CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO SAGGIO

apresentadas em 14 de Março de 2000 *

1. Pelo presente reenvio prejudicial, o Landesarbeitsgericht Hamburg (Tribunal Superior de Trabalho do Land de Hamburgo) solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a interpretação da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976 [1] (a seguir «directiva»), que concretiza, nos Estados-Membros, o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. Em particular, o órgão jurisdicional de reenvio pretende conhecer a interpretação do artigo 5.°, n.° 1, da referida directiva face à lei alemã sobre a protecção em matéria de despedimento, que, tal como interpretada pela jurisprudência nacional dominante, exclui, no âmbito da chamada «opção social» do assalariado a despedir, a comparabilidade entre trabalhadores a tempo completo e trabalhadores a tempo parcial.

As disposições comunitárias pertinentes

2. O artigo 2.°, n.° 1, da directiva define o princípio da igualdade de tratamento. Estabelece: «O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar». A seguir, o artigo 5.°, n.° 1, relativo à aplicação do referido princípio a todas as condições de trabalho, incluindo as relativas ao despedimento, dispõe que «a aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo».

3. O artigo 2.° da Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo (JO 1998, L 14, p. 6), directiva em si mesma não aplicável *ratione temporis* ao caso em apreço, dispõe, no n.° 1, que «para efeitos da presente directiva, entende-se por princípio da igualdade de tratamento a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada no sexo». O mesmo artigo, no n.° 2, estabelece que, «para efeitos do princípio da igualdade de tratamento referido no n.° 1, verifica-se uma situação de discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afecte uma propor-

* Língua original: italiano.

1 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

ção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por factores objectivos não relacionados com o sexo».

As disposições nacionais pertinentes

4. As disposições nacionais relevantes para o presente processo encontram-se no Kündingungsschutzgesetz (lei relativa à protecção em matéria de despedimento) (a seguir «KSchG»). Nos termos do artigo 1.°, n.os 1 e 2, desta lei, o despedimento de um assalariado que tenha trabalhado sem interrupção durante mais de seis meses na mesma empresa é ineficaz se for socialmente injustificado, isto é, se não for motivado por razões associadas à pessoa ou ao comportamento do trabalhador, ou a restrições que limitem fortemente a liberdade de acção da empresa, de modo que a supressão de um posto de trabalho determinado se revele necessária. Neste último caso, trata-se do despedimento dito «por motivos económicos».

Nos termos do n.° 3 deste mesmo artigo, o despedimento por razões económicas é igualmente injustificado quando, para a escolha do trabalhador a despedir, a entidade patronal não teve ou teve insuficientemente em conta as exigências sociais. Este número é geralmente interpretado no sentido de que a entidade patronal não pode decidir livremente quem vai despedir, devendo antes escolher, entre todos os trabalhadores que ocupem postos de trabalho comparáveis ao que vai ser suprimido, aquele que será menos afectado pela perda de emprego («opção social»).

5. O KSchG não especifica o que se deve entender por empregos comparáveis para efeitos de uma opção social. No entanto, de acordo com o despacho de reenvio, decorre da jurisprudência do Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal do Trabalho, a seguir «BAG») que, regra geral, a comparabilidade entre dois empregos deve ser apreciada à luz do conteúdo material do contrato de trabalho e, consequentemente, das características da actividade exercida. Para esse efeito, não é necessária uma identidade perfeita, bastando que as funções, ainda que diferentes, sejam, apesar de tudo, equivalentes. Logo, dois empregos são considerados comparáveis quando a entidade patronal, ao abrigo do seu direito de organizar a actividade da empresa, pode afectar qualquer dos dois trabalhadores ao outro emprego sem modificar os respectivos contratos de trabalho. Resulta ainda da jurisprudência do BAG que é impossível considerar como comparáveis os trabalhadores a tempo completo e os trabalhadores a tempo parcial: com efeito, a transformação da relação de emprego a tempo parcial em relação de emprego a tempo completo (e vice-versa) implica, em quaisquer circunstâncias, uma modificação do contrato.

