JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ANTONIO SAGGIO
14 päivänä maaliskuuta 2000 *

1. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä Landesarbeitsgericht Hamburg (Hampurin ylempi alueellinen työtuomioistuin) pyytää yhteisöjen tuomioistuinta tulkitsemaan 9.2.1976 annettua neuvoston direktiiviä 76/207/ETY [1] (jäljempänä direktiivi), jolla toteutetaan jäsenvaltiossa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa. Erityisesti ennakkoratkaisukysymyksen esittänyt tuomioistuin pyytää tulkitsemaan edellä mainitun direktiivin 5 artiklan 1 kohtaa suhteessa Saksan irtisanomissuojasta annettuun lakiin, jota on vallitsevassa kansallisessa oikeuskäytännössä yleisimmin tulkittu siten, että se estää valittaessa irtisanottavaa työntekijää niin kutsutuin "sosiaalisin perustein" rinnastamasta kokopäivätyöntekijöitä ja osa-aikatyöntekijöitä.

Asian kannalta merkityksellinen yhteisön lainsäädäntö

2. Direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa määritellään tasa-arvoisen kohtelun periaate. Siinä todetaan seuraavaa: "Tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella." Saman direktiivin 5 artiklan 1 kohta koskee edellä mainitun periaatteen soveltamista kaikkiin työoloihin, mukaan lukien myös irtisanominen. Siinä säädetään, että "tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltamisella työoloihin, palvelussuhteen lakkauttamisen perusteet mukaan lukien, tarkoitetaan, että miehille ja naisille on taattava samat ehdot ilman sukupuoleen perustuvaa syrjintää".

3. Todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa 15 päivänä joulukuuta 1997 annetun neuvoston direktiivin 97/80/EY, jota *ajallisesti* ei voida soveltaa tässä esillä olevaan asiaan, 2 artiklan 1 kohdassa säädetään, että "tässä direktiivissä tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan sitä, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi eikä välillisesti". Kyseisen artiklan 2 kohdassa säädetään lisäksi, että "Edellä 1 kohdassa tarkoitetun tasa-arvoisen kohtelun periaatteen mukaisesti on kyse välillisestä syrjinnästä, jos jokin näennäisesti tasapuolinen käytäntö, säännös tai peruste vaikuttaa

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 39, s. 40.

haitallisesti huomattavasti suurempaan osaan toista sukupuolta olevia henkilöitä, jollei kyseinen säännös, peruste tai käytäntö ole tarkoituksenmukainen eikä sitä voida perustella asianosaisten sukupuoleen liittymättömillä puolueettomilla tekijöillä".

Asian kannalta merkityksellinen kansallinen lainsäädäntö

4. Nyt esillä olevaa asiaa koskeva kansallinen lainsäädäntö sisältyy Kündigungsschutzgesetziin (irtisanomissuojasta annettu laki) (jäljempänä KSchG). Lain 1 §:n 1 ja 2 momentissa säädetään, että sellaisen työntekijän irtisanominen, joka on työskennellyt keskeytyksettä yli kuusi kuukautta samassa yrityksessä, on oikeudellisesti pätemätön, jos se on sosiaalisesti perusteeton, toisin sanoen jos se ei johdu henkilöön liittyvistä seikoista tai palkkatyöntekijän käytöksestä taikka yrityksen toiminnan vapautta voimakkaasti rajoittavista seikoista, jotka tekevät jonkin tietyn toimen lakkauttamisen välttämättömäksi. Tässä tapauksessa kyseessä on niin kutsuttu "irtisanominen taloudellisista syistä".

Lain 1 §:n 3 momentissa säädetään, että irtisanominen taloudellisista syistä on perusteeton myös, jos työnantaja ei ole lainkaan tai riittävästi ottanut huomioon sosiaalisia näkökohtia valitessaan irtisanottavan työntekijän. Tätä momenttia tulkitaan yleensä siten, että työnantaja ei voi vapaasti päättää kenet irtisanoa, vaan valinta on tehtävä kaikkien niiden työntekijöiden välillä, joiden työtehtävä on rinnastettavissa lakkautettavaan työtehtävään siten, että irtisanotaan se työntekijä, jolle työn menettämisestä koituu vähiten vahinkoa (niin kutsuttu "valinta sosiaalisin perustein").

5. KSchG:ssä ei täsmennetä, mitä tarkoitetaan sosiaalisin perustein tehtävän valinnan kannalta toisiinsa rinnastettavilla työpaikoilla. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen mukaan Bundesarbeitsgerichtin (Liittovaltion työtuomioistuin; jäljempänä BAG) oikeuskäytännöstä käy kuitenkin ilmi, että yleensä kahden työtehtävän rinnastettavuus on arvioitava työsopimuksen aineellisen sisällön ja näin ollen työtehtävän luonteen perusteella. Tässä ei edellytetä täydellistä samanlaisuutta, vaan sitä, että erilaistenkin tehtävien on oltava toisiaan vastaavia. Tästä seuraa, että kahta työtehtävää pidetään rinnastettavina, kun työnantaja voi hänelle kuuluvien yrityksen toiminnan järjestämiseen liittyvien oikeuksien perusteella siirtää kahdesta työntekijästä kumman tahansa toiseen työtehtävään muuttamatta työntekijöiden työsopimuksia. BAG:n oikeuskäytännöstä ilmenee lisäksi, että näin ollen kokopäivätyöntekijöitä ja osa-aikatyöntekijöitä ei voida pitää toisiinsa rinnastettavina, koska työsuhteen muuttaminen osa-aikatyöstä kokopäivätyöksi (ja päinvastoin) edellyttää joka tapauksessa työsopimuksen muuttamista.

6. Ennen ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemistä BAG ei ollut koskaan antanut tuomiota nimenomaan osa-aikatyösuhteen ja kokopäivätyösuhteen rinnastettavuudesta sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa. Suullisessa käsittelyssä kantaja kuitenkin totesi, ilman että muut asianosaiset olisivat kiistäneet

väitteen, että BAG on hiljattain antanut kaksi tätä kysymystä koskevaa tuomiota. Kantajan mukaan näistä käy ilmi, että osa-aikaisen toimen lakkauttamisen yhteydessä kokopäivätyöntekijät olisi otettava huomioon sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa siinä tapauksessa, että työnantaja on työpaikan lakkauttaessaan pyrkinyt ainoastaan vähentämään tehtyjen työtuntien yhteismäärää, ja että näitä työntekijöitä ei sen sijaan otettaisi huomioon siinä tapauksessa, että työpaikan lakkauttaminen johtuu yrittäjän päätöksestä käyttää tietyissä työtehtävissä yksinomaan kokopäivätyöntekijöitä, toisin sanoen jos päätös koskee yrityksen toiminnan järjestelyä, jota liikkeenhoidon tehokkuus edellyttää. Viimemainitussa tapauksessa työnantajan päätöksen on katsottava olevan osa hänelle kuuluvaa oikeutta järjestellä yrityksen toimintaa eikä se näin ollen ole minkäänlaisen valvonnan kohteena, ellei se ole selvästi virheellinen, kohtuuton tai mielivaltainen.

8. Kansainvälisen toiminnan vähentyessä Bankhaus päätti yhdistää osaston, jolla kantaja työskenteli, suurempaan luotto-asioiden asiakirjaosastoon. Tämän seurauksena se katsoi, että työntekijöiden määrän vähentäminen oli välttämätöntä ja antoi siksi 21.6.1996 päivätyllä kirjeellä kantajalle tiedoksi, että hänet irtisanottiin taloudellisista syistä 30.9.1996 lukien.

9. Tuolloin Bankhausin Hampurin sivuliikkeessä työskenteli viisi osa-aikatyöntekijää, kolme miestä ja kaksi naista, sekä kaksikymmentäkaksi kokopäivätyöntekijää, kymmenen miestä ja kaksitoista naista. Yksi viimeksi mainituista oli myös Grabbert, joka oli työskennellyt viisi kuukautta luotto-osastolla.

Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymys

7. Kachelmann (jäljempänä kantaja) työskenteli yli viisi vuotta osa-aikaisena työntekijänä (76,92-prosenttisesti) Bankhaus Hermann Lampe KG:n (jäljempänä Bankhaus) Hampurin sivuliikkeessä pankkivirkailijana ja tutkinnon suorittaneena kirjeenvaihtajana (saksa/englanti) ja vastasi perintäosaston asiakirjahallinnosta. Hän on eronnut, ja hänellä on kolme lasta huollettavanaan, yksi heistä vakavasti vammainen.

10. Kantaja nosti irtisanomistaan koskevan kanteen Arbeitsgericht Hamburgissa (Hampurin työtuomioistuin) väittäen, että päättäessään toimen lakkauttamisesta Bankhaus ei ollut tehnyt lain edellyttämää valintaa sosiaalisin perustein, koska se ei ollut vertaillut kantajan ja vastaavassa työtehtävässä toimineen Grabbertin asemaa. Kantajan mukaan tätä oli pidettävä lainvastaisena myös siksi, että hän oli ilmoittanut olevansa valmis pidentämään työaikaansa.

11. Arbeitsgericht hylkäsi kanteen 18.2.1997 ja totesi, että vaikka ei ollut epäilystä siitä, että kantajan sosiaalinen asema oli heikompi kuin Grabbertin, vertailu näiden kahden työntekijän välillä oli mahdotonta, koska Grabbert oli kokopäivätyöntekijä ja koska työnantaja ei näin ollen voinut siirtää kantajaa Grabbertin työtehtävään pelkästään yrityksen johtamiseen liittyvien oikeuksien perusteella ja työsopimusta muuttamatta.

12. Kantaja valitti Arbeitsgerichtin tuomiosta Landesarbeitsgericht Hamburgiin Tämä tuomioistuin vahvisti kanteen kohteena olleen tuomion ja totesi, että Bankhaus pitää palveluksessaan naispuolista kokopäivätyöntekijää, joka ei ole kantaja ja jonka tehtävät ovat verrattavissa kantajan tehtäviin ja totesi, että KSchG:ssä määriteltyjen sosiaalisen perustein tehtävän valinnan edellytysten mukaan viimeksi mainitun oli katsottava tarvitsevan enemmän suojelua kuin kokopäivätyöntekijän. Lisäksi Landesarbeitsgericht korosti, että vallitsevan oikeuskäytännön mukaan[2] kokopäivätyöntekijöitä ja osa-aikatyöntekijöitä ei voida rinnastaa sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa, koska jommankumman työsuhteen muuttaminen toiseksi edellyttää työsopimuksen muuttamista. Landesarbeitsgericht kuitenkin lisäsi myös, että jos katsotaan, että kantajaa ei voida rinnastaa Grabbertiin pelkästään sen vuoksi, että hän on tähän mennessä ollut osa-aikatyöntekijä, hänen irtisanomisensa saattaisi olla yhteisön oikeudessa kiellettyä sukupuoleen perustuvaa välillistä syrjintää.

13. Koska Landesarbeitsgericht katsoi, että riita-asian ratkaisu riippuu direktiivin tulkinnasta, se lykkäsi pääasian käsittelyä ja esitti yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Onko direktiivin 76/207/ETY 5 artiklan 1 kohtaa tulkittava niin, että sovellettaessa Kündigungsschutzgesetzin (irtisanomissuojasta annettu laki) 1 §:n 3 momenttia, sellaisena kuin se oli voimassa 30.9.1996 asti, osapäivätyötä tekevät naispuoliset työntekijät on rinnastettava kokopäivätyötä tekeviin työntekijöihin valittaessa irtisanottavia työntekijöitä sosiaalisin perustein, kun jollakin alalla on osapäivätyössä olennaisesti enemmän naisia kuin miehiä?"

Tutkittavaksi ottaminen

14. Saksan hallitus on epäillyt, ettei ennakkoratkaisukysymystä voitaisi ottaa tutkittavaksi ja väittänyt, että direktiivin 5 artiklan 1 kohdalla, joka koskee tasaarvoisen kohtelun periaatteen soveltamista

2 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 6 kohta.

työoloihin, palvelussuhteen lakkauttamisen perusteet mukaan lukien, ei ole merkitystä pääasian ratkaisemisen kannalta, koska KSchG:n 1 §:n 3 momentissa säädetty sosiaalisin perustein tapahtuva valinta koskee nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa kahta samaa sukupuolta olevaa työntekijää, ja tarkkaan ottaen kahta naispuolista työntekijää.

15. Tämä väite on perusteeton. Ennen kaikkea on otettava huomioon, että yleisesti ottaen ennakkoratkaisumenettelyn tarkoitus on "esittää yhteisön alueen tuomioistuimille näissä tuomioistuimissa esillä olevien asioiden ratkaisujen kannalta tarpeellisia yhteisön oikeuden tulkintaan liittyviä seikkoja" [3] ja että kansallisten tuomioistuimien ja yhteisöjen tuomioistuimen välisen yhteistyön toiminnan vuoksi on välttämätöntä erottaa näiden kahden erilaisen tuomioistuimen tehtävät, mikä vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan merkitsee sitä, että "yksinomaan kansallisen tuomioistuimen, jossa asia on vireillä ja joka vastaa annettavasta ratkaisusta, tehtävänä on kunkin asian erityispiirteiden perusteella harkita muun muassa se, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi". Näiden seikkojen perusteella yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että se "voi jättää vastaamatta kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisukysymykseen ainoastaan, jos *on ilmeistä*, että kansallisen tuomioistuimen pyytämällä yhteisön säännösten tulkitsemisella ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin tai kohteeseen, tai jos yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tiedossaan niitä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka ovat tarpeen, jotta se voisi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyihin kysymyksiin". [4]

16. Mielestäni ei voida näitä edellytyksiä soveltaen todeta, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa ennakkoratkaisukysymykseen annettava vastaus olisi ilmeisen merkityksetön kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän riita-asian ratkaisemisen kannalta. On siis otettava huomioon, että ennakkoratkaisukysymys koskee irtisanomissuojasta annetun saksalaisen lain soveltamisesta yleisesti johtuvia mahdollisia syrjiviä vaikutuksia. Kuten olen jo todennut, direktiivillä toteutetaan jäsenvaltioissa, työsuhteiden osalta, juuri sukupuoleen perustuvan syrjinnän kieltämisen keskeinen periaate. Minusta on näin ollen ilmeistä, että tämän periaatteen noudattaminen ei voi olla vaikuttamatta kansallisen lainsäädännön oikeaan soveltamiseen ja että sen vuoksi tuomiota, joka koskee yhteisön periaatteen ulottuvuutta työntekijöiden tasa-arvoisessa kohtelussa irtisanomisen yhteydessä ilman sukupuolen perusteella tapahtuvaa erottelua, on pidettävä hyödyllisenä kansallisen tuomioistuimen suorittaman arvioinnin kannalta.

17. Saksan hallitus väittää myös, että kansallinen tuomioistuin ei ole ennakkoratkaisupyynnössään esittänyt riittävästi tosi-

3 — Asia 104/79, Foglia v. Novello I, tuomio 11.3.1980 (Kok. 1980, s. 745, Kok. Ep. V, s. 73, 11 kohta).

4 — Asia C-60/98, Butterfly Music, tuomio 29.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3939, 13 kohta, kursivointi tässä). Ks. myös, vain uusimmat tapaukset mainitakseni, asia C-186/90, Durighello, tuomio 28.11.1991 (Kok. 1991, s. I-5773, 8 ja 9 kohta); asia C-143/94, Furlanis, tuomio 26.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3633, 12 kohta); asia C-415/93, Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4921, 59—61 kohta) ja asia C-105/94, Celestini, tuomio 5.6.1997 (Kok. 1997, s. I-2971, 21 ja 22 kohta).

seikkoja, jotta yhteisöjen tuomioistuin voisi ratkaista asian. Tämäkin väite on mielestäni perusteeton. Kuten komissio on huomauttanut, vaikka ennakkoratkaisupyyntö on niukkasanainen ja vaikka siinä ei täsmennetä niitä työntekijöiden ryhmiä, joihin on viitattava sen toteamiseksi, esiintyykö sukupuoleen perustuvaa syrjintää, se kuitenkin sisältää riittävästi tietoja oikeudellisesta kontekstista ja tosiseikoista, jotta yhteisöjen tuomioistuin voi antaa hyödyllisen vastauksen sille esitettyyn kysymykseen.

18. Lopuksi totean, että suullisessa käsittelyssä väitettiin, että ennakkoratkaisukysymys olisi menettänyt merkityksensä, koska BAG on sittemmin antanut tuomion, jossa määritellään edellytykset, joiden perusteella kokopäivätyöntekijät ja osa-aikatyöntekijät voidaan rinnastaa sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa.[5] Myös tämä väite on perusteeton. On näet muistettava, kuten komissio on todennut, että oikeusvarmuuden takaaminen on yleensä sinänsä riittävä peruste yhteisöjen tuomioistuimen toimelle,[6] ja lisäksi on todettava, että koska kansallinen tuomioistuin, jonka voidaan olettaa tuntevan Saksan uuden lainsäädännön, ei ole peruuttanut kysymystään, on perusteltua olettaa, että se pitää ennakkoratkaisukysymyksen vastausta yhä tarpeellisena pääasian ratkaisun kannalta.

19. Näiden seikkojen perusteella katson, että kansallisen tuomioistuimen esittämä ennakkoratkaisukysymys voidaan ottaa tutkittavaksi ja että yhteisöjen tuomioistuimen on annettava ratkaisu asiakysymyksessä.

Asiakysymys

20. Kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, estävätkö direktiivin 2 artikla ja 5 artiklan 1 kohta, joissa kielletään kaikenlainen välitön ja välillinen syrjintä työoloissa, soveltamasta edellä mainitun irtisanomissuojasta annetun saksalaisen lain 1 §:n 3 momenttia, jonka mukaan kokopäivätyöntekijät eivät ole rinnastettavissa osa-aikatyöntekijöihin sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa, joka työnantajan on tehtävä, jos hän lakkauttaa osa-aikaisen toimen liikkeenhoidon tehokkuuteen liittyvistä syistä.

21. Edellä mainittu Saksan säännös ei selvästikään mahdollista välitöntä syrjintää työntekijöiden välillä pelkästään siksi, että siinä esitetyissä rinnastettavuuden edellytyksissä ei oteta huomioon sukupuoleen perustuvia eroja. On ilmeistä, ettei tämä kuitenkaan ainakaan abstraktilla tasolla estä sitä, että se saattaisi mahdollistaa jonkinlaisen välillisen syrjinnän. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin pyytää yhteisöjen tuomioistuinta tutkimaan pääasiallisesti juuri tämän seikan.

5 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 6 kohta.

6 — Asia 146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, tuomio 12.2.1974 (Kok. 1974, s. 139, 3 kohta).

22. Tämän osalta yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti todennut, että "naispuolisten työntekijöiden välillistä syrjintää on sellaisen kansallisen säännöksen tai määräyksen soveltaminen, joka tosin on sanamuodoltaan neutraali, mutta joka on epäedullinen huomattavasti suuremmalle prosenttimäärälle naisia kuin miehiä, ellei tämä erilainen kohtelu ole perusteltavissa seikoilla, jotka ovat objektiivisia ja joilla ei mitenkään syrjitä sukupuolen perusteella". [7]

23. Osa-aikatyöntekijöiden osalta on nyt syytä todeta, että yleensä huomattavasti suurempi osa heistä on naisia, ja siksi tähän ryhmään kohdistuva mahdollinen epäedullinen kohtelu on itse asiassa, lähes automaattisesti, sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on jatkuvasti käsitelty tapauksia, joissa naisten epäedullinen kohtelu on johtunut lainsäädännöstä, jossa osa-aikatyötä on syrjitty välittömästi, [8] ja yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että kansalliset säännökset ovat mahdollistaneet naisten välillisen syrjinnän ja osa-aikatyön välittömän syrjinnän.

Sen sijaan tässä esillä olevassa asiassa myös osa-aikatyöntekijöiden syrjintä on välillistä, koska mainitun ryhmän epäedullisesta kohtelusta ei ole nimenomaisesti säädetty kansallisessa lainsäädännössä, mutta tämän lainsäädännön soveltamisesta saattaa johtua syrjiviä vaikutuksia.

24. Asiassa Bötel [9] yhteisöjen tuomioistuin tutki nyt esillä olevan kaltaista lainsäädäntöä, toisin sanoen tapausta, jossa syrjivät vaikutukset johtuivat muodollisesti puolueettoman kansallisen lainsäädännön soveltamisesta erityistapauksiin, ja totesi, että tällaiset vaikutukset ovat yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisia silloin, kun ne mahdollistavat osa-aikatyöntekijöiden erilaisen ja epäedullisen kohtelun, joka puolestaan johtaa, ainakin yleensä, sukupuoleen perustuvaan syrjintään. Yhteisöjen tuomioistuimen käsittelemässä asiassa tarkasteltiin kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan erään yritysneuvoston jäsenet, jotka osallistuivat työryhmän työn kannalta välttämättömille kursseille, saivat vapaata työtehtävistään ilman palkan vähennystä. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tällainen säännöstö oli osa-aikatyöntekijöitä (ja siten naisia) syrjivä, koska ammatillisten kurssien kesto ylitti osa-aikatyöntekijöiden työajan, mistä oli seurauksena, että viimeksi mainitut saivat pienemmän korvauksen kurssiin käytetystä ajasta kuin kokopäivätyöntekijät, joille samasta syystä maksettiin palkkaa useammalta työstä vapaalta tunnilta.

7 — Asia C-189/91, Kirsammer-Hack, tuomio 30.11.1993 (Kok. 1993, s. I-6185, 22 kohta). Ks. myös asia C-100/95, Kording, tuomio 2.10.1997 (Kok. 1997, s. I-5289, 30 kohta); asia C-167/97, Seymour-Smith ja Perez, tuomio 9.2.1999 (Kok. 1999, s. I-623, 52 kohta) ja asia C-50/96, Deutsche Telekom, tuomio 10.2.2000 (Kok. 2000, s. I-743, 28 kohta).

8 — Ks. erityisesti samapalkkaisuuden osalta, asia 170/84, Bilka, tuomio 13.5.1986 (Kok. 1986, s. 1607; Kok. Ep. VIII, s. 607); asia C-33/89, Kowalska, tuomio 27.6.1990 (Kok. 1990, s. I-2591) ja asia C-184/89, Nimz, tuomio 7.2.1991 (Kok. 1991, s. I-297).

9 — Asia C-360/90, Bötel, tuomio 4.6.1992 (Kok. 1992, s. I-3589; Kok. Ep. XII, s. I-171). Ks. myös asia C-457/93, Lewark, tuomio 6.2.1996 (Kok. 1996, s. I-243) ja asia C-278/93, Freers ja Speckmann, tuomio 7.3.1996 (Kok. 1996, s. I-1165).

25. Nyt esillä olevassa Saksan lainsäädännössä säädetään, että päättäessään toimen lakkauttamisesta liikkeenhoidon tehokkuuteen liittyvistä syistä yrittäjän on valittava irtisanottava työntekijä sosiaalisten seikkojen perusteella ja tehtävä tämä valinta rinnastettavissa olevien työntekijöiden välillä. Hänen on valittava työntekijä, jolle irtisanomisesta koituu suhteellisesti vähemmän vahinkoa. Näin ollen on tarpeen määrittää ne työntekijäryhmät, joiden välillä vertailu on tehtävä.

Kuten edellä on esitetty, Saksan tuomioistuimet ovat rinnastettavuuden käsitettä tulkitessaan todenneet, että se toteutuu vain silloin, kun työnantaja voi siirtää työntekijöitä yhdestä työtehtävästä toiseen ilman, että heidän työsopimustaan on tarpeen muuttaa. Tämä luonnollisesti edellyttää, että työsuhteen sisältö on samanlainen, ja siksi kokopäivätyöntekijöitä ja osa-aikatyöntekijöitä ei voida rinnastaa. Mainitut tuomioistuimet ovat näet huomauttaneet, että työntekijän siirtäminen osa-aikaisesta toimesta kokopäiväiseen toimeen (ja päinvastoin) edellyttää työsopimuksen muuttamista, koska näitä ryhmiä ei voida rinnastaa.

