, met als uiteindelijk gevolg dat geen adequate bescherming gegarandeerd is met het oog op het behoud van de arbeidsplaats voor vrouwelijke werknemers die in bijzonder ongunstige omstandigheden verkeren en daarom deze speciale bescherming behoeven.

26. Bankhaus bestrijdt deze zienswijze. Zij stelt dat in het onderhavige geval de toepassing van de nationale regeling in werkelijkheid noch voor voltijdwerknemers noch voor deeltijdwerknemers ongunstige gevolgen heeft. In geval van opheffing van een deeltijdarbeidsplaats zijn voltijdwerknemers van de sociale keuze uitgesloten, zodat zij niet het gevaar lopen te worden ontslagen, terwijl in geval van opheffing van een voltijdarbeidsplaats deeltijdwerkers niet behoren tot degenen die ontslagen kunnen worden. Dit toont volgens Bankhaus aan dat in werkelijkheid niet alleen de wetgeving maar ook de toepassing ervan uiteindelijk neutraal is, voor zover de verschillende situaties van benadeling naargelang de opheffing een voltijd- dan wel een deeltijdbaan betreft, tegen elkaar wegvallen. Deze redenering overtuigt niet. Het

lijkt niet juist, een situatie van benadeling die ontstaat als gevolg van de toepassing van een nationale wettelijke regeling, legitiem en, voor zover in casu van belang, verenigbaar met de richtlijn te achten, wanneer zij „gecompenseerd" wordt door de gevolgen van de toepassing van die regeling op een andere situatie.

27. Nu is vastgesteld dat de betrokken Duitse wettelijke regeling leidt tot ongelijke behandeling van deeltijdwerknemers moet thans worden bepaald of, en onder welke voorwaarden, deze ongelijke behandeling, zij het wellicht slechts in potentie, leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Daartoe moet worden bepaald welke groep werknemers als referentie dient, de groep werknemers dus aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of er sprake is van disproportionaliteit tussen het aantal vrouwelijke en mannelijke werknemers. De standpunten van partijen lopen op dit punt uiteen.

28. Bankhaus en de Duitse regering zijn van mening dat de groep waarmee moet worden vergeleken om te bepalen of sprake is van disproportionaliteit, de groep van deeltijdwerknemers in een onderneming is. In het onderhavige geval is discriminatie van verzoekster derhalve uitgesloten te achten aangezien Bankhaus ten tijde van haar ontslag vijf deeltijdwerknemers in dienst had, drie vrouwen en twee mannen. Verzoekster stelt daarentegen dat om de eventuele discriminerende effecten van de nationale wetgeving voor vrouwen vast te stellen, moet worden gekeken naar het totaal aantal deeltijdwerknemers in Duitsland. De verwijzende rechter is de daartussen gelegen opvattingen toegedaan, dat de vergelijkingsgroep bestaat uit alle werknemers in een bepaalde sector.

29. Ik ben van mening dat de opvatting van de verwijzende rechter moet worden gevolgd. Het zou immers geen zin hebben de deeltijdwerknemers in een onderneming als referentie te nemen om vast te stellen of er per saldo meer vrouwen dan mannen werkzaam zijn. De situatie in één onderneming, vooral een kleine, kan immers niet maatgevend zijn om uit het percentage vrouwen van de aldaar werkzame deeltijdwerknemers af te leiden dat er sprake is van indirecte discriminatie van vrouwen wanneer de (sociale) keuze wegens opheffing van een deeltijdarbeidsplaats leidt tot het ontslag van een vrouw. Evenmin lijkt het mij redelijk alle deeltijdwerknemers in een lidstaat als referentie te nemen, aangezien arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheidsproblematiek in beginsel per sector verschillen en dit bij de sociale keuze van de werkgever in geval van opheffing van een arbeidsplaats niet buiten beschouwing gelaten mag worden. Op grond van de zojuist genoemde redenen lijkt het mij daarentegen redelijk, de deeltijdwerknemers in de sector waartoe de onderneming die een deeltijdarbeidsplaats heeft opgeheven, behoort, als referentie te nemen. Dit betekent dat een verschil in behandeling van deeltijdwerknemers ten opzichte van voltijdwerknemers alleen discriminatie op grond van geslacht

