FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 14 mars 2000 *

1. Med förevarande begäran om förhandsavgörande begär Landesarbeitsgericht Hamburg (Arbetsöverdomstolen i Hamburg) att domstolen skall uttala sig om tolkningen av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 [1] (nedan kallat direktivet), genom vilket principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor skall omsättas i praktiken i medlemsstaterna. Den hänskjutande domstolen begär särskilt att få veta hur artikel 5.1 i det nämnda direktivet skall tolkas i förhållande till den tyska lagen om skydd mot uppsägning, enligt vilken, såsom den tolkas enligt gällande nationell rättspraxis, heltidsanställda och deltidsanställda arbetstagare inte kan anses vara jämförbara vid det så kallade sociala urvalet av den arbetstagare som skall sägas upp.

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

2. I artikel 2.1 i direktivet definieras principen om likabehandling. Artikeln har följande lydelse: "I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus." Artikel 5.1 reglerar tillämpningen av ovannämnda princip på alla arbetsvillkor, inklusive villkoren för uppsägning. I artikeln föreskrivs att "tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön".

3. I artikel 2 i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering, vilket av tidsmässiga skäl *(ratione temporis)* inte är tillämpligt på förevarande fall stadgas att "[i] detta direktiv avses med principen om likabehandling att ingen som helst diskriminering får ske på grundval av kön, varken direkt eller indirekt". I artikel 2.2 föreskrivs att "[e]nligt den princip om likabehandling som anges i punkt 1 föreligger indirekt diskriminering när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt miss-

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191.

gynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön".

Tillämpliga nationella bestämmelser

4. De i förevarande fall tillämpliga nationella bestämmelserna återfinns i Kündigungsschutzgesetz (lag om anställningsskydd) (nedan kallad KSchG). I 1 § punkterna 1—2 i denna lag stadgas att uppsägning av en arbetstagare vars anställning oavbrutet har pågått längre tid än sex månader i samma företag är ogiltig om den är socialt oberättigad, det vill säga om den inte är motiverad av skäl, vilka är hänförliga till arbetstagarens person eller beteende eller av krav som starkt begränsar företagets handlingsfrihet och gör det nödvändigt att dra in en viss tjänst. I det senare fallet handlar det om så kallad uppsägning av ekonomiska skäl.

I 1 § punkt 3 stadgas att även en uppsägning av ekonomiska skäl är oberättigad om arbetsgivaren inte har beaktat eller inte i tillräckligt hög grad har beaktat sociala faktorer vid urvalet av arbetstagaren. Denna bestämmelse tolkas vanligen så att arbetsgivaren inte fritt kan bestämma vem han skall säga upp utan, bland alla de anställda som har tjänster vilka är jämförbara med den som skall dras in, måste välja den arbetstagare som lider minst skada av förlusten av anställningen (det så kallade "sociala urvalet").

5. I KSchG anges inte närmare vad som skall förstås med jämförbara tjänster vid ett socialt urval. Enligt beslutet om hänskjutande framgår det dock av rättspraxis från Bundesarbeitsgericht (Högsta arbetsdomstolen i Tyskland, nedan kallad BAG) att frågan huruvida två anställningar är jämförbara i allmänhet måste besvaras med ledning av det materiella innehållet i anställningsavtalet och således med ledning av de kännetecknande egenskaperna hos den verksamhet som bedrivs. För detta krävs inte att de verksamheter som bedrivs är fullständigt identiska, utan det räcker att de, även om de är olika, i vart fall är likvärdiga. Härav följer att två tjänster anses vara jämförbara då arbetsgivaren, med stöd av sin rätt att organisera verksamheten i företaget, kan tilldela vilken som helst av de två anställda den andra tjänsten utan att ändra respektive anställningsavtal. Av rättspraxis från BAG framgår vidare att heltidsanställda och deltidsanställda arbetstagare inte kan anses jämförbara, eftersom förändring av en deltidsanställning till en heltidsanställning (eller tvärtom) i vart fall medför en ändring av anställningsavtalet.