6. Até à data do despacho de reenvio, o BAG nunca se tinha pronunciado especificamente sobre a comparabilidade entre empregos a tempo parcial e empregos a tempo completo para efeitos duma opção social. No entanto, na audiência, a recor-

rente afirmou, sem que tenha sido contestada, que o BAG tinha proferido recentemente duas decisões sobre esta questão. Resultaria dessas decisões que, em caso de supressão dum posto de trabalho a tempo parcial, os assalariados a tempo completo deveriam ser tidos em conta para efeitos da opção social caso a entidade patronal, ao suprimir o posto de trabalho, tenha tido como único objectivo reduzir o número total de horas de trabalho; inversamente, os mesmos assalariados não deveriam ser incluídos nesta opção se esta supressão de posto for a consequência de uma decisão da empresa de recorrer exclusivamente, para certos trabalhos, a trabalhadores a tempo completo, ou, noutros termos, de uma decisão relativa à organização da empresa, ditada, enquanto tal, por critérios associados à redução dos custos de gestão. Neste último caso, a decisão da entidade patronal deve ser considerada como a expressão do direito da entidade patronal de organizar a sua própria empresa, não podendo, pois, ser submetida a qualquer tipo de controlo, a menos que se revele manifestamente errónea, não razoável ou arbitrária.

Os factos e a questão prejudicial

7. B. Kachelmann (a seguir «recorrente») trabalhou durante mais de cinco anos ao abrigo de um contrato a tempo parcial (76,92%) na sucursal de Hamburgo da Bankhaus Hermann Lampe KG (a seguir «Bankhaus»), na qualidade de funcionária bancária qualificada e redactora diplomada bilingue alemão/inglês, tendo por função a gestão dos processos do sector de cobranças, é divorciada e tem a seu cargo três filhos, um dos quais profundamente deficiente.

8. Devido a uma redução do volume das suas actividades internacionais, a Bankhaus decidiu integrar o sector em que trabalhava a recorrente no sector, mais importante, das operações documentais. Em consequência, considerou que era necessário reduzir o número de assalariados, tendo, por carta de 21 de Junho de 1996, notificado a recorrente do seu despedimento por razões económicas, com efeitos a contar de 30 de Setembro de 1996.

9. Nessa época, a sucursal da Bankhaus em Hamburgo empregava cinco trabalhadores a tempo parcial, três dos quais homens e dois mulheres, e vinte e dois trabalhadores a tempo completo, sendo dez homens e doze mulheres. Destes últimos fazia parte a Sr.ª Grabbert, que trabalhava há cinco meses no sector de crédito.

10. A recorrente intentou no Arbeitsgericht Hamburg (Tribunal do Trabalho de Hamburgo) uma acção contra o seu despedimento, alegando que, ao adoptar a decisão relativa à supressão do seu posto de trabalho, a Bankhaus não tinha procedido à opção social prevista pela lei, na medida em que não comparara a sua situação com a da Sr.ª Grabbert, que exercia uma actividade equivalente. Este procedimento, ainda segundo a recorrente, devia ser considerado como ilegítimo também devido ao facto de esta se ter declarado disposta a aumentar o seu horário de trabalho.

11. O Arbeitsgericht negou provimento a este recurso, em 18 de Fevereiro de 1997, afirmando que, embora não restasse qualquer dúvida quanto ao facto de a recorrente se encontrar numa situação económica mais frágil do que a Sr.ª Grabbert, não era possível comparar as duas assalariadas. Com efeito, a Sr.ª Grabbert trabalhava em regime de tempo completo e, por isso, a entidade patronal não podia transferir a recorrente para o posto de trabalho dela apenas ao abrigo do seu poder de direcção e sem efectuar modificações no contrato de trabalho.

12. A recorrente interpôs recurso da decisão do Arbeitsgericht para o Landesarbeitsgericht Hamburg. Este órgão jurisdicional confirmou a decisão impugnada, reconhecendo que a Bankhaus emprega uma colaboradora a tempo completo diferente da recorrente, à qual são atribuídas funções comparáveis às exercidas por esta mesma recorrente, e afirmou que, de acordo com os critérios da opção social definidos no KSchG, esta última devia ser considerada como tendo maior necessidade de protecção relativamente à colaboradora a tempo completo. Além disso, o Landesarbeitsgericht confirmou que, à luz da jurisprudência dominante [2], haveria que excluir a possibilidade de comparar os trabalhadores a tempo completo com os trabalhadores a tempo parcial no âmbito da opção social, uma vez que a transformação de uma das relações laborais na outra pressupõe uma modificação do contrato de trabalho. No entanto, o Landesarbeitsgericht também acrescentou que, caso se considerasse que a recorrente não pode ser comparada a Sr.ª Grabbert apenas porque, até agora, trabalhou a tempo parcial, o seu despedimento poderia constituir uma discriminação indirecta baseada no sexo, interdita pelo direito comunitário.

13. Considerando que a resolução do litígio depende da interpretação da directiva, o Landesarbeitsgericht suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão:

«O artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE deve ser interpretado no sentido de que, para efeitos da aplicação do § 1, n.° 3, da Kündigungsschutzgesetz — no caso concreto, na redacção em vigor até 30 de Setembro de 1996 —, os trabalhadores do sexo feminino que trabalham a tempo parcial devem ser considerados, no âmbito da determinação da ordem dos despedimentos em função de critérios sociais (opção social), em situação equiparável à dos trabalhadores masculinos/femininos que trabalham a tempo inteiro, quando, em determinado sector, um número bastante mais elevado de mulheres do que de homens trabalha a tempo parcial?»

Quanto à admissibilidade

14. O Governo alemão manifesta dúvidas quanto à admissibilidade do pedido prejudicial, argumentando que o artigo 5.°, n.° 1, da directiva, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento às

2 — V. n.° 6 das presentes conclusões.

condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, não é pertinente para efeitos da resolução do litígio no processo principal, na medida em que, no caso em apreço, a opção social prevista pelo artigo 1.°, n.° 3, do KSchG respeita a dois trabalhadores do mesmo sexo e precisamente a dois trabalhadores de sexo feminino.

15. Esta tese não tem fundamento. Em primeiro lugar, há que considerar, de modo geral, que o reenvio prejudicial tem por objectivo «fornecer a qualquer órgão jurisdicional da Comunidade os elementos de interpretação do direito comunitário que lhe são necessários para a resolução de litígios reais que lhe são submetidos» [3] e que, para que esta cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça funcione, impõe-se uma repartição de funções entre estas duas categorias de órgãos jurisdicionais, que, segundo jurisprudência constante, implica que «compete apenas ao órgão jurisdicional nacional, chamado a decidir do litígio, que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma questão prejudicial para que possa proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal». Destas premissas, o Tribunal de Justiça retirou a conclusão de que «só pode rejeitar um pedido apresentado por um desses órgãos [nacionais] quando é manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal ou ainda quando não dispõe dos elementos de facto ou de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas» [4].

16. Não me parece que, aplicando estes critérios, se possa afirmar que, no presente caso, a resposta à questão seja manifestamente desprovida de pertinência para efeitos da resolução do litígio pendente perante o órgão jurisdicional nacional. Na realidade, há que considerar que a questão incide sobre os efeitos discriminatórios possíveis decorrentes, de maneira geral, da aplicação da lei alemã sobre a protecção em matéria de despedimento. Ora, como já vimos, a directiva executa precisamente, nos Estados-Membros, em matéria de relações laborais, o princípio fundamental de não discriminação baseada no sexo. Parece-me, pois, evidente que o respeito deste princípio não pode deixar de condicionar a aplicação correcta das disposições nacionais pertinentes e que há, pois, que considerar que um acórdão relativo ao alcance do princípio comunitário da igualdade de tratamento dos trabalhadores sem discriminação baseada no sexo no momento do despedimento é útil para as apreciações que incumbem ao juiz nacional.

17. O Governo alemão argumenta também que os elementos factuais descritos pelo juiz nacional no despacho de reenvio são

3 — Acórdão de 11 de Março de 1980, Foglia (104/79, Recueil, p. 745, n.° 11).