vormt, wanneer in de productiesector waartoe de onderneming waar de deeltijdarbeidsplaats is opgeheven, behoort, het aantal vrouwelijke deeltijdwerknemers beduidend hoger is dan het aantal mannelijke. Deze beoordeling is echter in ieder geval de taak van de nationale rechter, die op grond van de informatie waarover hij beschikt, moet nagaan of en in welke mate er sprake is van disproportionaliteit.

30. Niettemin moet in een dergelijke situatie nog een laatste aspect worden geverifieerd namelijk of het verschil in behandeling van de twee categorieën werknemers gerechtvaardigd is te achten door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht, met andere woorden, of met de toepassing van de nationale regeling doeleinden worden nagestreefd die het verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen en de middelen om deze doeleinden te bereiken, noodzakelijk en niet onevenredig zijn.

31. In dit verband dient allereerst te worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak „het in laatste instantie op de weg ligt van de nationale rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving uit te leggen, om uit te maken of en in hoeverre een wettelijke regeling die weliswaar ongeacht het geslacht van de werknemer van toepassing is, doch die feitelijk een aanzienlijk groter percentage vrouwen dan mannen treft, haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht". Desalniettemin is „het Hof, dat de verwijzende rechter een nuttig antwoord dient te verschaffen, bevoegd (...) om op basis van het dossier van het hoofdgeding, en van de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van partijen aanwijzingen te geven die de verwijzende rechter in staat stellen uitspraak te doen". [10]

32. Zoals de Commissie opmerkt, gaat de verwijzingsbeschikking niet uitdrukkelijk in op eventuele rechtvaardigingsgronden voor het verschil in behandeling tussen deeltijd- en voltijdwerknemers dat het gevolg is van de toepassing van de Duitse wetgeving inzake de sociale keuze. Zoals gezegd volstaat de verwijzende rechter met de opmerking dat volgens de jurisprudentie van het BAG twee arbeidsplaatsen over het algemeen niet vergelijkbaar zijn te achten wanneer voor overplaatsing van een werknemer naar een andere arbeidsplaats de arbeidsovereenkomst moet worden gewijzigd, en dat aangezien voor omzetting van een arbeidsverhouding van voltijds naar deeltijds (en omgekeerd) de arbeidsovereenkomst moet worden gewijzigd, vergelijkbaarheid van voltijd- en deeltijdwerknemers in het kader van een sociale keuze, uitgesloten is.

33. Deze overwegingen kunnen mijns inziens een verschil in behandeling tussen

10 — Arrest Seymour-Smith en Perez, reeds aangehaald, punten 67 en 68. Zie ook arrest Freers en Speckmann, reeds aangehaald, punt 24, en arrest van 30 maart 1993, Thomas e.a. (C-328/91, Jurispr. blz. I-1247, punt 13).

de twee categorieën werknemers niet rechtvaardigen.

In dit verband moet er in de eerste plaats bij worden stilgestaan dat de toepassing van de nationale wetgeving, in het licht van de aangehaalde rechtspraak, automatisch en in het algemeen ertoe leidt dat voltijdwerknemers van de sociale keuze worden uitgesloten, omdat wordt aangenomen dat het verschil in arbeidstijd steeds hoe dan ook de uitsluit dat een deeltijdwerknemer de plaats van een voltijdwerknemer inneemt, omdat daarvoor het arbeidscontract en de arbeidsverhouding moeten worden gewijzigd. Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard dat uit „een generaliserende uitspraak over bepaalde categorieën werknemers, (...) geen objectieve criteria kunnen worden afgeleid, buiten elke discriminatie om". [11] Ofschoon men in het algemeen kan stellen dat de arbeidstijd een factor is waarmee in het kader van een vergelijking tussen twee arbeidsplaatsen rekening moet worden gehouden, hangt het belang dat daaraan moet worden gehecht, noodzakelijkerwijze af van de concrete omstandigheden. Wat deze omstandigheden betreft, is dit bovendien slechts één van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden, naast bijvoorbeeld de aard van de verrichte werkzaamheden of de mogelijkheid de taken tussen de verschillende werknemers anders te verdelen zonder de efficiëntie van het werk in gevaar te brengen. De noodzaak het arbeidscontract te wijzigen dient dus van geval tot geval in het licht van de feiten te worden beoordeeld.

