ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ANTONIO SAGGIO

της 14ης Μαρτίου 2000 *

1. Με την παρούσα αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως το Landesarbeitsgericht Hamburg ζητεί από το Δικαστήριο να αποφανθεί ως προς την ερμηνεία της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976 [1] (στο εξής: οδηγία), περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας. Ειδικότερα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί την ερμηνεία του άρθρου 5, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας σε σχέση με τον γερμανικό νόμο περί προστασίας από τις απολύσεις, ο οποίος, σύμφωνα με την ερμηνεία που του προσδίδει η κρατούσα νομολογία των γερμανικών δικαστηρίων, αποκλείει, στο πλαίσιο της «βάσει κοινωνικών κριτηρίων επιλογής» του προς απόλυση μισθωτού, τη δυνατότητα συγκρίσεως των εργαζόμενων με πλήρες ωράριο με τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο.

Η ισχύουσα κοινοτική νομοθεσία

2. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας θέτει την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Η διάταξη αυτή ορίζει τα εξής: «Κατά την έννοια των κατωτέρω διατάξεων, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό, ιδίως, με την οικογενειακή κατάσταση». Το άρθρο 5, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας αφορά την εφαρμογή της εν λόγω αρχής σε όλες τις συνθήκες εργασίας, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και οι όροι απολύσεως. Η διάταξη αυτή προβλέπει ότι «η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, όσον αφορά τους όρους εργασίας, συμπεριλαμβανομένων των όρων απολύσεως, συνεπάγεται την εξασφάλιση σε άνδρες και γυναίκες των αυτών όρων, χωρίς διάκριση βασιζόμενη στο φύλο.»

3. Η οδηγία 97/80/ΕΚ του Συμβουλίου, της 15ης Δεκεμβρίου 1997, σχετικά με το βάρος απόδειξης σε περιπτώσεις διακριτικής μεταχείρισης λόγω φύλου (ΕΕ 1998, L 14, σ. 6), η οποία όμως άρχισε να εφαρμόζεται μετά τον κρίσιμο για την παρούσα υπόθεση χρόνο, ορίζει στο άρθρο 2, παράγραφος 1, τα εξής: «Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοείται ως αρχή της ίσης μεταχείρισης η απουσία κάθε διάκρισης λόγω φύλου, είτε άμεσα είτε έμμεσα». Η παράγραφος 2 του ίδιου άρθρου ορίζει στη συνέχεια τα εξής: «Για τους σκοπούς της αρχής της ίσης μεταχείρισης που αναφέρεται στην παράγραφο 1, έμμεση διάκριση υφίσταται όταν μια διάταξη, ένα κριτήριο ή μια πρακτική εκ πρώτης

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 70.

όψεως ουδέτερη/ο θίγει ένα σημαντικά υψηλότερο ποσοστό ατόμων ενός φύλου, εκτός εάν αυτή η διάταξη, το κριτήριο ή η πρακτική είναι κατάλληλη/ο και αναγκαία/ο και μπορεί να δικαιολογηθεί από αντικειμενικούς παράγοντες άσχετους προς το φύλο».

Η ισχύουσα εθνική νομοθεσία

4. Η εθνική ρύθμιση που έχει εφαρμογή στην παρούσα υπόθεση περιλαμβάνεται στον Kündingungsschutzgesetz (γερμανικό νόμο περί προστασίας από τις απολύσεις) (στο εξής: KSchG). Το άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 2, του νόμου αυτού ορίζει ότι η απόλυση εργαζομένου ο οποίος εργάστηκε αδιαλείπτως στον ίδιο εργοδότη επί διάστημα μεγαλύτερο των έξι μηνών είναι ανίσχυρη, εφόσον είναι κοινωνικώς αδικαιολόγητη, δηλαδή εφόσον δεν οφείλεται σε λόγους αναγόμενους στην προσωπικότητα ή τη συμπεριφορά του εργαζομένου ή σε επιτακτικές ανάγκες της επιχειρήσεως, που να καθιστούν αναγκαία την κατάργηση ορισμένης θέσεως εργασίας. Στην τελευταία αυτή περίπτωση πρόκειται για «απόλυση για οικονομικούς λόγους».

Η παράγραφος 3 του ίδιου αυτού άρθρου ορίζει ότι η απόλυση για οικονομικούς λόγους είναι επίσης αδικαιολόγητη στην περίπτωση που ο εργοδότης, κατά την επιλογή του προς απόλυση εργαζόμενου, δεν έχει λάβει υπόψη του ή δεν έχει λάβει επαρκώς υπόψη του τα κοινωνικά κριτήρια. Η παράγραφος αυτή ερμηνεύεται συνήθως υπό την έννοια ότι ο εργοδότης δεν είναι ελεύθερος να αποφασίζει ποιον θα απολύσει, αλλά πρέπει να επιλέγει, μεταξύ όλων των μισθωτών του που κατέχουν θέση εργασίας συγκρίσιμη με την προς κατάργηση, τον εργαζόμενο που θα υποστεί τη μικρότερη δυνατή ζημία από την απώλεια της εργασίας (πρόκειται για τη λεγόμενη «επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων»).

5. Ο KSchG δεν διευκρινίζει τι νοείται ως συγκρίσιμες θέσεις εργασίας, προς τον σκοπό της επιλογής βάσει κοινωνικών κριτηρίων. Εντούτοις, κατά τη διάταξη περί παραπομπής, από τη νομολογία του Bundesarbeitsgericht (στο εξής: BAG) προκύπτει ότι η συγκρισιμότητα δύο θέσεων πρέπει να εκτιμάται με βάση το ουσιαστικό περιεχόμενο της συμβάσεως εργασίας, άρα με βάση τα χαρακτηριστικά της ασκούμενης δραστηριότητας. Προς τούτο δεν είναι αναγκαίο να υπάρχει πλήρης ταύτιση, αλλά αρκεί να υπάρχει αντιστοιχία των ασκούμενων καθηκόντων, έστω και αν τα καθήκοντα αυτά είναι διαφορετικά. Κατά συνέπεια, δύο θέσεις εργασίας θεωρούνται συγκρίσιμες, όταν ο εργοδότης μπορεί, ασκώντας το δικαίωμά του να οργανώνει τη δραστηριότητα της επιχειρήσεως, να αναθέτει σε οποιονδήποτε από τους δύο αυτούς μισθωτούς τα καθήκοντα της άλλης θέσης, χωρίς να μεταβάλλει τις σχετικές συμβάσεις εργασίας. Επί πλέον, από τη νομολογία του BAG προκύπτει ότι δεν επιτρέπεται να θεωρούνται συγκρίσιμοι οι μισθωτοί με πλήρες ωράριο και οι μισθωτοί με μειωμένο ωράριο, διότι η μετατροπή της σχέσης εργασίας από εργασία με πλήρες ωράριο σε εργασία με μειωμένο (και αντίστροφα) συνιστά οπωσδήποτε τροποποίηση της συμβάσεως.

6. Μέχρι την ημερομηνία εκδόσεως της διατάξεως με την οποία υποβλήθηκε η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, το BAG ουδέποτε είχε αποφανθεί ειδικά επί της δυνατότητας συγκρίσεως των θέσεων εργασίας με μειωμένο ωράριο προς τις θέσεις εργασίας με πλήρες ωράριο, όταν πρόκειται να πραγματοποιηθεί η επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων. Εντούτοις, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η ενάγουσα ισχυρίστηκε ότι το BAG εξέδωσε πρόσφατα δύο αποφάσεις επί του ζητήματος αυτού, ο δε

ισχυρισμός της αυτός δεν αντικρούστηκε. Από τις εν λόγω αποφάσεις προκύπτει, κατά την ενάγουσα, ότι, σε περίπτωση καταργήσεως θέσης εργασίας με μειωμένο ωράριο, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι εργαζόμενοι με πλήρες ωράριο, προς τον σκοπό της επιλογής βάσει κοινωνικών κριτηρίων, εφόσον ο εργοδότης, με την κατάργηση της θέσης αυτής, αποσκοπούσε μόνο στη μείωση του συνολικού αριθμού των ωρών παρεχόμενης εργασίας, ενώ αντίθετα οι εργαζόμενοι αυτοί δεν θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, αν η κατάργηση της θέσης αποτελεί συνέπεια της αποφάσεως του επιχειρηματία να χρησιμοποιεί, για ορισμένες εργασίες, αποκλειστικά και μόνο εργαζόμενους με πλήρες ωράριο, δηλαδή αν ο εργοδότης έχει λάβει απόφαση σχετικά με την οργάνωση της επιχειρήσεώς του που υπαγορεύεται επομένως από κριτήρια επικερδούς διαχειρίσεως της επιχειρήσεώς του. Στην τελευταία αυτή περίπτωση η απόφαση του εργοδότη πρέπει να θεωρείται έκφραση του δικαιώματος του εργοδότη να οργανώνει την επιχείρησή του και επομένως δεν μπορεί να υπόκειται σε κανένα έλεγχο, εκτός αν η απόφαση αυτή αποδεικνύεται προδήλως εσφαλμένη, παράλογη ή αυθαίρετη.

Πραγματικά περιστατικά και προδικαστικό ερώτημα

7. Η B. Kachelmann (στο εξής: ενάγουσα) εργάστηκε για διάστημα μεγαλύτερο των πέντε ετών με μειωμένο ωράριο (76,92 %) στο υποκατάστημα του Αμβούργου της Bankhaus Hermann Lampe KG (στο εξής: Bankhaus) ως τραπεζική υπάλληλος και διπλωματούχος υπάλληλος εμπορικής αλληλογραφίας σε δύο γλώσσες (γερμανικά/αγγλικά), στο τμήμα εισπράξεως απαιτήσεων της υπηρεσίας αξιογράφων. Η ενάγουσα είναι διαζευγμένη και βαρύνεται με τη διατροφή τριών τέκνων, από τα οποία το ένα έχει βαριά αναπηρία.

8. Λόγω της μειώσεως του όγκου των διεθνών δραστηριοτήτων της, η Bankhaus αποφάσισε να εντάξει το τμήμα στο οποίο εργαζόταν η ενάγουσα στο ευρύτερο τμήμα των πράξεων των σχετικών με τις πιστώσεις που απορρέουν από αξιόγραφα. Κατόπιν αυτού, η Bankhaus έκρινε αναγκαία τη μείωση του αριθμού των υπαλλήλων της, οπότε κατάγγειλε για οικονομικούς λόγους, με έγγραφο της 21ης Ιουνίου 1996, τη σύμβαση εργασίας της ενάγουσας από τις 30 Σεπτεμβρίου 1996.

9. Κατά τον χρόνο της καταγγελίας το υποκατάστημα της Bankhaus στο Αμβούργο απασχολούσε πέντε μισθωτούς με μειωμένο ωράριο, από τους οποίους τρεις ήταν άνδρες και δύο γυναίκες, και εικοσιδύο μισθωτούς με πλήρες ωράριο, από τους οποίους δέκα ήσαν άνδρες και δώδεκα γυναίκες. Στην τελευταία αυτή κατηγορία ανήκε και η κυρία Grabbert, η οποία εργαζόταν από πέντε μήνες στο τμήμα πιστώσεων.

10. Η ενάγουσα προσέφυγε κατά της απολύσεώς της ενώπιον του Arbeitsgericht Hamburg, ισχυριζόμενη ότι η Bankhaus δεν προέβη, κατά τη λήψη της αποφάσεως για την κατάργηση της θέσης εργασίας της, στην προβλεπόμενη από τον νόμο επιλογή με βάση κοινωνικά κριτήρια, καθόσον δεν είχε συγκρίνει τη θέση της με τη θέση της Grabbert, η οποία ασκούσε παρόμοια καθήκοντα. Αυτός ο τρόπος ενέργειας πρέπει να θεωρηθεί, κατά την ενάγουσα πάντα, παράνομη, καθόσον μάλιστα η ίδια είχε δηλώσει ότι ήταν διατεθειμένη να αρχίσει να εργάζεται με πλήρες ωράριο.

11. Το Arbeitsgericht απέρριψε την αγωγή στις 18 Φεβρουαρίου 1997, με το σκεπτικό ότι, αν και η ενάγουσα βρισκόταν αναμφίβολα σε χειρότερη, από κοινωνική άποψη, θέση απ' ό,τι η Grabbert, δεν ήταν δυνατόν να συγκριθούν οι δύο αυτές εργαζόμενες, διότι η Grabbert εργαζόταν με πλήρες ωράριο και, συνεπώς ο εργοδότης δεν μπορούσε να αναθέσει στην ενάγουσα τα καθήκοντα της Grabbert ασκώντας απλώς και μόνο τα οργανωτικά του δικαιώματα και χωρίς να επιφέρει καμία τροποποίηση στη σύμβαση εργασίας.

12. Κατά της αποφάσεως του Arbeitsgericht η ενάγουσα άσκησε έφεση ενώπιον του Landesarbeitsgericht Hamburg. Το δικαστήριο αυτό επιβεβαίωσε την εφεσιβαλλόμενη απόφαση, με το σκεπτικό ότι η Bankhaus απασχολεί μια εργαζόμενη με πλήρες ωράριο, η οποία διαφέρει από την ενάγουσα και στην οποία έχουν ανατεθεί καθήκοντα συγκρίσιμα με τα καθήκοντα της ενάγουσας, και δέχθηκε ότι, βάσει των κριτηρίων περί επιλογής με κοινωνικά κριτήρια, τα οποία προβλέπονται στον KSchG, η ενάγουσα έπρεπε να θεωρηθεί ότι είχε μεγαλύτερη ανάγκη προστασίας απ' ό,τι η εργαζόμενη με πλήρες ωράριο. Επί πλέον, το Landesarbeitsgericht τόνισε ότι, αν ληφθεί υπόψη η κρατούσα νομολογία [2], οι εργαζόμενοι με πλήρες ωράριο δεν μπορούν να εξομοιώνονται με τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο, όταν πρόκειται να γίνει η επιλογή με βάση τα κοινωνικά κριτήρια, διότι η μετατροπή της μιας εργασιακής σχέσης στην άλλη προϋποθέτει την τροποποίηση της συμβάσεως εργασίας. Εντούτοις, το Landesarbeitsgericht πρόσθεσε επίσης ότι, αν γίνει δεκτό ότι η ενάγουσα δεν μπορεί να συγκριθεί με την Grabbert για τον λόγο και μόνο ότι είχε εργαστεί μέχρι τούδε με μειωμένο ωράριο, η απόλυσή της θα μπορούσε να συνιστά έμμεση διάκριση λόγω φύλου, η οποία απαγορεύεται από το κοινοτικό δίκαιο.

13. Το Landesarbeitsgericht Hamburg, κρίνοντας ότι η επίλυση της διαφοράς εξαρτάται από την ερμηνεία της οδηγίας, ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδιαστικό ερώτημα:

«Έχει το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ την έννοια ότι κατά την εφαρμογή του άρθρου 1, παράγραφος 3, του γερμανικού νόμου περί προστασίας από τις απολύσεις (Kündigungsschutzgesetz), όπως ίσχυε μέχρι τις 30 Σεπτεμβρίου 1996, οι εργαζόμενες με μειωμένο ωράριο πρέπει να θεωρούνται, κατά την επιλογή των προς απόλυση εργαζομένων βάσει κοινωνικών κριτηρίων, ότι τελούν σε συγκρίσιμη κατάσταση με τους εργαζόμενους/τις εργαζόμενες με πλήρες ωράριο, όταν σ' ένα κλάδο εργάζονται με μειωμένο ωράριο πολύ περισσότερες γυναίκες παρά άνδρες;»

Επί του παραδεκτού

14. Η Γερμανική Κυβέρνηση εκφράζει αμφιβολίες ως προς το παραδεκτό της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, ισχυριζόμενη ότι το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας, που αφορά την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ως προς τους όρους εργασίας, περιλαμβανομένων και των όρων απολύσεως, δεν ασκεί καμία επιρροή επί της επιλύσεως της διαφοράς της κύριας δίκης,

2 — Βλ. σημείο 6 των προτάσεών μου.

καθόσον η προβλεπόμενη στο άρθρο 1, παράγραφος 3, του KSchG επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων αφορά, στην παρούσα περίπτωση, δύο εργαζόμενους του ίδιου φύλου, και συγκεκριμένα δύο εργαζόμενες.

15. Η άποψη αυτή είναι αβάσιμη. Καταρχάς πρέπει να υπομνησθεί γενικά ότι σκοπός της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως είναι να παρέχονται «σε κάθε δικαστήριο της Κοινότητας τα ερμηνευτικά στοιχεία του κοινοτικού δικαίου, των οποίων έχει ανάγκη για την επίλυση πραγματικών διαφορών που του υποβάλλονται» [3], και ότι, για να λειτουργήσει η συνεργασία μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του κοινοτικού Δικαστηρίου, είναι αναγκαία η κατανομή του δικαιοδοτικού έργου μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου, πράγμα που σημαίνει, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ότι «απόκειται αποκλειστικώς στο εθνικό δικαστήριο, που έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της μέλλουσας να εκδοθεί δικαστικής αποφάσεως, να εκτιμήσει ειδικότερα την αναγκαιότητα μιας προδικαστικής αποφάσεως προς έκδοση της δικής του αποφάσεως». Από τα ανωτέρω το Δικαστήριο συνήγαγε το συμπέρασμα ότι το ίδιο «δεν μπορεί να απορρίψει αίτηση υποβληθείσα από ένα [εθνικό] δικαστήριο παρά μόνον όταν *προδήλως* προκύπτει ότι η αιτηθείσα ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης ή ακόμη όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν» [4].

16. Αν εφαρμοστούν τα ανωτέρω κριτήρια, δεν νομίζω ότι μπορεί να γίνει δεκτό ότι εν προκειμένω η απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα είναι προδήλως αλυσιτελής για την επίλυση της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου. Συγκεκριμένα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι με το ερώτημα αυτό τίθεται το ζήτημα των διακρίσεων που ενδεχομένως δημιουργεί γενικά η εφαρμογή του γερμανικού νόμου περί προστασίας από τις απολύσεις. Όπως όμως ανέφερα, η οδηγία υλοποιεί εντός των κρατών μελών, σε σχέση με τις εργασιακές σχέσεις, τη θεμελιώδη αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω φύλου. Επομένως, θεωρώ προφανές ότι η ορθή εφαρμογή της ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας δεν μπορεί να μην εξαρτάται από την τήρηση της αρχής αυτής και ότι συνεπώς η λήψη αποφάσεως ως προς το περιεχόμενο της κοινοτικής αρχής σε σχέση με την ίση μεταχείριση των εργαζομένων χωρίς διάκριση λόγω φύλου κατά την απόλυση είναι χρήσιμη για τις εκτιμήσεις στις οποίες θα προβεί το εθνικό δικαστήριο.

17. Η Γερμανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται επίσης ότι τα πραγματικά περιστατικά που παραθέτει το αιτούν δικαστήριο στην διά-

3 — Απόφαση της 11ης Μαρτίου 1980, 104/79, Foglia (Συλλογή τόμος 1980/1, σ. 403, σκέψη 11).

4 — Απόφαση της 29ης Ιουνίου 1999, C-60/98, Butterfly Music (Συλλογή 1999, σ. I-3939, σκέψη 13, η υπογράμμιση δική μου). Βλ. επίσης, μεταξύ των πιο πρόσφατων αποφάσεων, αποφάσεις της 28ης Νοεμβρίου 1991, C-186/90, Durighello (Συλλογή 1991, σ. I-5773, σκέψεις 8 και 9), της 26ης Οκτωβρίου 1995, C-143/94, Furlanis (Συλλογή 1995, σ. I-3633, σκέψη 12), της 15ης Δεκεμβρίου 1995, C-415/93, Bosman (Συλλογή 1995, σ. I-4921, σκέψεις 59 έως 61), και της 5ης Ιουνίου 1997, C-105/94, Celestini (Συλλογή 1997, σ. I-2971, σκέψεις 21 και 22).

ταξη περί παραπομπής είναι ανεπαρκή για τη λήψη αποφάσεως από το Δικαστήριο. Το επιχείρημα αυτό είναι επίσης, κατά τη γνώμη μου, αβάσιμο. Όπως δηλαδή παρατήρησε η Επιτροπή, η διάταξη περί παραπομπής, έστω και αν έχει διατυπωθεί συνοπτικά και δεν εξατομικεύει τις κατηγορίες εργαζομένων οι οποίες πρέπει να ληφθούν υπόψη για να εξακριβωθεί αν συντρέχει διάκριση λόγω φύλου, περιέχει εντούτοις επαρκή στοιχεία ως προς το νομικό πλαίσιο και ως προς τα πραγματικά περιστατικά, ώστε το Δικαστήριο να μπορέσει να δώσει χρήσιμη απάντηση.

18. Τέλος, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση διατυπώθηκε το επιχείρημα ότι η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως έχει καταστεί άνευ αντικειμένου κατόπιν μιας πρόσφατης αποφάσεως του BAG με την οποία προσδιορίστηκαν τα κριτήρια βάσει των οποίων πρέπει να πραγματοποιείται η σύγκριση μεταξύ εργαζομένων με πλήρες και εργαζομένων με μειωμένο ωράριο, όταν πρόκειται να πραγματοποιηθεί η επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων[5]. Η παρατήρηση αυτή είναι επίσης αβάσιμη. Συγκεκριμένα, επιβάλλεται να υπομνησθεί ότι, όπως τόνισε η Επιτροπή, η αρχή περί ασφάλειας δικαίου αρκεί κατά κανόνα ως δικαιολογητικός λόγος της εκδόσεως αποφάσεως του Δικαστηρίου[6], πέρα από το γεγονός ότι, αφού το εθνικό δικαστήριο, το οποίο γνωρίζει κατά τεκμήριο την πρόσφατη γερμανική νομολογία, δεν απέσυρε την αίτησή του, πρέπει ευλόγως να γίνει δεκτό ότι εξακολουθεί να θεωρεί αναγκαία την απάντηση του Δικαστηρίου για την εκ μέρους του επίλυση της διαφοράς της κύριας δίκης.

19. Για τους ανωτέρω λόγους, φρονώ ότι το ερώτημα του εθνικού δικαστηρίου πρέπει να θεωρηθεί παραδεκτό και ότι το Δικαστήριο οφείλει να αποφανθεί επί της ουσίας.

Επί της ουσίας

20. Το εθνικό δικαστήριο ερωτά αν τα άρθρα 2 και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας, τα οποία απαγορεύουν κάθε άμεση και έμμεση διάκριση ως προς τους όρους εργασίας, αποτελούν εμπόδιο στην εφαρμογή του άρθρου 1, παράγραφος 3, του εν λόγω γερμανικού νόμου περί προστασίας από τις απολύσεις, κατά το οποίο οι εργαζόμενοι με πλήρες ωράριο δεν μπορούν να συγκρίνονται με τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο, όταν πρόκειται για τη λεγόμενη επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων, την οποία καλείται να πραγματοποιήσει ο εργοδότης στην περίπτωση στην οποία καταργείται, για λόγους μειώσεως του κόστους διαχειρίσεως, θέση εργαζομένου με μειωμένο ωράριο.

21. Είναι προφανές ότι η προαναφερθείσα γερμανική ρύθμιση δεν συνεπάγεται καμία μορφή άμεσης διακρίσεως μεταξύ των εργαζομένων, για τον λόγο και μόνο ότι τα κριτήρια συγκρισιμότητας που προβλέπει δεν έχουν καμία σχέση με διακρίσεις λόγω φύλου. Αυτό βέβαια δεν αποκλείει, κατ' αρχήν τουλάχιστον, το ενδεχόμενο να δημιουργεί κάποια μορφή έμμεσης διακρίσεως. Αυτό ακριβώς ζητεί κατ' ουσία ο εθνικός δικαστής να εξακριβώσει το Δικαστήριο.

5 — Βλ. σημείο 7 των προτάσεών μου.

6 — Απόφαση της 12ης Φεβρουαρίου 1974, 146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf (Συλλογή τόμος 1974, σ. 85, σκέψη 3).

22. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει επανειλημμένα δεχθεί ότι «μια εθνική ρύθμιση ενέχει έμμεση διάκριση εις βάρος των γυναικών εργαζομένων όταν, μολονότι έχει διατυπωθεί κατά τρόπο ουδέτερο, αντιμετωπίζει δυσμενώς στην πραγματικότητα ένα πολύ μεγαλύτερο ποσοστό γυναικών απ' ό,τι ανδρών, εκτός εάν η διαφορετική αυτή μεταχείριση δικαιολογείται από παράγοντες αντικειμενικούς και άσχετους προς οποιαδήποτε διάκριση λόγω φύλου» [7].

23. Όσον αφορά πάντως την κατηγορία των εργαζομένων με μειωμένο ωράριο, διαπιστώνεται χωρίς δυσκολία ότι το χαρακτηριστικό της είναι ότι κατά κανόνα περιλαμβάνει κυρίως γυναίκες, πράγμα που σημαίνει ότι η ενδεχομένως δυσμενής μεταχείριση της κατηγορίας αυτής καταλήγει, σχεδόν αυτόματα, σε διάκριση λόγω φύλου. Η νομολογία του Δικαστηρίου έχει ασχοληθεί μέχρι σήμερα με περιπτώσεις στις οποίες η δυσμενής μεταχείριση των γυναικών οφειλόταν σε ρύθμιση που ενείχε άμεση διάκριση σε βάρος της εργασίας με μειωμένο ωράριο [8] και έχει δεχθεί ότι οι εθνικές διατάξεις οδηγούσαν σε έμμεση διάκριση σε βάρος των γυναικών και σε άμεση διάκριση σε βάρος των εργαζομένων με μειωμένο ωράριο.

Αντίθετα, στην προκειμένη περίπτωση η διάκριση σε βάρος των εργαζομένων με μειωμένο ωράριο είναι και αυτή έμμεση, δεδομένου ότι η δυσμενής μεταχείριση της κατηγορίας αυτής δεν προβλέπεται ρητά από την εθνική ρύθμιση, αλλά η εφαρμογή της ρυθμίσεως αυτής ενδέχεται να έχει αποτελέσματα που δημιουργούν διακρίσεις.

24. Με την απόφαση Bötel [9], το Δικαστήριο εξέτασε μια παρόμοια ρύθμιση με την επίμαχη εν προκειμένω, και συγκεκριμένα μια περίπτωση στην οποία τα δημιουργούντα διακρίσεις αποτελέσματα προέκυπταν από την εφαρμογή σε ειδικές καταστάσεις μιας εθνικής ρυθμίσεως που ήταν τυπικά ουδέτερη, και αποφάνθηκε ότι τα αποτελέσματα αυτά είναι ασυμβίβαστα με την αρχή της ισότητας, όταν δημιουργούν διαφορετική μεταχείριση που είναι δυσμενής για τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο και συνεπάγεται, τουλάχιστον κατά κανόνα, διάκριση λόγω φύλου. Αντικείμενο της υποθέσεως που είχε υποβληθεί στην κρίση του Δικαστηρίου ήταν η εθνική ρύθμιση που προέβλεπε ότι τα μέλη μιας επιτροπής εργαζομένων επιχειρήσεως που μετείχαν σε εκπαιδευτικά μαθήματα, αναγκαία για την άσκηση των δραστηριοτήτων της επιτροπής αυτής, έπρεπε να απαλλάσσονται από την υποχρέωση εργασίας χωρίς μείωση του μισθού τους. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η ρύθμιση αυτή ενείχε διάκριση σε βάρος των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο (και συνεπώς των γυναικών), επειδή τα εκπαιδευτικά αυτά μαθήματα υπερέβαιναν τον ατομικό χρόνο εργασίας των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο, με αποτέλεσμα να καταβάλλεται στους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο χαμηλότερη αποζημίωση για τη συμμετοχή τους στα μαθήματα αυτά από την αποζημίωση που καταβαλλόταν για τον ίδιο λόγο στους εργαζόμενους με πλήρες ωράριο.

7 — Απόφαση της 30ής Νοεμβρίου 1993, C-189/91, Kirsammer-Hack (Συλλογή 1993, σ. I-6185, σκέψη 22). Βλ. επίσης αποφάσεις της 2ας Οκτωβρίου 1997, C-100/95, Kording (Συλλογή 1997, σ. I-5289, σκέψη 30), της 9ης Φεβρουαρίου 1999, C-167/97, Seymour-Smith και Perez (Συλλογή 1999, σ. I-623, σκέψη 52), και της 10ης Φεβρουαρίου 2000, C-50/96, Deutsche Telekom (Συλλογή 2000, σ. I-743, σκέψη 28).

8 — Βλ., ειδικά όσον αφορά την αρχή της ισότητας των αμοιβών, τις αποφάσεις της 13ης Μαΐου 1986, 170/84, Bilka (Συλλογή 1986, σ. 1607), της 27ης Ιουνίου 1990, C-33/89, Kowalska (Συλλογή 1990, σ. I-2591), και της 7ης Φεβρουαρίου 1991, C-184/89, Nimz (Συλλογή 1991, σ. I-297).

9 — Απόφαση της 4ης Ιουνίου 1992, C-360/90 (Συλλογή 1992, σ. I-3589). Βλ. επί πλέον αποφάσεις της 6ης Φεβρουαρίου 1996, C-457/93, Lewark (Συλλογή 1996, σ. I-243), και της 7ης Μαρτίου 1996, C-278/93, Freers και Speckmann (Συλλογή 1996, σ. I-1165).

25. Η επίμαχη εν προκειμένω γερμανική ρύθμιση προβλέπει ότι ο επιχειρηματίας, όταν αποφασίζει την κατάργηση θέσης εργασίας για οικονομικούς λόγους, έχει την υποχρέωση να επιλέξει βάσει κοινωνικών κριτηρίων τον εργαζόμενο που θα απολυθεί και να προβεί στην επιλογή αυτή μεταξύ συγκρίσιμων εργαζομένων. Κατά την επιλογή αυτή οφείλει να εξατομικεύσει τον εργαζόμενο που θα υποστεί τη συγκριτικά μικρότερη ζημία λόγω της απολύσεως. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο είναι αναγκαίο να προσδιοριστούν οι κατηγορίες εργαζομένων μεταξύ των οποίων θα γίνει η σύγκριση.

Όπως ανέφερα προηγουμένως, τα γερμανικά δικαστήρια έχουν δεχθεί, όσον αφορά την ερμηνεία της έννοιας της συγκρισιμότητας, ότι δύο θέσεις εργασίας είναι συγκρίσιμες όταν ο εργοδότης μπορεί να μεταθέσει τους εργαζόμενους από τη μία θέση στην άλλη χωρίς να χρειάζεται επί πλέον να τροποποιήσει τη σύμβαση εργασίας τους. Αυτή η δυνατότητα μεταθέσεως προϋποθέτει προφανώς ότι η εργασιακή σχέση είναι ουσιαστικά η ίδια, πράγμα που συνεπάγεται ότι αποκλείεται η δυνατότητα συγκρίσεως των εργαζόμενων με πλήρες ωράριο προς τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο. Πράγματι, τα ίδια αυτά δικαστήρια τόνισαν ότι η μετάθεση ενός εργαζόμενου από μια θέση πλήρους απασχολήσεως σε θέση μειωμένης απασχολήσεως (και αντίστροφα) συνεπάγεται την τροποποίηση της συμβάσεως εργασίας, δεδομένου ότι οι δύο αυτές κατηγορίες εργαζομένων δεν είναι συγκρίσιμες.