Tästä seuraa mielestäni se, että kun osa-aikainen toimi lakkautetaan, voidaan sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa ottaa huomioon ja vertailla vain osa-aikatyöntekijöitä, ja näin ollen toimen lakkauttamisen kielteiset seuraukset koskevat vain heitä: näiden työntekijöiden sosiaalinen tilanne, siinäkin tapauksessa, että kyseessä olevien työntekijöiden tilanne on epäedullisempi kuin kokopäivätyöntekijöiden, arvioidaan kuitenkin vain suhteessa osa-aikatyöntekijöihin ja täten rajoitetaan Saksan lain mukaista työntekijöiden suojaa. Tästä seuraa, että jos osa-aikatyöntekijöistä selvästi suurempi prosenttimäärä on naisia kuin miehiä, sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa huomioon otettavien miespuolisten työntekijöiden lukumäärä on väistämättä pienempi, ja tästä edelleen seuraa, että sellaisille naispuolisille työntekijöille, joiden tilanne on erityisen epäedullinen ja jotka sen vuoksi tarvitsevat erityistä suojaa, ei voida taata asianmukaista suojaa työpaikan säilyttämiseksi.

26. Bankhaus riitauttaa tämän käsityksen. Sen mukaan esillä olevassa asiassa kansallisen lainsäädännön soveltamisesta ei tosiasiassa aiheudu mitään epäsuotuisia seurauksia kokopäivätyöntekijöille eikä osa-aikatyöntekijöille, koska toisaalta jos osa-aikainen toimi lakkautetaan, kokopäiväisiä työntekijöitä ei oteta huomioon sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa eikä heitä siis irtisanota, ja toisaalta, jos lakkautetaan kokopäiväinen toimi, osa-aikatyöntekijöitä ei voida irtisanoa. Edelleen Bankhausin mukaan tämä osoittaa, ettei ainoastaan lainsäädäntö, vaan myös sen soveltaminen, ovat tosiasiassa kaiken kaikkiaan puolueettomia, koska ne erilaiset epäedulliset tilanteet, jotka syntyvät sen mukaan, lakkautetaanko osa-aikainen vai kokopäiväi-

nen toimi, kompensoivat toisensa. Tämä päätelmä ei ole vakuuttava. Mielestäni ei näet ole perusteltua katsoa, että kansallisen lainsäädännön soveltamisen aiheuttamaa mahdollista epäedullista tilannetta voidaan pitää lainmukaisena ja, mitä nyt esillä olevaan asiaan tulee, direktiivin mukaisena, jos saman lainsäädännön soveltamisen vaikutukset eri tilanteessa "kompensoivat" sen.

27. Kun on todettu, että Saksan lainsäädäntö, jota esillä oleva asia koskee, antaa mahdollisuuden osa-aikatyöntekijöille epäedulliseen erilaiseen kohteluun, on seuraavaksi selvitettävä, mahdollistaako tällainen epätasa-arvo edes potentiaalisesti syrjinnän sukupuolen perusteella ja jos näin on, missä tapauksissa. Tätä varten on määritettävä työntekijöiden vertailuryhmä, toisin sanoen työntekijäryhmä, joka on otettava huomioon tutkittaessa, onko naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden lukumäärä epäsuhtainen. Tämän osalta asianosaiset esittävät vastakkaisia näkemyksiä.

28. Bankhaus ja Saksan hallitus väittävät, että vertailuryhmänä, jota käytetään epäsuhtaisuuden toteamiseksi, olisi käytettävä osa-aikatyöntekijöitä, jotka työskentelevät yrityksessä, ja että näin ollen ei esillä olevassa tapauksessa voida todeta syrjintää kantajan vahingoksi, koska silloin, kun hänet irtisanottiin, Bankhausissa työskenteli viisi osa-aikatyöntekijää, joista kolme oli naisia ja kaksi miehiä. Kantaja sen sijaan toteaa, että mahdollisten naisiin kohdistuvien syrjivien vaikutusten toteamiseksi kansallisessa lainsäädännössä, olisi viitattava kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin Saksassa. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esittää näiden väliltä löytyvää vertailuperustetta ja katsoo, että vertailussa olisi käytettävä kaikkia tietyllä alalla työskenteleviä henkilöitä.