In de tweede plaats dient, zowel wanneer de omzetting van een contract onvermijdelijk is als wanneer wijzigingen niet noodzakelijk zijn om de deeltijdwerknemer in staat te stellen de plaats van een voltijdwerknemer in te nemen, de vergelijkbaarheid van beide categorieën werknemers in het kader van de sociale keuze steeds te worden beoordeeld in relatie tot de belangentegenstelling die steeds zal optreden tussen het recht van de werkgever om het werk in zijn onderneming volledig vrij te organiseren en het recht van deeltijdwerknemers (dus vrouwen) om niet gediscrimineerd te worden. Van geval tot geval moet worden bezien welke van deze belangen prevaleert en als zodanig meer bescherming verdient. [12] Het behoeft geen betoog dat alleen de nationale rechter in het individuele geval kan bepalen welk belang prevaleert, aangezien dit afhangt van de weging van de specifieke omstandigheden van het geval.

Concluderend kan worden vastgesteld dat ongelijke behandeling van deeltijd- en voltijdwerknemers in het kader van een sociale

11 — Arrest van 2 oktober 1997, Gerster (C-1/95, Jurispr. blz. I-5253, punt 39). Zie voorts reeds aangehaalde arresten Kording, punt 23, en Nimz, punt 14.

12 — Ik wijs erop dat het Hof onlangs in het arrest van 10 februari 2000, Deutsche Post (C-270/97 et C-271/97, Jurispr. blz. I-929), in verband met de vraag of de uitsluiting van deeltijdwerknemers van aansluiting bij een bedrijfsregeling van sociale zekerheid verenigbaar was met het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, dus in een andere context dan de onderhavige, heeft vastgesteld dat „Het economische doel van artikel 119 van het Verdrag, namelijk opheffing van mededingingsverstoringen tussen in verschillende lidstaten gevestigde ondernemingen, (...) ondergeschikt [is] aan het sociale doel van deze bepaling, dat de uitdrukking vormt van het fundamentele mensenrecht (...)." Dat het onrechtmatig is om bij de sociale keuze alleen deeltijdwerknemers in aanmerking te nemen, is naar mijn mening op dit beginsel terug te voeren.

keuze als gevolg van de beslissing een deeltijdbaan op te heffen, slechts objectief gerechtvaardigd kan zijn, wanneer de nationale rechter vaststelt dat, gezien de feiten, de twee categorieën werknemers slechts vergelijkbaar zijn wanneer de vrijheid van de werkgever in een mate wordt beperkt die in geen verhouding staat tot het doel van bescherming van deeltijdwerknemers, dat in de regel dient te prevaleren.

Conclusie

34. Ik geef het Hof dan ook in overweging, op de vraag van het Landesarbeitsgericht Hamburg als volgt te antwoorden:

„De artikelen 2 en 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling als § 1, lid 3, van de Duitse wet inzake ontslagbescherming, volgens welke, in de uitlegging van de Duitse rechtspraak deeltijd- en voltijdwerknemers niet vergelijkbaar zijn bij de sociale keuze die de werkgever dient te maken in geval van opheffing van een deeltijdarbeidsplaats, vooropgesteld dat in de productiesector waartoe de onderneming behoort, het aantal in deeltijd werkzame vrouwen beduidend groter is dan het aantal in deeltijd werkzame mannen en deze toepassing niet gerechtvaardigd wordt door objectieve criteria die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht."