

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
MARCO DARMON

fremsat den 25. november 1992 \*

*Hr. præsident,  
De herrer dommere,*

1. Arbeitsgericht Reutlingen har ved nærværende præjudicielle afgørelse successivt stillet Domstolen to spørgsmål vedrørende udelukkelsen af mindre virksomheder fra den almindelige ordning til beskyttelse mod uberettiget opsigelse. Da den forelæggende ret i medfør af tysk ret har måttet konstatere, at opsigelsesgrundene ikke kan prøves af domstolene, har den spurgt, om den undtagelsesordning, som mindre virksomheder er omfattet af, kan betegnes som støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, og i benægtende fald om ordningen kan udgøre en indirekte forskelsbehandling af kvinder.

2. Kendskab til de nationale bestemmelser om uberettiget opsigelse er nødvendigt for at forstå tvistens baggrund. Disse arbejdsretlige bestemmelser, som fremgår af retsmøderapporten, hvortil jeg henviser, navnlig for så vidt angår de relevante bestemmelsers ordlyd, er samlet i Kündigungsschutzgesetz (lov om beskyttelse mod opsigelse, herefter benævnt »KSchG«). De giver generelt den afskedigede lønmodtager mulighed for at anlægge sag for Arbeitsgericht til prøvelse af afskedigelsens berettigelse.

3. Såfremt det viser sig, at afskedigelsen er socialt uberettiget<sup>1</sup>, skal arbejdstageren genansættes i virksomheden<sup>2</sup>. Dog kan genansættelse, som fortsat er hovedreglen, erstattes af en affindelsessum, der kan antage to former, såfremt arbejdsaftalen ikke kan opretholdes, hverken fra arbejdsgiverens eller fra lønmodtagerens synspunkt. Affindelsessummen fastsættes enten af retten<sup>3</sup> eller ved aftale mellem parterne, som således undgår en undertiden lang og kostbar retssag. I sidstnævnte tilfælde udgør affindelsessummen ifølge den forelæggende ret »mellem en halv og en månedsløn pr. års beskæftigelse«<sup>4</sup>.

4. De to spørgsmål, der er forelagt, bygger på det forhold, at KSchG's § 23, stk. 1, andet og tredje punktum, fritager de virksomheder, som jeg i det følgende vil betegne som »mindre«, fra ovennævnte retslige prøvelse. Ved »mindre virksomhed« forstås virksomheder, »hvor der normalt ... beskæftiges fem arbejdstagere eller derunder. Ved fastsættelsen af antallet af beskæftigede arbejdstagere ... medtages kun arbejdstagere, hvis regel-

1 — Ifølge KSchG's § 1 betegnes en afskedigelse som socialt uberettiget, såfremt den ikke bygger »enten på grunde, der udspringer af lønmodtagerens person eller adfærd, eller på tvingende omstændigheder i virksomheden, som stiller sig i vejen for arbejdstagerens fortsatte ansættelse i den pågældende virksomhed«.

2 — Jf. begrebet »beskyttelse af velerhvervede rettigheder«, som Kommissionen har redegjort for i punkt 4 i sit skriftlige indlæg.

3 — §§ 9 og 10 i KSchG.

4 — S. 12 i anmodningen om præjudiciel afgørelse (den danske oversættelse).

\* Originalsprog: fransk.

mæssige arbejdstid overstiger ti timer ugentligt eller 45 timer månedligt»<sup>5</sup>.

5. Inden afskedigelsen havde sagsøgeren i hovedsagen, Petra Kirsammer-Hack, arbejdet i et år som assistent på en tandlægeklinik, hvor der var ansat to fuldtidsbeskæftigede, to (herunder sagsøgeren), som arbejdede over ti timer om ugen eller 45 timer om måneden, og endelig fire, der arbejdede mindre end ti timer om ugen eller 45 timer om måneden. Virksomheden, der beskæftigede under fem ansatte, som opfyldte ovennævnte kriterier<sup>6</sup>, var således omfattet af KSchG's § 23, stk. 1, og arbejdsgiveren var i forbindelse med personlig afskedigelse kun bundet af det sædvanlige opsigelsesvarsel, som var overholdt i den foreliggende sag. Kirsammer-Hack gjorde dog til trods for, at der ikke fandtes anvendelige nationale bestemmelser, gældende, at afskedigelsen var socialt uberettiget.

6. Da sagsøgerens krav ikke kunne imødekommes på nationalt plan, idet hun ikke tilhørte en beskyttet lønmodtagergruppe og ikke kunne påberåbe sig retsmisbrug, besluttede den forelæggende ret at lade foreneligheden af KSchG's § 23, stk. 1, andet og tredje punktum, med fællesskabsretten prøve. Retten har derfor anmodet Domstolen om at vurdere foreneligheden af denne paragraf, eller mere nøjagtigt af andet punktum i paragraffens stk. 1, med EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, og — såfremt Domstolen ikke finder, at der kan tales om støtte — om at behandle sagen på grundlag af Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om

gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår<sup>7</sup> (herefter benævnt »direktivet«).