Από τα ανωτέρω προκύπτει, κατά την άποψή μου, ότι, σε περίπτωση καταργήσεως θέσης εργασίας με μειωμένο ωράριο, οι καταστάσεις που μπορούν να ληφθούν υπόψη και να συγκριθούν προς τον σκοπό της βάσει κοινωνικών κριτηρίων επιλογής είναι μόνο οι καταστάσεις εργαζομένων με μειωμένο ωράριο, πράγμα που σημαίνει ότι μόνο οι εργαζόμενοι αυτοί υφίστανται τις επιζήμιες συνέπειες της καταργήσεως της θέσεως εργασίας: η κοινωνική κατάσταση των εργαζομένων αυτών, ακόμη και στην περίπτωση που πρόκειται για εργαζόμενους που βρίσκονται σε δυσμενέστερη θέση έναντι των εργαζόμενων με πλήρες ωράριο, θα αξιολογηθεί με μόνο κριτήριο τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο, οπότε περιορίζονται οι εγγυήσεις που προβλέπει ο γερμανικός νόμος για τους εργαζόμενους. Κατά συνέπεια, αν μεταξύ των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο το ποσοστό των γυναικών υπερτερεί σαφώς του ποσοστού των ανδρών, ο αριθμός των ανδρών εργαζομένων που θα ληφθούν υπόψη προς τον σκοπό της βάσει κοινωνικών κριτηρίων επιλογής θα είναι κατ' ανάγκη μικρότερος, με περαιτέρω συνέπεια να μην υπάρχει καμία εγγύηση επαρκούς προστασίας της διατηρήσεως της θέσεως εργασίας για τις εργαζόμενες που βρίσκονται σε ιδιαίτερα δυσμενή θέση και έχουν συνεπώς ανάγκη αυτής της ειδικής προστασίας.

26. Η Bankhaus αντικρούει την ανωτέρω ανάλυση. Κατά την Bankhaus, στην προκειμένη περίπτωση η εφαρμογή της εθνικής ρυθμίσεως δεν έχει στην πραγματικότητα καμία δυσμενή συνέπεια ούτε για τους εργαζόμενους με πλήρες ούτε για τους εργαζόμενους με μειωμένο ωράριο, διότι αφενός, στην περίπτωση καταργήσεως θέσεως εργασίας με μειωμένο ωράριο, δεν λαμβάνονται υπόψη για την επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων οι εργαζόμενοι με πλήρες ωράριο, οι οποίοι επομένως δεν διατρέχουν κανένα κίνδυνο απολύσεως, και αφετέρου, σε περίπτωση καταργήσεως θέσεως εργασίας με πλήρες ωράριο, οι εργαζόμενοι με μειωμένο ωράριο δεν περιλαμβάνονται μεταξύ αυτών που μπορούν να απολυθούν. Τούτο αποδεικνύει, κατά την Bankhaus, ότι στην πραγματικότητα όχι μόνο η ρύθμιση, αλλά και η εφαρμογή της, είναι συνολικά ουδέτερες, καθόσον οι διαφορετικές δυσμενείς καταστάσεις που δημιουρ-

γούνται ανάλογα με το αν η κατάργηση αφορά θέση εργασίας με πλήρες ωράριο ή με μειωμένο αντισταθμίζονται αμοιβαία. Η συλλογιστική αυτή δεν είναι πειστική. Δεν νομίζω δηλαδή ότι μπορεί να γίνει δεκτό ότι η ενδεχόμενη δυσμενής κατάσταση την οποία δημιουργεί η εφαρμογή εθνικής νομοθεσίας μπορεί να θεωρηθεί νόμιμη και, όσον αφορά την παρούσα υπόθεση, συμβατή με την οδηγία, αν «αντισταθμίζεται» από τα αποτελέσματα της εφαρμογής της σε διαφορετική κατάσταση.

27. Εφόσον γίνει δεκτό ότι η επίμαχη εν προκειμένω γερμανική ρύθμιση δημιουργεί άνιση μεταχείριση σε βάρος των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο, πρέπει πλέον να εξακριβωθεί αν η άνιση αυτή μεταχείριση δημιουργεί, δυνητικά έστω, διάκριση λόγω φύλου και, αν ναι, ποιες είναι οι προϋποθέσεις της δημιουργίας της διακρίσεως αυτής. Προς τούτο είναι αναγκαίο να εξατομικευθεί η κατηγορία εργαζομένων που πρέπει να ληφθεί υπόψη για να εξακριβωθεί αν υφίσταται δυσανολογία μεταξύ του αριθμού των θήλεων υπαλλήλων και του αριθμού των αρρένων υπαλλήλων. Επί του ζητήματος αυτού οι διάδικοι διατυπώνουν διαμετρικά αντίθετες απόψεις.

28. Η Bankhaus και η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι η κατηγορία αναφοράς για την εξακρίβωση της υπάρξεως δυσαναλογίας θα πρέπει να είναι η κατηγορία των μισθωτών της επιχειρήσεως που εργάζονται με μειωμένο ωράριο και ότι συνεπώς αποκλείεται στην προκειμένη περίπτωση η ύπαρξη οποιουδήποτε αποτελέσματος που να δημιουργεί διακρίσεις σε βάρος της ενάγουσας, αφού η Bankhaus απασχολούσε, όταν απολύθηκε η ενάγουσα, πέντε υπαλλήλους με μειωμένο ωράριο από τους οποίους τρεις ήσαν γυναίκες και δύο άντρες. Η ενάγουσα υποστηρίζει αντίθετα ότι, για να εξακριβωθεί αν η εθνική ρύθμιση έχει ενδεχομένως αποτελέσματα που δημιουργούν διακρίσεις σε βάρος των γυναικών, η κατηγορία αναφοράς θα πρέπει να περιλαμβάνει το σύνολο των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο στη Γερμανία. Το αιτούν δικαστήριο διατυπώνει ενδιάμεση άποψη, δεχόμενο ότι η κατηγορία αναφοράς αποτελείται από όλους τους εργαζόμενους ορισμένου τομέα.

29. Είμαι της γνώμης ότι δεκτή πρέπει να γίνει η άποψη του αιτούντος δικαστηρίου. Πράγματι, δεν θα είχε νόημα να ληφθούν υπόψη, προκειμένου να εξακριβωθεί αν ο αριθμός των γυναικών εργαζομένων είναι σαφώς μεγαλύτερος από ό,τι των ανδρών, οι μισθωτοί της επιχειρήσεως που εργάζονται με μειωμένο ωράριο. Πρέπει πράγματι να γίνει δεκτό ότι η κατάσταση μιας μεμονωμένης επιχειρήσεως δεν μπορεί να έχει αποφασιστική σημασία, ειδικά αν πρόκειται για μικρή επιχείρηση, προκειμένου να συναχθεί, βάσει του ποσοστού των γυναικών μεταξύ των εργαζομένων με μειωμένο ωράριο, η ύπαρξη έμμεσης διακρίσεως σε βάρος των γυναικών λόγω της αποφάσεως (κατόπιν επιλογής βάσει κοινωνικών κριτηρίων) να πραγματοποιηθεί η απόλυση γυναίκας κατόπιν της καταργήσεως θέσης εργασίας με μειωμένο ωράριο. Ομοίως, δεν νομίζω ότι είναι εύλογο να θεωρηθεί ως κατηγορία αναφοράς το σύνολο των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο εντός ενός κράτους μέλους, δεδομένου ότι οι όροι εργασίας και τα εργασιακά προβλήματα διαφέρουν κατά κανόνα από τον ένα τομέα της οικονομίας στον άλλο και ότι το στοιχείο αυτό δεν επιτρέπεται να μη λαμβάνεται υπόψη όταν ο επιχειρηματίας προβαίνει, κατόπιν της καταργήσεως θέσεως εργασίας, στη λεγόμενη επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων. Αντίθετα θεωρώ εύλογο, ακριβώς για τους λόγους που ανέφερα αμέσως παραπάνω, να θεωρηθεί ως κατηγορία αναφοράς η κατηγορία των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο στον τομέα στον οποίο ανήκει η επιχείρηση εντός της οποίας καταργήθηκε η θέση εργασίας με μειωμένο ωράριο. Συνέπεια τούτου είναι ότι η διαφορετική μεταχείριση των εργαζόμενων με μει-