6. Intill dagen för beslutet om hänskjutande hade BAG aldrig speciellt tagit ställning till frågan huruvida deltidsanställningar och heltidsanställningar är jämförbara vid ett socialt urval. Under sammanträdet har sökanden dock utan att bli

emotsagd framfört att BAG på senare tid har avkunnat två domar i denna fråga. Av dessa framgår att heltidsanställda vid indragning av en deltidstjänst skall beaktas vid det social urvalet, om arbetsgivarens enda mål vid indragning av tjänsten varit att minska det totala antalet arbetstimmar, men att de heltidsanställda däremot inte skall beaktas om indragningen är en följd av företagarens beslut att för vissa arbetsuppgifter uteslutande använda heltidsanställda arbetstagare, det vill säga ett beslut om företagets organisation som har företagsekonomiska skäl. I det senare fallet skall arbetsgivarens beslut anses vara ett uttryck för företagschefens rätt att styra organisationen av sitt företag och kan således inte överprövas på något sätt, såvida det inte visar sig vara uppenbarligen felaktigt, orimligt eller godtyckligt.

8. På grund av en minskning av omfattningen av dess internationella verksamhet beslöt Bankhaus att slå samman den avdelning där sökanden arbetade med den större dokumenthanteringsavdelningen. Till följd härav ansågs det nödvändigt att minska antalet anställda och sökanden sades därför upp av ekonomiska skäl, genom skrivelse av den 21 juni 1996, med verkan från och med den 30 september 1996.

9. Bankhaus' filial i Hamburg hade vid denna tidpunkt fem deltidsanställda, varav tre män och två kvinnor, och tjugotvå heltidsanställda, varav tio män och tolv kvinnor. Bland de senare fanns även fru Grabbert, som sedan fem månader arbetade på kreditavdelningen.

Bakgrund och tolkningsfrågan

7. Bärbel Kachelmann (nedan kallad sökanden) var sedan mer än fem år anställd på deltid (76,92 procent) vid Bankhaus Hermann Lampe KG:s filial i Hamburg (nedan kallat Bankhaus) som kvalificerad bankanställd och utbildad tvåspråkig (tyska/engelska) medarbetare och ansvarig för dokumenthanteringen på inkassoavdelningen. Bärbel Kachelmann är frånskild och har vårdnaden om tre barn, varav ett är svårt handikappat.

10. Sökanden väckte talan avseende uppsägningen vid Arbeitsgericht Hamburg (Arbetsdomstolen i Hamburg) och gjorde gällande att Bankhaus vid beslutet om indragning av hennes tjänst inte hade gjort det sociala urval som föreskrivs i lagen, då Bankhaus inte hade jämfört hennes situation med situationen för fru Grabbert, som utövade en motsvarande verksamhet. Enligt sökanden borde detta anses vara rättsstridigt med hänsyn även till det faktum att hon hade förklarat sig vara beredd att förlänga sin arbetstid.

11. Arbeitsgericht lämnade den 18 februari 1997 talan utan bifall och fastslog att även om sökanden utan tvivel hade en svagare social ställning än fru Grabbert var det inte möjligt att göra någon jämförelse mellan de båda anställda. Fru Grabbert var nämligen heltidsanställd och arbetsgivaren kunde av den anledningen inte med stöd enbart av sin befogenhet att leda företaget och utan att ändra anställningsavtalet omplacera sökanden till fru Grabberts tjänst.

12. Sökanden överklagade Arbeitsgerichts beslut till Landesarbeitsgericht Hamburg (Arbetsöverdomstolen i Hamburg). Denna domstol fann i enlighet med det överklagade beslutet att Bankhaus hade en annan heltidsanställd arbetstagare än sökanden vars arbetsuppgifter var jämförbara med sökandens och fann att sökanden enligt kriterierna i KSchG för socialt urval måste anses vara i större behov av skydd än den heltidsanställda arbetstagaren. Landesarbeitsgericht fann dessutom att heltidsanställda och deltidsanställda mot bakgrund av gällande rättspraxis [2] inte kan anses vara jämförbara vid det sociala urvalet av den anledningen att anställningsavtalet måste ändras för att den ena anställningsformen skall kunna omvandlas till den andra. Landesarbeitsgericht tillade dock att även om sökanden, enbart på grund av sin hittillsvarande deltidsanställning inte kan anses vara jämförbar med fru Grabbert kan hennes uppsägning dock möjligtvis utgöra en sådan indirekt diskriminering på grund av kön som är förbjuden enligt gemenskapsrätten.

13. Landesarbeitsgericht som anser att avgörandet av tvisten är beroende av en tolkning av direktivet har förklarat målet vid den nationella domstolen vilande och till domstolen ställt följande tolkningsfråga:

"Skall artikel 5.1 i direktiv 76/207/EEG tolkas på så sätt att deltidsanställda kvinnliga arbetstagare vid tillämpning av 1 § punkt 3 i Kündigungsschutzgesetz (lag om anställningsskydd) — i förevarande fall i dess intill den 30 september 1996 gällande lydelse — vid bestämningen av turordningen för uppsägning med hänsyn till sociala kriterier (det sociala urvalet) skall anses jämförbara med heltidsanställda manliga/kvinnliga arbetstagare, om det i en viss bransch finns mycket fler deltidsanställda kvinnor än deltidsanställda män?"

Upptagande till sakprövning

14. Den tyska regeringen har uttryckt tvivel huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning och har gjort gällande att artikel 5.1 i direktivet, som avser tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga

2 — Se punkt 6 i detta förslag till avgörande.

om arbetsvillkor, inklusive villkor för uppsägning, saknar relevans för avgörande av målet vid den nationella domstolen, eftersom det sociala urvalet enligt 1 § punkt 3 i KSchG skulle avse två arbetstagare av samma kön, närmare bestämt två kvinnliga arbetstagare.

15. Detta argument saknar grund. Det måste först och främst fastslås att begäran om ett förhandsavgörande har till syfte "att tillhandahålla alla domstolar inom gemenskapen de tolkningselement beträffande gemenskapsrätten som dessa domstolar behöver för att lösa de reella tvister som föreläggs dem". [3] Detta samarbete mellan nationella domstolar och EG-domstolen kan endast fungera om de har skilda uppgifter, vilket enligt fast rättspraxis innebär att det "uteslutande [ankommer] på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att bland annat bedöma om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken". Domstolen har därav dragit slutsatsen att den "följaktligen [kan] avvisa en begäran från en nationell domstol bara då det är *uppenbart* att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med tvisten vid den nationella domstolen, eller när den inte förfogar över uppgifter om de rättsliga och faktiska omständigheter som är nödvändiga för att på ett ändamålsenligt sätt besvara de frågor som ställts till den" [4].

16. Enligt min uppfattning kan det enligt dessa kriterier inte fastställas att svaret på tolkningsfrågan i förevarande fall uppenbart saknar relevans för avgörandet av tvisten vid den nationella domstolen. Det skall i själva verket konstateras att föremålet för frågan är huruvida tillämpningen av den tyska lagen om anställningsskydd eventuellt kan ha diskriminerande verkan. Som redan har visats omsätts genom direktivet i praktiken i medlemsstaterna den grundläggande principen att ingen diskriminering i arbetsförhållanden får ske på grund av kön. Enligt min uppfattning är det således uppenbart att iakttagandet av denna princip inte kan leda till annat än en riktig tillämpning av relevanta nationella bestämmelser och att ett beslut om räckvidden av gemenskapsprincipen om likabehandling av arbetstagare utan diskriminering på grund av kön vid tidpunkten för uppsägningen därför måste anses vara nödvändigt för den nationella domstolens bedömning.

17. Den tyska regeringen har vidare gjort gällande att de sakupplysningar som den nationella domstolen lämnat i beslutet om

3 — Dom av den 11 mars 1980 i mål 104/79, Foglia (REG 1980, s. 745; svensk specialutgåva, volym 5, s. 73), punkt 11.