4 — Acórdão de 29 de Junho de 1999, Butterfly Music (C-60/98, Colect., p. I-3939, sublinhado nosso). V. também, para citar apenas os mais recentes, acórdãos de 28 de Novembro de 1991, Durighello (C-186/90, Colect., p. I-5773, n.os 8 e 9); de 26 de Outubro de 1995, Furlanis (C-143/94, Colect., p. I-3633, n.° 12); de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.os 59 a 61), e de 5 de Junho de 1997, Celestini (C-105/94, Colect., p. I-2971, n.os 21 e 22).

insuficientes para permitir que o Tribunal de Justiça se pronuncie. Esta observação parece-me igualmente sem fundamento. Com efeito, como sublinhou a Comissão, o despacho de reenvio, embora redigido de modo sintético e sem especificar as categorias de trabalhadores a considerar para determinar se existe discriminação baseada no sexo, contém, no entanto, suficiente informação sobre o contexto jurídico e sobre os elementos factuais para permitir que o Tribunal se pronuncie utilmente.

18. Finalmente, foi alegado na audiência que o pedido prejudicial se teria tornado inútil devido a uma recente decisão do BAG que definira os critérios que deviam servir de base para proceder à comparação entre trabalhadores a tempo completo e trabalhadores a tempo parcial para efeitos da opção social [5]. Esta observação é também desprovida de fundamento. Com efeito, cabe recordar que, como afirmou a Comissão, a exigência de garantia da segurança jurídica é, em princípio, suficiente para justificar a intervenção do Tribunal de Justiça [6], além de que, se o juiz nacional, que se pode presumir conhecer a nova jurisprudência nacional, não retirou o seu pedido, pode-se razoavelmente presumir que considera que a resposta à sua questão continua a ser necessária para a resolução do litígio no processo principal.

19. Com base nas considerações antecedentes, considero que a questão submetida pelo juiz nacional deve ser considerada admissível e que o Tribunal de Justiça se deve pronunciar quanto ao mérito.

Quanto ao mérito

20. O juiz nacional pergunta se os artigos 2.° e 5.°, n.° 1, da directiva, na medida em que proíbem toda a discriminação directa e indirecta nas condições de trabalho, impedem a aplicação do artigo 1.°, n.° 3, da lei alemã referida sobre a protecção em matéria de despedimento que considera que os trabalhadores a tempo completo não são comparáveis aos que trabalham a tempo parcial para efeitos da «opção social» que a entidade patronal é chamada a efectuar em caso de supressão de um emprego a tempo parcial, por razões de redução dos custos de gestão.

21. Manifestamente, a disposição alemã impugnada não dá lugar a qualquer forma de discriminação directa entre os trabalhadores pela simples razão de os critérios de comparabilidade que prevê não tomarem em consideração distinções baseadas no sexo. É evidente que isso não exclui, pelo menos num plano abstracto, que possa dar lugar a uma forma de discriminação indirecta. Substancialmente, é isso que o juiz de reenvio pede ao Tribunal que estabeleça.

5 — V. n.° 7 das presentes conclusões.

6 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (146/73, Recueil, p. 139, n.° 3; Colect., p. 85).

22. A este propósito, o Tribunal de Justiça afirmou reiteradamente que «uma regulamentação nacional comporta uma discriminação indirecta contra os trabalhadores femininos, muito embora formulada de modo neutro, quando prejudica de facto uma percentagem muito maior de mulheres do que de homens, a menos que essa diferença de tratamento se justifique por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo» [7].

23. Ora, no que respeita à categoria de trabalhadores a tempo parcial, é fácil observar que é caracterizada, em princípio, pela clara presença maioritária de mulheres, com a consequência de um eventual tratamento desfavorável desta categoria se traduzir, de facto, quase automaticamente, numa discriminação fundada no sexo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça teve, até agora, a ocasião de se pronunciar em processos em que o tratamento desfavorável das mulheres resultava de uma regulamentação que discriminava directamente o trabalho a tempo parcial [8], e considerou que as disposições nacionais davam lugar a uma discriminação indirecta relativamente às mulheres e directa relativamente ao trabalho a tempo parcial.

No presente caso, em contrapartida, a discriminação relativamente aos trabalhadores a tempo parcial é também indirecta, tendo em conta o facto de o tratamento que penaliza esta categoria não estar expressamente previsto pelo regime nacional, mas a aplicação deste regime poder ter efeitos discriminatórios.