29. Mielestäni on noudatettava ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen esittämää tapaa. Ei näet olisi perusteltua viitata samassa yrityksessä työskenteleviin osa-aikatyöntekijöihin sen toteamiseksi, onko joissakin työtehtävissä selvästi enemmän naisia kuin miehiä. On näet otettava huomioon, että yhden ainoan yrityksen tilanne voi olla sellainen — ennen kaikkea jos kyseessä on pienehkö yritys — että siinä osa-aikatyöntekijöinä työskentelevien naisten prosenttimäärästä saattaa olla harhaanjohtavaa tehdä päätelmiä, jotka koskevat naisten välillistä syrjintää, joka on seurausta siitä valinnasta, joka on tehtävä irtisanottavan naisen osalta (sosiaalisin perustein) silloin, kun osa-aikainen toimi lakkautetaan. Vastaavasti en pidä järkevänä vertailua kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin tietyssä jäsenvaltiossa, koska työmuodot ja työllisyyteen liittyvät ongelmat ovat yleensä eri aloilla erilaisia eikä tätä seikkaa voida jättää huomioon ottamatta, kun yrittäjä tekee toimen lakkauttamisen vuoksi niin kutsutun valinnan sosiaalisin perustein. Juuri näiden edellä esitettyjen seikkojen vuoksi on sen sijaan mielestäni järkevää viitata niihin osa-aikatyöntekijöihin, jotka työskentelevät

samalla alalla kuin se yritys, josta osa-aikainen toimi on lakkautettu. Tästä seuraa, että osa-aikatyöntekijöiden ja kokopäivätyöntekijöiden erilainen kohtelu on syrjintää sukupuolen perusteella vain, jos alalla, jolla yritys, josta osa-aikainen toimi on lakkautettu, on naispuolisia osa-aikatyöntekijöitä huomattavasti enemmän kuin miehiä. Joka tapauksessa tämän arvion tekeminen on kansallisen tuomioistuimen asia, ja sen on tiedossaan olevien tosiseikkojen perusteella tutkittava, onko epäsuhta todettavissa, ja arvioitava epäsuhdan laajuus.

30. Siinä tapauksessa, että tällainen tilanne todetaan, on kuitenkin tutkittava vielä eräs seikka: voidaanko kahden työntekijäryhmän erilaista kohtelua perustella seikoilla, jotka ovat objektiivisia ja joilla ei mitenkään syrjitä sukupuolen perusteella. Toisin sanoen pyritäänkö kansallisen säännöksen soveltamisella päämääriin, joilla erilainen kohtelu voidaan perustella ja voidaanko päämäärän tavoittelussa käytettyjen keinojen todeta olevan tarpeellisia eikä epäsuhteisia.

31. Tämän osalta on todettava, että nykyisin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan "viime kädessä kansallisen tuomioistuimen, jonka yksinomaiseen toimivaltaan tosiseikkojen arviointi ja kansallisen lainsäädännön tulkinta kuuluvat, on päätettävä, onko lain säännös, jota sovelletaan työntekijän sukupuolesta riippumatta, mutta joka tosiasiallisesti koskee huomattavasti suurempaa prosenttiosuutta naisista kuin miehistä, perusteltu objektiivisilla ja sukupuoleen perustuvaan syrjintään liittymättömillä syillä, ja miltä osin se on perusteltu". Tästä huolimatta "yhteisöjen tuomioistuin, jolta on pyydetty kansallista tuomioistuinta hyödyttäviä vastauksia, voi kuitenkin kansallisen tuomioistuimen ratkaisua helpottaakseen antaa ohjeita pääasian asiakirjojen ja sille esitettyjen kirjallisten ja suullisten huomautusten perusteella". [10]

32. Kuten komissio toteaa, ennakkopyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä ei ole nimenomaisesti esitetty mahdollisia osa-aikatyöntekijöiden ja kokopäivätyöntekijöiden sosiaalisin perustein tehtävää valintaa koskevasta Saksan laista johtuvan erilaisen kohtelun perusteluja. Kuten olen jo todennut, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ainoastaan toteaa, että BAG:n oikeuskäytännön mukaan kahta työsuhdetta ei yleensä voida pitää rinnastettavina, jos työntekijän siirtäminen yhdestä työtehtävästä toiseen edellyttäisi työsopimuksen muuttamista, ja että koska siirto osa-aikatyöstä kokopäivätyöhön (ja päinvastoin) yleensä edellyttää työsopimuksen muuttamista, kokopäivätyöntekijöitä ja osa-aikatyöntekijöitä ei voida rinnastaa sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa.

33. Mielestäni näillä seikoilla ei voida perustella kahden työntekijäryhmän erilaista kohtelua.

10 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Seymour-Smith ja Perez, 68 ja 69 kohta. Ks. myös edellä alaviitteessä 9 mainittu asia Freers ja Speckmann, 24 kohta ja asia C-328/91, Thomas ym., tuomio 30.3.1993 (Kok. 1993, s. I-1247, 13 kohta).