4 — Dom av den 29 juni 1999 i mål C-60/98, Butterfly Music (REG 1999, s. I-3939), punkt 13, min kursivering. Se dessutom, vad endast avser nyligen avkunnade domar, dom av den 28 november 1991 i mål C-186/90, Durighello (REG 1991, s. I-5773), punkterna 8 och 9, dom av den 26 oktober 1995 i mål C-143/94, Furlanis (REG 1995, s. I-3633), punkt 12, dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59—61, och dom av den 5 juni 1997 i mål C-105/94, Celestini (REG 1997, s. I-2971), punkterna 21 och 22.

hänskjutande är otillräckliga för att ge domstolen möjlighet att avgöra frågan. Även denna anmärkning saknar enligt min uppfattning grund. Som kommissionen har noterat innehåller nämligen beslutet, även om det är kortfattat formulerat och även om det däri inte närmare anges vilka arbetstagargrupper som skall beaktas vid bedömningen huruvida det föreligger diskriminering på grund av kön, dock tillräckliga upplysningar om det rättsliga sammanhanget och om de faktiska omständigheterna för att domstolen skall kunna besvara frågan på ett ändamålsenligt sätt.

18. Slutligen har det under sammanträdet anförts att begäran om förhandsavgörande inte längre är nödvändig till följd av en nyligen avkunnad dom från BAG, i vilken det fastställts vilka kriterier som skall användas vid jämförelse mellan heltidsanställda och deltidsanställda arbetstagare för det sociala urvalet [5]. Även denna anmärkning saknar grund. Det skall nämligen, såsom kommissionen har påpekat, erinras om att kravet att säkerställa rättssäkerheten i princip räcker för att motivera ingripandet från EG-domstolens sida [6]. Därtill kommer den omständigheten att om den nationella domstolen, som förmodas känna till ny tysk rättspraxis, inte har återkallat sin begäran, skall det rimligen antas att denna domstol anser att ett svar på frågan fortfarande är nödvändigt för att den skall kunna avgöra målet vid den nationella domstolen.

19. På grund av vad ovan anförts anser jag att den tolkningsfråga som ställts av den nationella domstolen skall tas upp till sakprövning och att domstolen skall avgöra målet i sak.

Prövning i sak

20. Den nationella domstolen vill få klarhet i om artikel 2.1 och artikel 5.1 i direktivet, enligt vilka all direkt och indirekt diskriminering i fråga om arbetsvillkor förbjuds, utgör hinder för tillämpningen av 1 § punkt 3 i den ovannämnda tyska lagen om anställningsskydd enligt vilken heltidsanställda arbetstagare inte anses vara jämförbara med deltidsanställda arbetstagare vid det så kallade sociala urval som arbetsgivaren måste göra då en deltidstjänst dras in av företagsekonomiska skäl.

21. Den ifrågavarande tyska bestämmelsen medför uppenbarligen inte någon form av direkt diskriminering av arbetstagare av den enkla anledningen att de kriterier för jämförbarhet som föreskrivs i denna inte innefattar att skillnader på grund av kön skall beaktas. Detta utesluter förvisso inte, åtminstone teoretiskt, att bestämmelsen kan medföra en form av indirekt diskriminering. Denna fråga är i huvudsak vad den hänskjutande domstolen begär att domstolen skall besvara.

5 — Se punkt 7 i detta förslag till avgörande.

6 — Dom av den 12 februari 1974 i mål 146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf (REG 1974, s. 139), punkt 3.

22. Domstolen har i detta avseende vid upprepade tillfällen fastslagit att "en nationell bestämmelse medför en indirekt diskriminering av kvinnliga arbetstagare, om den visserligen har en neutral formulering men faktiskt missgynnar en mycket högre procentandel kvinnor än män, om särbehandlingen inte är befogad av sakliga skäl som helt saknar samband med all diskriminering på grund av kön". [7]

23. Vad beträffar gruppen deltidsanställda arbetstagare kan utan vidare fastställas att den i regel till övervägande delen utgörs av kvinnor, varför en eventuellt ogynnsam behandling av denna grupp nästan automatiskt medför en diskriminering på grund av kön. Domstolen har hittills haft att avgöra mål där en ogynnsam behandling av kvinnor var följden av bestämmelser som direkt diskriminerade deltidsarbetande [8] och har fastställt att de nationella bestämmelserna medförde indirekt diskriminering av kvinnor och direkt diskriminering av deltidsarbetande.

I föreliggande fall är däremot även diskrimineringen av deltidsanställda arbetstagare indirekt, då den ogynnsamma behandlingen av denna grupp inte uttryckligen föreskrivs i den nationella rättsordningen, men tillämpningen av ifrågavarande rättsordning kan ha diskriminerande verkan.

24. I domen i målet Bötel [9] har domstolen granskat en bestämmelse som liknar den som är i fråga i förevarande mål, nämligen ett fall där diskriminerande verkningar är en följd av att en formellt neutral nationell bestämmelse tillämpas på specifika förhållanden. Domstolen har fastställt att sådana effekter är oförenliga med jämställdhetsprincipen när de medför en särbehandling och en ogynnsammare behandling av deltidsanställda, som i sin tur åtminstone i regel innebär en diskriminering på grund av kön. I det nämnda fallet granskade domstolen en nationell lag enligt vilken ledamöterna i en företagsnämnd, vilka deltog i utbildning som är nödvändig för själva arbetet i nämnden, skulle befrias från sina arbetsuppgifter utan minskad lön. Domstolen fastställde att denna lag innebär en diskriminering av deltidsanställda arbetstagare (och således av kvinnor) eftersom utbildningens längd översteg de deltidsanställdas individuella arbetstid, och detta hade till följd att de sistnämnda för de timmar som upptogs av utbildningen erhöll ett belopp som var lägre än det kompensationsbelopp för icke arbetade timmar som av samma skäl betalades ut till heltidsanställda arbetstagare.

7 — Dom av den 30 november 1993 i mål C-189/91, Kirsammer-Hack (REG 1993, s. I-6185), punkt 22. Se dessutom dom av den 2 oktober 1997 i mål C-100/95, Kording (REG 1997, s. I-5289), punkt 30, dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkt 52, och dom av den 10 februari 2000 i mål C-50/96, Deutsche Telekom (REG 2000, s. I-743), punkt 28.

8 — Se särskilt avseende lika lön dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 169; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591) och dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297).

9 — Dom av den 4 juni 1992 i mål C-360/90, Bötel (REG 1992, s. I-3589; svensk specialutgåva, volym 12, s. 127). Se även dom av den 6 februari 1996 i mål C-457/93, Lewark (REG 1996, s. I-243) och dom av den 7 mars 1996 i mål C-278/93, Freers och Speckmann (REG 1996, s. I-1165).

25. I den tyska bestämmelse som här är i fråga föreskrivs att en företagare som beslutar om indragning av en tjänst av företagsekonomiska skäl är skyldig att välja den arbetstagare som skall sägas upp enligt sociala kriterier och att göra ett sådant urval mellan jämförbara arbetstagare. Företagaren måste därvid välja den arbetstagare som lider jämförelsevis minst skada av uppsägningen. Det skall därför fastställas mellan vilka arbetstagargrupper en sådan jämförelse skall göras.

De tyska domstolarna har, som tidigare angivits, vid tolkningen av begreppet jämförbarhet fastslagit att jämförbarhet föreligger endast då arbetsgivare kan omplacera en arbetstagare från en tjänst till en annan utan att ändra anställningsavtalet. Detta förutsätter uppenbarligen att arbetsförhållandena i huvudsak är desamma och att en jämförelse mellan heltidsanställda och deltidsanställda arbetstagare således är utesluten. Samma domstolar har nämligen noterat att omplacering av en arbetstagare från en deltidstjänst till en heltidstjänst (eller omvänt) medför en ändring av anställningsavtalet, då dessa båda arbetstagargrupper inte är jämförbara.