24. No acórdão Bötel [9], o Tribunal de Justiça examinou uma regulamentação análoga à do presente litígio, ou seja, um caso em que as incidências discriminatórias resultam da aplicação de uma regulamentação nacional formalmente neutra a situações específicas, e considerou que essas incidências são incompatíveis com o princípio da igualdade quando dão lugar a um tratamento diferente e penalizador para os trabalhadores a tempo parcial, tratamento que, por si, implica, pelo menos em princípio, uma discriminação fundada no sexo. No caso submetido ao Tribunal de Justiça, a regulamentação nacional litigiosa previa que os membros de um comité de empresa participando em cursos de formação necessários ao exercício das actividades próprias do comité deviam ser dispensados das suas obrigações laborais sem redução do salário. O Tribunal de Justiça considerou que esta regulamentação comportava uma discriminação em relação aos trabalhadores a tempo parcial (e portanto às mulheres) dado que a duração dos cursos de formação era superior ao horário individual de trabalho dos trabalhadores a tempo parcial, com a consequência de estes últimos receberem, pelas horas passadas nos cursos, uma quantia inferior ao montante da indemnização das horas não trabalhadas pago, pelo mesmo motivo, aos trabalhadores a tempo completo.

7 — Acórdão de 30 de Novembro de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Colect., p. I-6185, n.° 22). V. ainda acórdãos de 2 de Outubro de 1997, Kording (C-100/95, Colect., p. I-5289, n.° 30); de 9 de Fevereiro de 1999, Seymour-Smith e Perez (C-167/97, Colect., p. I-623, n.° 52), e de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Telekom (C-50/96, Colect., p. I-743, n.° 28).

8 — V., especialmente no âmbito da igualdade de tratamento, os acórdãos de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Colect., p. 169); de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect, p. I-2591), e de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, Colect., p. I-297).

9 — Acórdão de 4 de Junho de 1992 (C-360/90, Colect., p. I-3589). V., ainda, os acórdãos de 6 de Fevereiro de 1996, Lewark (C-457/93, Colect., p. I-243), e de 7 de Março de 1996, Freers e Speckmann (C-278/93, Colect., p. I-1165).

25. A regulamentação alemã em apreço no presente processo dispõe que a entidade patronal, quando decide suprimir um posto de trabalho por razões associadas à redução dos custos de gestão, tem a obrigação de escolher o trabalhador a despedir segundo critérios sociais, e de efectuar essa escolha entre trabalhadores comparáveis. Ao fazê-lo, deverá proceder de modo que a sua escolha recaia no trabalhador que comparativamente seja menos afectado pelo despedimento, o que impõe que se identifiquem as categorias de trabalhadores nas quais deve ser efectuada a comparação.

Como acima referi, o órgão jurisdicional alemão, no âmbito da interpretação da noção de comparabilidade, afirmou que esta ocorre apenas quando a entidade patronal pode transferir os trabalhadores de um posto de trabalho para outro sem ter que modificar o seu contrato de trabalho. Isso pressupõe evidentemente a identidade substancial da relação de trabalho e, portanto, a exclusão da comparação entre trabalhadores a tempo completo e trabalhadores a tempo parcial. Com efeito, os mesmos juízes sublinharam que a transferência de um trabalhador de um posto de trabalho a tempo parcial para um posto de trabalho a tempo completo (e vice versa) implica a modificação do contrato, visto que estas duas categorias de trabalhadores não são comparáveis.

Em meu entender, isto tem como consequência que, em caso de supressão de um emprego a tempo parcial, as situações que podem ser tidas em consideração e comparadas para efeitos da opção social são unicamente as dos trabalhadores a tempo parcial e que apenas estes sofrem as consequências prejudiciais da supressão do posto: a situação social destes trabalhadores, mesmo quando se trata de trabalhadores mais desfavorecidos do que os que trabalham a tempo completo, será de facto apreciada apenas por referência aos trabalhadores a tempo parcial, o que limita as garantias dos trabalhadores submetidos à lei alemã. Por conseguinte, se, entre os trabalhadores empregados a tempo parcial, a percentagem de mulheres for claramente superior à dos homens, o número de trabalhadores de sexo masculino tomado em consideração para efeitos da opção social será necessariamente reduzido, com a consequência ulterior de não ser garantida uma protecção adequada com vista à manutenção do posto de trabalho da totalidade dos trabalhadores que se encontrem em condições particularmente desfavorecidas e com necessidade dessa protecção especial.

26. A Bankhaus contesta esta análise. Argumenta que, na realidade, no presente caso, a aplicação da regulamentação nacional não teria qualquer consequência desfavorável nem para os trabalhadores a tempo parcial nem para os trabalhadores a tempo completo. Com efeito, por um lado, em caso de supressão dum posto de trabalho a tempo parcial, os trabalhadores a tempo completo são excluídos da opção social e não correm o risco de ser despedidos e, por outro, em caso de supressão dum posto de trabalho a tempo completo, os trabalhadores a tempo parcial não fazem parte dos que podem ser despedidos. Isso demonstraria, sempre segundo a Bankhaus, que, na realidade, não só a regulamentação mas também a sua aplicação se mostrariam no conjunto neutras, na medida em que as diferentes situações de desvantagem mostradas, conforme a supressão respeita a um

emprego a tempo parcial ou a tempo completo, compensar-se-iam entre si. Este raciocínio não é convincente. Com efeito, não parece correcto considerar que uma eventual situação de desvantagem resultante da aplicação de uma regulamentação nacional possa ser considerada como legítima e, na parte relevante para o presente processo, compatível com a directiva, se é «compensada» pelos efeitos da aplicação da mesma regulamentação a uma situação diferente.

27. Depois de admitido que a regulamentação alemã em litígio no presente processo implica uma desigualdade de tratamento em prejuízo dos trabalhadores a tempo parcial, cabe agora determinar se, e em que condições, esta desigualdade dá lugar, mesmo apenas de forma potencial, a uma discriminação fundada no sexo. Para esse efeito, é necessário identificar o grupo de trabalhadores de referência: trata-se do grupo de trabalhadores a tomar em consideração para verificar se existe uma desproporção entre o número de empregados de sexo feminino e o de empregados de sexo masculino. Quanto a este aspecto, as partes apresentam teses opostas.

28. A Bankhaus e o Governo alemão sustentam que o grupo de referência para verificar a existência de uma desproporção deveria ser o dos trabalhadores a tempo parcial que trabalham na empresa e que, consequentemente, no caso em apreço, haveria que excluir qualquer efeito discriminatório em prejuízo da recorrente na medida em que, na ocasião do seu despedimento, a Bankhaus tinha cinco trabalhadores a tempo parcial, sendo três mulheres e dois homens. Em contrapartida, a recorrente, ao contrário, sustenta que, para verificar a existência de eventuais efeitos discriminatórios da regulamentação nacional face às mulheres, dever-se-ia considerar a totalidade dos trabalhadores a tempo parcial na Alemanha. O juiz de reenvio propõe uma tese intermédia, considerando que o grupo de referência é constituído pela totalidade dos trabalhadores num sector determinado.

29. Em minha opinião, há que seguir a tese proposta pelo juiz de reenvio. Com efeito, reportar-se aos trabalhadores a tempo parcial de uma empresa para determinar a eventual existência de uma clara maioria de trabalhadores femininos relativamente aos trabalhadores masculinos não teria qualquer sentido. Há, efectivamente, que considerar que a situação de uma única empresa, sobretudo no caso de uma empresa de dimensão limitada, pode não ser significativa para deduzir, a partir da percentagem de mulheres nela presentes entre os trabalhadores a tempo parcial, a existência de uma discriminação indirecta em prejuízo das mulheres resultante da opção (social) de proceder ao despedimento de uma mulher na sequência da supressão dum posto de trabalho a tempo parcial. Também não me parece razoável reportarmo-nos à totalidade dos trabalhadores a tempo parcial num Estado-Membro, devido ao facto de as modalidades de trabalho e os problemas de emprego terem, em princípio, características diferentes de sector para sector e de essa situação não poder ser posta de lado quando, devido à supressão de um posto de trabalho, a entidade patronal proceder à «opção social». Em contrapartida, precisamente em razão das considerações expostas, parece razoável que nos reportemos aos trabalhadores a tempo parcial do sector a que pertence a empresa que suprimiu um