Tämän osalta on ensinnäkin otettava huomioon, että kansallisen lainsäädännön soveltaminen, edellä esitetyn oikeuskäytännön perusteella, johtaa siihen, että kokopäivätyöntekijöiden huomiotta jättäminen sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa tapahtuu automaattisesti ja yleisesti sen olettamuksen perusteella, että työajan ero johtaa kaikissa tapauksissa siihen, ettei osa-aikatyöntekijää voida siirtää kokopäivätyöntekijän paikalle, koska tämä edellyttäisi työsopimuksen ja työsuhteen muuttamista. Yhteisöjen tuomioistuin on useassa yhteydessä todennut, että kun "tehdään pelkästään työntekijöiden tiettyjä luokkia koskevia yleistyksiä, sen perusteella ei voida johtaa sellaisia objektiivisia arviointiperusteita, jotka eivät mitenkään liity sukupuoleen perustuvaan syrjintään". [11] Näin ollen, vaikka yleensä voidaan katsoa, että työaika on seikka, joka kahta työtehtävää rinnastettaessa otetaan huomioon, sen todellinen merkitys riippuu kuitenkin välttämättä kuhunkin yksittäiseen tapaukseen liittyvistä olosuhteista. Tällaisissa olosuhteissa se on lisäksi vain yksi harkittavista seikoista, joita ovat esimerkiksi työtehtävien laatu tai mahdollisuus jakaa tehtäviä eri työntekijöiden kesken eri tavoin työn tehokkuutta vaarantamatta. Tarve työsopimuksen muuttamiseen on siten arvioitava tapauskohtaisesti tosiseikkojen perusteella.

Toiseksi totean, että sekä silloin, kun työsopimuksen muuttaminen on välttämätöntä ja silloin, kun muuttamista ei tarvita, jotta osa-aikatyöntekijä voi siirtyä kokopäivätyöntekijän paikalle, kahden työntekijäryhmän rinnastettavuus sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa on aina arvioitava suhteessa etujen vastakkainasetteluun, joka väistämättä syntyy toisaalta työnantajalle kuuluvan yrityksensä toiminnan vapaan järjestämisen oikeuden ja toisaalta osa-aikatyöntekijöiden (ja tämän vuoksi naisten) tasa-arvoisen kohtelun oikeuden välille. Näistä kahdesta edusta on tapauskohtaisesti valittava ensisijainen oikeus, joka sellaisena ansaitsee tehokkaamman suojan. [12] Lienee tarpeetonta lisätä, että koska ensisijaisen edun määrittäminen yksittäisissä tapauksissa on sidoksissa kunkin tapauksen olosuhteisiin, sen määrittäminen on yksinomaan kansallisen tuomioistuimen asia.

Voidaan siten katsoa, että silloin, kun osa-aikaisen toimen lakkauttamista koskevan päätöksen seurauksena tehdään valinta sosiaalisin perustein, voidaan osa-aika-

11 — Asia C-1/95, Gerster, tuomio 2.10.1997 (Kok. 1997, s. I-5253, 39 kohta). Ks. myös edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Kording, 23 kohta ja edellä alaviitteessä 8 mainittu asia Nimz, 14 kohta.

12 — Lienee hyödyllistä huomauttaa, että yhdistetyissä asioissa C-270/97 ja C-271/97, Sievers ja Schrage, tuomio 10.2.2000 (Kok. 2000, s. I-929), yhteisöjen tuomioistuin tutki hiljattain, sopiiko se seikka, etteivät osa-aikatyöntekijät voineet kuulua ammatilliseen eläkejärjestelmään, yhteen naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden samapalkkaisuusperiaatteen kanssa, ja totesi, toisessa asiayhteydessä kuin mistä tässä esillä olevassa asiassa on kysymys, että "perustamissopimuksen 119 artiklan taloudellinen tavoite eli eri jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten välisen kilpailun vääristymisen ehkäiseminen on toissijainen verrattuna tämän saman määräyksen sosiaaliseen tavoitteeseen, joka on ilmaus yhdestä perustavanlaatuisesta ihmisoikeudesta". Katson, että se, että vain osa-aikatyöntekijöiden huomioon ottaminen sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa voidaan todeta lainvastaiseksi, johtuu juuri tästä periaatteesta.

työntekijän ja kokopäivätyöntekijän erilainen kohtelu perustella objektiivisesti ainoastaan siinä tapauksessa, että kansallinen tuomioistuin toteaa tosiasioiden perusteella, ettei kahta työntekijäryhmää voida rinnastaa rajoittamatta työnantajan vapautta tavalla, joka on epäsuhtainen yleensä ensisijaisena pidettävään osa-aikatyöntekijöiden suojaan nähden.

Ratkaisuehdotus

34. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Landesarbeitsgericht Hamburgin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun direktiivin 76/207/ETY 2 artiklaa ja 5 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että Saksan irtisanomissuojasta annetun lain 1 §:n 3 momentin kaltainen säännös, jota Saksan oikeuskäytännössä on tulkittu siten, että osa-aikatyöntekijöitä ja kokopäivätyöntekijöitä ei voida rinnastaa toisiinsa sosiaalisin perustein tehtävässä valinnassa, joka työnantajan on tehtävä osa-aikatointa lakkauttaessaan, on direktiivin vastainen, jos yrityksen toimialalla on osa-aikatyötä tekeviä naisia huomattavasti enemmän kuin osa-aikatyötä tekeviä miehiä ja jos tällaista soveltamista ei voida perustella objektiivisin ja sukupuoleen perustuvaan syrjintään liittymättömin syin.