Därav följer enligt min uppfattning att det vid indragning av en deltidstjänst endast är de deltidsanställda arbetstagarnas förhållanden som kan beaktas och jämföras vid det sociala urvalet och att det följaktligen endast är dessa som måste bära de skadliga följderna av tjänstens indragning. Dessa arbetstagares sociala situation skall nämligen, även när det är fråga om arbetstagare som är mer missgynnade än arbetstagare som arbetar heltid, bedömas endast i förhållande till deltidsanställda arbetstagare, vilket begränsar garantierna enligt den tyska lagen för arbetstagare. Härav följer att om en klart större andel kvinnor än män är deltidsarbetande kommer antalet arbetstagare av manligt kön som beaktas vid det sociala urvalet med nödvändighet att vara lågt, vilket vidare får den följden att något lämpligt skydd för att behålla tjänsten inte garanteras de kvinnliga arbetstagare som befinner sig i särskilt missgynnad ställning och som följaktligen har behov av ett sådant speciellt skydd.

26. Bankhaus har ifrågasatt dessa överväganden och hävdat att tillämpningen av den nationella lagstiftningen i förevarande fall i själva verket inte får några negativa följder vare sig för de heltidsanställda eller för de deltidsanställda. Å ena sidan utesluts nämligen vid indragning av en deltidstjänst de heltidsanställda arbetstagarna från det sociala urvalet och löper således inte någon risk att sägas upp, å andra sidan ingår inte de deltidsanställda arbetstagarna bland dem som kan sägas upp vid indragning av en heltidstjänst. Detta visar, fortfarande enligt Bankhaus mening, att inte endast lagstiftningen, utan även tillämpningen av den, i själva verket i sin helhet framstår som neutral, eftersom de olika ogynnsamma situationer som uppkommer beroende på om indragningen avser en tjänst på deltid

eller på heltid utjämnas sinsemellan. Denna argumentering är inte övertygande. Det förefaller nämligen inte vara riktigt att en eventuell ogynnsam situation som uppkommit genom tillämpning av nationell lagstiftning skall anses vara motiverad och i föreliggande fall förenlig med direktivet, om den har "uppvägts" av effekterna av tillämpningen av denna lagstiftning på en annan situation.

27. Sedan det har medgetts att den omtvistade tyska lagstiftningen ger upphov till en särbehandling till nackdel för deltidsanställda måste det nu fastställas huruvida och på vilka villkor en sådan särbehandling ger eller potentiellt skulle kunna ge upphov till en diskriminering på grund av kön. För detta måste en referensgrupp arbetstagare fastställas, det vill säga en arbetstagargrupp som skall beaktas när man undersöker om det föreligger en disproportion mellan antalet kvinnliga och antalet manliga anställda. På denna punkt företräder parterna motsatta uppfattningar.

28. Bankhaus och den tyska regeringen har hävdat att referensgruppen, som skall undersöka om det föreligger en sådan disproportion, bör vara den grupp arbetstagare som är anställda på deltid i företaget och att följaktligen varje diskriminerande verkan till nackdel för sökanden i förevarande fall kan uteslutas, eftersom Bankhaus vid tidpunkten för uppsägningen av Bärbel Kachelmann sysselsatte fem arbetstagare på deltid, varav tre kvinnor och två män. Enligt sökanden skall däremot, vid undersökningen av huruvida den nationella lagstiftningen har diskriminerande verkan för kvinnor, samtliga deltidsanställda arbetstagare i Tyskland beaktas. Den hänskjutande domstolen företräder en uppfattning som ligger däremellan, då den ånser att referensgruppen skall utgöras av samtliga arbetstagare som är anställda i en viss bransch.

29. Enligt min mening är den uppfattning som framförts av den hänskjutande domstolen riktig. Det vore nämligen meningslöst att utgå från deltidsanställda arbetstagare i företaget för att avgöra om de kvinnliga arbetstagarna eventuellt är klart fler än de manliga arbetstagarna. Situationen i ett enda företag, i synnerhet om det är fråga om ett företag av begränsad storlek, behöver nämligen inte vara av tillräcklig betydelse för att slutsatsen att det föreligger en indirekt diskriminering av kvinnor till följd av det (sociala) urvalet vid uppsägningen av en kvinna efter indragningen av en deltidstjänst skall kunna dras av andelen kvinnor bland de deltidsanställda i detta företag. Det förefaller inte heller vara rimligt att utgå från samtliga deltidsanställda arbetstagare i en medlemsstat, då arbetsförhållandena och sysselsättningsproblemen i regel är olika från bransch till bransch. Detta förhållande kan inte förbises, då företagaren till följd av indragningen av en tjänst skall göra det så kallade sociala urvalet. Det förefaller däremot vara rimligt att just med anledning av vad nyss anförts utgå från deltidsanställda arbetstagare i den bransch till vilken det företag hör som har dragit in en deltidstjänst. Detta innebär att särbehandlingen av deltidsanställda i förhållande till heltidsanställda arbetstagare övergår till en diskriminering på grund av kön enbart om de kvinnliga