posto de trabalho a tempo parcial. Isso implica que a diferença de tratamento dos trabalhadores a tempo parcial relativamente aos trabalhadores a tempo completo se traduz por uma discriminação fundada no sexo unicamente se, no sector de produção de que faz parte a empresa em que um posto de trabalho a tempo parcial foi suprimido, os trabalhadores a tempo parcial de sexo feminino forem claramente superiores em número aos de sexo masculino. Em quaisquer circunstâncias, portanto, esta apreciação incumbe ao juiz nacional que, com base nas informações de que dispõe, deve verificar se existe uma desproporção e apreciar a sua importância.

30. No entanto, face a uma situação análoga, cabe ainda verificar um último elemento: se a diferença de tratamento entre as duas categorias de trabalhadores pode ser considerada como justificada por razões objectivas e alheias a toda a discriminação fundadas no sexo. Noutros termos, se a aplicação da regulamentação nacional prosseguir objectivos adequados para justificar a diferença de tratamento e se os meios utilizados para alcançar o referido objectivo se revelam necessários e não desproporcionados.

31. Cabe, a este propósito, observar em primeiro lugar que, segundo jurisprudência actualmente constante, «é, em última análise, ao órgão jurisdicional nacional, que é o único competente para apreciar a matéria de facto e para interpretar a legislação nacional, que cabe estabelecer se e em que medida é que uma disposição legislativa aplicável independentemente do sexo do trabalhador, mas que atinge de facto uma percentagem consideravelmente mais elevada de mulheres do que de homens, se justifica por razões objectivas e estranhas a qualquer discriminação fundada no sexo». No entanto, «o Tribunal de Justiça, chamado a dar respostas úteis ao juiz nacional, tem competência para fornecer indicações baseadas nos autos do processo principal e nas observações escritas e orais que lhe foram apresentadas, susceptíveis de permitir ao órgão jurisdicional nacional decidir» [10].

32. Como salienta a Comissão, o despacho de reenvio não menciona expressamente as possíveis justificações da diferença de tratamento entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo completo resultante da aplicação da legislação alemã sobre a opção social. Como já disse, o juiz de reenvio limita-se a especificar que, segundo a jurisprudência do BAG, de maneira geral, dois empregos não podem ser considerados como comparáveis quando a transferência do trabalhador de um emprego para outro implicar uma modificação do contrato de trabalho, e que, uma vez que a transformação de um emprego a tempo parcial num emprego a tempo completo (e vice versa) implica uma modificação do contrato, está excluída a comparabilidade entre trabalhadores a tempo completo e trabalhadores a tempo parcial.

33. Não me parece que estas considerações possam bastar para justificar uma diferença

10 — Acórdão Seymour-Smith e Perez, já referido, nota 7, n.os 68 e 69. V. também os acórdãos Freers e Speckmann, já referido, nota 9, n.° 24, e de 30 de Março de 1993, Thomas e o. (C-328/91, Colect., p. I-1247, n.° 13).

de tratamento entre as duas categorias de trabalhadores.

A este respeito, cabe, em primeiro lugar, tomar em consideração que a aplicação da regulamentação nacional à luz da jurisprudência que acabei de citar implica que a exclusão dos trabalhadores a tempo completo da opção social se faça de forma automática e generalizada com fundamento na presunção segundo a qual a diferença em termos de horário de trabalho exclui sempre e em quaisquer circunstâncias a possibilidade de um trabalhador a tempo parcial poder assumir o emprego de um trabalhador a tempo completo, o que tornaria necessária uma modificação do contrato e uma transformação da relação laboral. O Tribunal de Justiça repetiu diversas vezes que uma «mera generalização relativa a determinadas categorias de trabalhadores, não permite... extrair critérios objectivos e estranhos a qualquer discriminação» [11]. Em consequência, ainda que, em princípio, se possa admitir que o horário de trabalho é um elemento a tomar em consideração no âmbito da comparação de dois empregos, também é verdade que o seu peso real depende necessariamente das circunstâncias do caso. Além disso, no âmbito destas circunstâncias, trata-se simplesmente de um dos elementos a tomar em consideração com, por exemplo, o tipo de actividades exercidas ou a possibilidade de repartir as actividades entre os diversos assalariados de uma forma diferente sem prejudicar a eficácia do trabalho. A necessidade de modificar o contrato de trabalho deve, pois, ser apreciada caso a caso, à luz das circunstâncias factuais.