ωμένο ωράριο έναντι των εργαζόμενων με πλήρες καταλήγει σε διάκριση λόγω φύλου μόνο στην περίπτωση κατά την οποία οι γυναίκες που εργάζονται με μειωμένο ωράριο στον τομέα της οικονομίας στον οποίο ανήκει η επιχείρηση στην οποία καταργείται η θέση εργασίας με μειωμένο ωράριο υπερτερούν αριθμητικά κατά πολύ έναντι των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο ανδρών. Εν πάση περιπτώσει, η εκτίμηση αυτή εναπόκειται οπωσδήποτε στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο πρέπει να εξακριβώσει, βάσει των στοιχείων που διαθέτει, αν υφίσταται δυσαναλογία και να αξιολογήσει το μέγεθος της δυσαναλογίας αυτής.

30. Αν πάντως διαπιστωθεί η ύπαρξη τέτοιας καταστάσεως, πρέπει επίσης να εξακριβωθεί ένα τελευταίο στοιχείο: αν η διαφορετική μεταχείριση των δύο κατηγοριών εργαζομένων μπορεί να θεωρηθεί ότι δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους που δεν έχουν καμία σχέση με διάκριση λόγω φύλου. Με άλλα λόγια, αν η εφαρμογή της εθνικής ρυθμίσεως αποβλέπει σε σκοπούς που δικαιολογούν τη διαφορετική μεταχείριση και αν τα μέσα που χρησιμοποιούνται για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού είναι αναγκαία και δεν είναι δυσανάλογα.

31. Συναφώς επιβάλλεται καταρχάς η παρατήρηση ότι, κατά πάγια πλέον νομολογία, «εν τέλει, στο εθνικό δικαστήριο, που είναι το μόνο αρμόδιο να εκτιμήσει τα πραγματικά περιστατικά και να ερμηνεύσει την εθνική νομοθεσία, απόκειται να κρίνει αν και σε ποιο βαθμό μια νομοθετική διάταξη που εφαρμόζεται ανεξαρτήτως του φύλου του εργαζομένου, πλήττει όμως στην πράξη περισσότερο τις γυναίκες παρά τους άνδρες, δικαιολογείται από λόγους αντικειμενικούς και ξένους προς οποιαδήποτε διάκριση βασιζόμενη στο φύλο». Εντούτοις, «το Δικαστήριο, καλούμενο να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο χρήσιμες απαντήσεις, είναι αρμόδιο να παράσχει, με βάση τη δικογραφία της κύριας δίκης και τις γραπτές και προφορικές παρατηρήσεις που του υποβλήθηκαν, στοιχεία που θα επιτρέψουν στο εθνικό δικαστήριο να εκδώσει την απόφασή του» [10].

32. Όπως τονίζει η Επιτροπή, στη διάταξη περί παροπομπής δεν μνημονεύονται ρητά στοιχεία που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τη διαφορετική μεταχείριση των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο έναντι των εργαζόμενων με πλήρες, την οποία έχει ως συνέπεια η εφαρμογή της γερμανικής ρυθμίσεως περί επιλογής βάσει κοινωνικών κριτηρίων. Όπως εξέθεσα ήδη, το αιτούν δικαστήριο διευκρινίζει απλώς ότι, κατά τη νομολογία του BAG, δύο θέσεις εργασίας δεν θεωρούνται κατά κανόνα συγκρίσιμες, όταν η μετάθεση του εργαζόμενου από τη μία θέση στην άλλη προϋποθέτει την τροποποίηση της συμβάσεως εργασίας, και ότι, εφόσον η μετατροπή μιας θέσης εργασίας από θέση μειωμένης απασχολήσεως σε θέση πλήρους απασχολήσεως (και αντίστροφα) προϋποθέτει την τροποποίηση της συμβάσεως εργασίας, αποκλείεται η δυνατότητα συγκρίσεως μεταξύ των εργαζόμενων με πλήρες και των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο, όταν πρόκειται να πραγματοποιηθεί η επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων.

33. Δεν νομίζω ότι μπορεί να γίνει δεκτό ότι οι ανωτέρω λόγοι δικαιολογούν τη διαφορε-

10 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7 απόφαση Seymour-Smith και Perez, σκέψεις 68 και 69. Βλ. επίσης την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 9 απόφαση Freers και Speckmann, σκέψη 24, και την απόφαση της 30ής Μαρτίου 1993, C-328/91, Thomas κ.λπ. (Συλλογή 1993, σ. I-1247, σκέψη 13).

τική μεταχείριση των δύο αυτών κατηγοριών εργαζομένων.