deltidsanställda i den tillverkningssektor som det företag tillhör i vilket en deltidstjänst har dragits in till antalet är klart fler än de manliga deltidsanställda. Det ankommer i vart fall på den nationella domstolen, som på grundval av tillgängliga upplysningar skall undersöka huruvida det föreligger en disproportion och uppskatta dess omfattning, att göra denna bedömning.

30. Även om det konstateras att en sådan situation är för handen skall dock ytterligare en faktor granskas, nämligen huruvida skillnaden i behandling mellan de båda arbetstagargrupperna kan anses motiverad av objektiva skäl som saknar samband med all diskriminering på grund på kön, med andra ord huruvida syftet med tillämpning av den nationella lagstiftningen är sådant att det kan motivera särbehandlingen och om de medel som används för att uppnå detta mål är nödvändiga och inte oproportionerliga.

31. I detta hänseende skall det först noteras att det enligt numera fast rättspraxis "slutligen ankommer på den nationella domstolen, som ensam är behörig att bedöma omständigheterna i målet och tolka nationell lagstiftning, att avgöra om och i vilken utsträckning en lagbestämmelse som tillämpas oberoende av arbetstagarens kön, men som i själva verket drabbar en betydligt större procentandel kvinnor än män, är motiverad av sakliga skäl som saknar samband med all diskriminering på grund av kön". Likväl är "EG-domstolen, som skall ge den nationella domstolen ett ändamålsenligt svar, behörig att, mot bakgrund av handlingarna i målet vid den nationella domstolen och de skriftliga och muntliga yttranden som förelagts den, lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen får möjlighet att avgöra målet". [10]

32. Som kommissionen har påpekat anges inte uttryckligen i beslutet om hänskjutande några möjliga förklaringar till den skillnad i behandling mellan deltidsanställda och heltidsanställda arbetstagare som följer av tillämpningen av den tyska lagstiftningen om det sociala urvalet. Som redan har nämnts hänvisar den hänskjutande domstolen endast till att två tjänster enligt rättspraxis från BAG i princip inte kan anses jämförbara såvida omplacering av arbetstagaren från en tjänst till en annan skulle medföra en ändring av anställningsavtalet. Då omvandlingen av en deltidstjänst till en heltidstjänst (och omvänt) kräver en ändring av anställningsavtalet kan heltidsanställda och deltidsanställda arbetstagare inte anses jämförbara vid det sociala urvalet.

33. Enligt min uppfattning kan dessa synpunkter inte motivera en skild

10 — Domen i det ovannämnda målet Seymour-Smith och Perez, punkterna 68 och 69 (Övers. anm.: skall vara punkterna 67 och 68). Se även domen i det ovannämnda målet Freers och Speckmann, punkt 24 och dom av den 30 mars 1993 i mål C-328/91, Thomas m.fl. (REG 1993, s. I-1247), punkt 13.

behandling av de båda arbetstagargrupperna.

I det avseendet skall för det första beaktas att tillämpningen av den nationella lagstiftningen mot bakgrund av nyssnämnda rättspraxis innebär att heltidsanställda arbetstagare automatiskt och generellt utesluts från det sociala urvalet, om det antas att skillnaden i arbetstid alltid och i vilket fall som helst innebär att det inte är möjligt för en deltidsanställd arbetstagare att ta en heltidsanställd arbetstagares tjänst, då detta förutsätter en ändring av anställningsavtalet och förändring av arbetsförhållandena. Domstolen har vid upprepade tillfällen fastställt att "[en enkel generalisering beträffande vissa kategorier arbetstagare] inte möjliggör att objektiva kriterier som inte har med könsdiskriminering att göra härleds". [11] Även om arbetstiden i princip kan anses vara en faktor som skall beaktas vid jämförelse av två tjänster är det dock så att dess verkliga betydelse med nödvändighet beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Inom ramen för dessa omständigheter är arbetstiden dessutom endast en av de faktorer som skall beaktas, vid sidan av andra, såsom arten av den verksamhet som bedrivs eller möjligheten att på annat sätt fördela arbetsuppgifterna mellan olika anställda utan att arbetets effektivitet äventyras. Behovet av att ändra anställningsavtalet måste därför bedömas från fall till fall mot bakgrund av de faktiska omständigheterna.