Em segundo lugar, quer quando uma transformação do contrato de trabalho é inevitável como quando não é necessário proceder a modificações que permitam que os trabalhadores a tempo parcial assumam o posto do trabalhador a tempo completo, a comparabilidade entre as duas categorias de trabalhadores no âmbito da opção social deve sempre ser apreciada relativamente à oposição de interesses que não deixa de se manifestar entre, por um lado, o direito da entidade patronal de organizar o trabalho na sua empresa com toda a liberdade e, por outro, o direito dos trabalhadores (e portanto das mulheres) de não serem vítimas de discriminação. Entre estes dois interesses, cabe identificar caso a caso o que prevalece, o qual, enquanto tal, merece uma protecção mais importante [12]. É mesmo supérfluo acrescentar que a identificação, no caso em apreço, do interesse prevalecente, na medida em que está associado à determinação das circunstâncias próprias de cada caso, incumbe exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional.

Em definitivo, pode-se, pois, considerar que a desigualdade de tratamento entre os trabalhadores a tempo parcial e os trabalhadores a tempo completo, no âmbito de

11 — Acórdão de 2 de Outubro de 1997, Gerster (C-1/95, Colect., p. I-5253, n.º 39). V. ainda os acórdãos Kording, já referido, nota 7, n.º 23, e Nimz, já referido, nota 8, n.º 14.

12 — Não é inútil recordar que o Tribunal de Justiça afirmou recentemente, no seu acórdão de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Post (C-270/97 e C-271/97, Colect., p. I-929), em referência à compatibilidade com o princípio da igualdade das remunerações entre trabalhadores de sexo masculino e trabalhadores de sexo feminino da exclusão dos trabalhadores a tempo parcial da inscrição num regime profissional de segurança social, e portanto num contexto diferente do caso em apreço, que «a finalidade económica prosseguida pelo artigo 119.º do Tratado e que consiste na eliminação das distorções de concorrência entre as empresas estabelecidas em diferentes Estados-Membros assume um carácter secundário relativamente ao objectivo social prosseguido pela mesma disposição, que constitui a expressão de um direito fundamental da pessoa humana». Considero que a alegada ilegitimidade da tomada em consideração apenas dos trabalhadores a tempo parcial para efeitos da opção social recai precisamente no âmbito deste princípio.

uma opção social a efectuar na sequência da decisão de suprimir um emprego a tempo parcial, só pode encontrar uma justificação objectiva quando o órgão jurisdicional nacional verifica que, à luz dos factos, as duas categorias de trabalhadores só podem ser comparadas mediante uma limitação da liberdade da entidade patronal desproporcionada relativamente ao objectivo da protecção dos trabalhadores a tempo parcial, à qual se reconhece em princípio uma importância primordial.

Conclusão

34. À luz das considerações que antecedem, proponho ao Tribunal que responda do seguinte modo à questão apresentada pelo Landesarbeitsgericht Hamburg:

«Os artigos 2.° e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição como a do artigo 1.°, n.° 3, da lei alemã sobre a protecção em matéria de despedimento que, de acordo com a interpretação dela feita pela jurisprudência alemã, não considera que os trabalhadores a tempo parcial e os trabalhadores a tempo completo sejam comparáveis para efeitos da opção social que a entidade patronal é chamada a efectuar quando suprime um posto de trabalho a tempo parcial, desde que, no sector de produção de que faz parte a empresa analisada, o número de mulheres que trabalham a tempo parcial seja claramente superior ao número de homens que trabalham a tempo parcial e que a referida aplicação não seja justificada por critérios objectivos e alheios a qualquer discriminação fundada no sexo.»