Συναφώς πρέπει, πρώτον, να ληφθεί υπόψη ότι η εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας, βάσει της ανωτέρω εκτεθείσας νομολογίας, έχει ως αποτέλεσμα ότι οι εργαζόμενοι με πλήρες ωράριο αποκλείονται αυτόματα και γενικά από την κατηγορία εργαζομένων τους οποίους αφορά η επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων, διότι ισχύει το τεκμήριο ότι το διαφορετικό ωράριο εργασίας αποκλείει σε κάθε περίπτωση τη δυνατότητα του εργαζόμενου με μειωμένου ωράριο να καταλάβει τη θέση εργαζόμενου με πλήρες ωράριο, καθόσον θα ήταν αναγκαία η τροποποίηση της συμβάσεως εργασίας και η ανάλογη μετατροπή της εργασιακής σχέσης. Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί επανειλημμένα ότι η «απλή γενίκευση που αφορά ορισμένες κατηγορίες εργαζομένων δεν καθιστά δυνατή τη συναγωγή κριτηρίων αντικειμενικών και ξένων προς κάθε διάκριση» [11]. Κατά συνέπεια, μολονότι γενικά μπορεί να γίνει δεκτό ότι το ωράριο εργασίας αποτελεί στοιχείο που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά τη σύγκριση δύο θέσεων εργασίας, εντούτοις η πραγματική σπουδαιότητά του εξαρτάται κατ' ανάγκη από τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως. Επί πλέον, όταν εξετάζονται οι περιστάσεις αυτές, το ωράριο εργασίας αποτελεί απλώς ένα από τα στοιχεία που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, μαζί π.χ. με τη φύση των ασκούμενων καθηκόντων ή τη δυνατότητα διαφορετικής κατανομής των καθηκόντων μεταξύ των διαφόρων υπαλλήλων, χωρίς να επηρεασθεί η αποδοτικότητά τους. Επομένως, η ανάγκη τροποποιήσεως της συμβάσεως εργασίας πρέπει να αξιολογείται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση βάσει των περιστάσεων.

Δεύτερον, τόσο στην περίπτωση κατά την οποία είναι αναπόφευκτη η μετατροπή της συμβάσεως εργασίας όσο και στην περίπτωση στην οποία δεν χρειάζεται καμία τροποποίηση για να μπορεί ο εργαζόμενος με μειωμένο ωράριο να καταλάβει τη θέση του εργαζόμενου με πλήρες ωράριο, η δυνατότητα συγκρίσεως των δύο αυτών κατηγοριών εργαζομένων, όταν πρόκειται να πραγματοποιηθεί η επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων, πρέπει να αξιολογείται πάντοτε σε σχέση με την αντίθεση των συμφερόντων που προκύπτει αναπόφευκτα μεταξύ του δικαιώματος του επιχειρηματία να οργανώνει τελείως ελεύθερα την εργασία εντός της επιχειρήσεώς του και αφετέρου του δικαιώματος των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο (και συνεπώς των γυναικών) να μην υφίστανται διακρίσεις. Μεταξύ των δύο αυτών συμφερόντων πρέπει να εξακριβώνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ποιο υπερισχύει και πρέπει επομένως να προστατεύεται περισσότερο [12]. Είναι δε περιτό να προστεθεί ότι στο εθνικό δικαστήριο και μόνο εναπόκειται να εξακριβώνει, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ποιο συμφέρον πρέπει να υπερισχύσει, αφού εξετάσει τις περιστάσεις που προσιδιάζουν στην εν λόγω περίπτωση.

Επομένως, μπορεί τελικά να γίνει δεκτό ότι η ανισότητα της μεταχειρίσεως των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο έναντι των εργαζό-

11 — Απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 1997, C-1/95, Gerster (Συλλογή 1997, σ. I-5253, σκέψη 39). Βλ. επίσης τις αποφάσεις Kording, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 23, και Nimz, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 8, σκέψη 14.

12 — Δεν είναι άσκοπο να υπενθυμιστεί ότι πρόσφατα το Δικαστήριο, με την απόφαση της 10ης Φεβρουαρίου 2000, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-270/97 και C-271/97, Deutsche Post (Συλλογή 2000, σ. I-929), εξετάζοντας το ζήτημα αν η μη δυνατότητα των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο να υπαχθούν σε επαγγελματικό συνταξιοδοτικό σύστημα συμβιβάζεται με την αρχή της ισότητας αμοιβών μεταξύ ανδρών και γυναικών εργαζομένων, δηλαδή ζήτημα διαφορετικό από το επίμαχο εν προκειμένω, δέχθηκε ότι «ο επιδιωκόμενος με το άρθρο 119 της Συνθήκης οικονομικός σκοπός, ο οποίος συνίσταται στην άρση των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού μεταξύ εγκατεστημένων σε διάφορα κράτη μέλη επιχειρήσεων, έχει δευτερεύοντα χαρακτήρα σε σχέση με τον επιδιωκόμενο με την εν λόγω διάταξη σκοπό, ο οποίος συνιστά έκφραση ενός θεμελιώδους δικαιώματος του ατόμου». Πιστεύω ότι ο ισχυρισμός ότι θα ήταν παράνομο να λαμβάνονται υπόψη μόνο οι εργαζόμενοι με μειωμένο ωράριο, όταν πρόκειται να πραγματοποιηθεί η επιλογή βάσει κοινωνικών κριτηρίων, μπορεί να αναχθεί στην ανωτέρω γενική αρχή.

μενων με πλήρες, όταν πρόκειται να γίνει η βάσει κοινωνικών κριτηρίων επιλογή κατόπιν της αποφάσεως καταργήσεως θέσης με μειωμένο ωράριο, μπορεί να δικαιολογείται αντικειμενικά στην περίπτωση μόνο κατά την οποία το εθνικό δικαστήριο διαπιστώσει ότι, ενόψει των πραγματικών περιστατικών, η δυνατότητα συγκρίσεως των δύο αυτών κατηγοριών εργαζομένων προϋποθέτει οπωσδήποτε περιορισμό της ελευθερίας του εργοδότη που είναι δυσανάλογος προς τον σκοπό της προστασίας των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο, στον οποίο αποδίδεται κατά κανόνα πρωταρχική σημασία.

Πρόταση

34. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει την εξής απάντηση στο ερώτημα του Landesarbeitsgericht Hamburg:

«Τα άρθρα 2 και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας, έχουν την έννοια ότι απαγορεύουν διάταξη όπως είναι το άρθρο 1, παράγραφος 3, του γερμανικού νόμου περί προστασίας από τις απολύσεις, κατά το οποίο, σύμφωνα με την ερμηνεία που του έχει προσδώσει η γερμανική νομολογία, δεν επιτρέπεται η σύγκριση των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο προς τους εργαζόμενους με πλήρες ωράριο, όταν ο εργοδότης προβαίνει, σε περίπτωση καταργήσεως θέσης εργασίας με μειωμένο ωράριο, στη βάσει κοινωνικών κριτηρίων επιλογή, υπό την προϋπόθεση πάντως αφενός ότι ο αριθμός των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο γυναικών στον τομέα της παραγωγής στον οποίο ανήκει η οικεία επιχείρηση υπερβαίνει σαφώς τον αριθμό των εργαζόμενων με μειωμένο ωράριο ανδρών και αφετέρου ότι η εν λόγω εφαρμογή δεν δικαιολογείται από αντικειμενικά κριτήρια που δεν έχουν καμία σχέση με διάκριση λόγω φύλου.»