För det andra skall frågan huruvida de båda arbetstagargrupperna är jämförbara vid det sociala urvalet alltid, såväl då en ändring av anställningsavtalet är oundviklig som då det inte är nödvändigt med någon ändring för att medge den deltidsanställda att ta den heltidsanställda arbetstagarens tjänst, bedömas med hänsyn till den intressemotsättning som oundvikligen uppstår mellan å ena sidan företagarens rätt att i full frihet organisera arbetet i företaget och å andra sidan de deltidsanställda arbetstagarnas (och därmed kvinnornas) rätt att inte diskrimineras. Det skall i varje enskilt fall fastställas vilket av dessa båda intressen som överväger och som därmed förtjänar ett större skydd. [12] Det behöver heller inte tilläggas att det uteslutande ankommer på den nationella domstolen att i de enskilda fallen fastställa vilket intresse som överväger, då detta har samband med hur de faktiska omständigheterna bedöms i varje enskilt fall.

Slutligen kan således fastställas att skillnaden i behandling mellan deltidsanställda och heltidsanställda arbetstagare vid det sociala urval som skall göras till följd av ett

11 — Dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, Gerster (REG 1997, s. I-5253), punkt 39. Se även domen i det ovannämnda målet Kording, punkt 23 och domen i det ovannämnda målet Nimz, punkt 14.

12 — Det är inte omotiverat att erinra om att domstolen på senare tid i dom av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-270/97 och C-271/97, Sievers och Schrage (REG 2000, s. I-929), avseende frågan huruvida uteslutning av deltidsanställda från ett yrkesbaserat socialförsäkringssystem är förenlig med principen om lika lön för kvinnliga och manliga arbetstagare, således i ett annat sammanhang än i förevarande mål, har fastslagit att "det ekonomiska syfte som eftersträvas med artikel 119 i fördraget, som består i att undanröja konkurrenssnedvridningar mellan företag som är etablerade i olika medlemsstater, är av sekundär karaktär i förhållande till det sociala mål som avses med samma bestämmelse, vilket är ett uttryck för en grundläggande rättighet som varje människa har". Enligt min uppfattning kan fastställandet att det är rättsstridigt att enbart beakta deltidsanställda arbetstagare vid det sociala urvalet återföras till just den principen.

beslut att dra in en deltidstjänst kan anses vara befogad av sakliga skäl endast då den nationella domstolen mot bakgrund av de faktiska omständigheterna finner att det skulle utgöra en oproportionerlig begränsning av arbetsgivarens frihet i förhållande till föremålet för skydd av de deltidsanställda arbetstagarna, vilket i regel skall prioriteras, att anse de båda arbetstagargrupperna jämförbara.

Förslag till avgörande

34. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan från Landesarbeitsgericht Hamburg enligt följande:

Artikel 2.1 och artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor skall tolkas på så sätt att de inte utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom 1 § punkt 3 i den tyska lagen om anställningsskydd, enligt vilken — enligt den tolkning av denna bestämmelse som gjorts i tysk rättspraxis — deltidsanställda och heltidsanställda arbetstagare inte anses jämförbara vid det sociala urval som arbetsgivaren måste göra vid indragning av en deltidstjänst, om antalet deltidsanställda kvinnor i det ifrågavarande företagets tillverkningssektor klart överstiger antalet deltidsanställda män och om tillämpningen av bestämmelsen inte motiveras av objektiva kriterier som saknar samband med all diskriminering på grund av kön.