7. Traktatens artikel 92, stk. 1, er affattet således: »Bortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«.

8. Normalt fremhæves det, at der ikke gives nogen detaljeret definition af støtte i denne artikel, som alene omhandler støttens virkning (den fordrejer konkurrencevilkårene) og dens oprindelse (statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler).

9. Domstolen har dog i sine tidligere afgørelser givet en nøjere definition af støttebegrebet.

10. I en dom af 23. februar 1961<sup>8</sup>, som vedrører EKSF-traktaten, men hvis kriterier ligeledes gælder for EØF-traktaten, tegnede Domstolen efter at have påpeget, at støttebegrebet ikke er nøjagtigt defineret, omridset af

5 — KSchG, § 23, stk. 1, andet og tredje punktum.

6 — I modsætning til, hvad forelæggelsesretten er nået frem til på s. 3 og 5 i anmodningen om præjudiciel afgørelse, er der fire og ikke tre ansatte, der skal medregnes i henhold til KSchG's § 23, stk. 1.

7 — EFT L 39, s. 40.

8 — Sag 30/59, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg, SmI. 1954-1964, s. 211, org. ref.: Rec. s. 3.

en bred definition, som senere jævnlig er blevet anvendt, idet den udtalte, at

Domstolen har allerede med hensyn til dette spørgsmål statueret, at

»støttebegrebet er imidlertid mere generelt end tilskudsbegrebet, fordi det ikke blot omfatter positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger«<sup>9</sup>.

»... hensigten med bestemmelserne i artikel 92, stk. 1, er, at de ... skal have virkning i medlemsstaternes retsorden, således at de kan påberåbes ved de nationale domstole, hvis de er blevet konkretiseret ved retsakter af almen rækkevidde, jf. artikel 94, eller ved de beslutninger, som artikel 93, stk. 2, hjemler i særlige tilfælde«<sup>12</sup>.

11. Inden den detaljerede gennemgang af de elementer, støtte er sammensat af, vil jeg indledningsvis besvare Forbundsrepublikken Tysklands indsigelse<sup>10</sup> om, at en privatperson eller en national ret ikke kan påberåbe sig artikel 92, når der ikke foreligger en kommissionsbeslutning.

14. Ganske vist besvarer den af den tyske regering citerede dom det rejste problem, nemlig at artikel 92 ikke kan påberåbes i medlemsstaternes retsorden af en privatperson eller en domstol, men det skal tilføjes, at en national domstol i henhold til traktatens artikel 177 kan påberåbe sig artikel 92, uden derfor selv at tage stilling til en støttes forenelighed.

12. Til støtte for sine argumenter har den henvist til præmis 10 i Domstolens dom i sagen Steinike og Weinlig af 22. marts 1977<sup>11</sup>, hvori det hedder:

»... Private kan ... ikke, alene under påberåbelse af artikel 92, anfægte en støttes forenelighed med fællesskabsretten for de nationale retter eller nedlægge påstand om, at disse retter enten umiddelbart eller ved en mellemafgørelse skal fastslå en sådan uforenelighed.«

15. I ovennævnte dom giver Domstolen et ganske klart svar på dette spørgsmål derhen, at

13. Der er nemlig ingen tvivl om, at Kommissionen spiller en afgørende rolle i støtte spørgsmål, og at støtte ikke kan erklæres uforenelig efter nogen anden fremgangsmåde end den, der er fastsat i traktatens artikel 93.

»... en national ret kan således være nødt til at fortolke og anvende det i artikel 92 omhandlede støttebegreb for at fastslå, om en statslig foranstaltning, som er indført uden iagttagelse af den forudgående kontrolprocedure efter artikel 93, stk. 3, skulle have været underkastet denne procedure;

9 — S. 217.

10 — S. 4 i regeringens bemærkninger.

11 — Sag 78/76, Sml. s. 595.

12 — Dom af 19.6.1973, sag 77/72, Capolongo mod Maya, Sml. s. 611, præmis 6. Se ligeledes sidste afsnit i Steinike og Weinlig-dommen, præmis 10.

under alle omstændigheder tilkommer det ifølge traktatens artikel 177 de nationale retter, som anmoder om en præjudiciel afgørelse, selv at afgøre, om de forelagte spørgsmål er relevante;

... bestemmelserne i artikel 93 er ikke til hinder for, at en national ret forelægger Domstolen et spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 92, når retten skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, for at den kan afsige sin dom, idet den nævnte ret dog — i mangel af gennemførelsesforordninger som omhandlet i artikel 94 — ikke er beføjet til at træffe afgørelse vedrørende en påstand om, at en eksisterende støtte ... eller om at en ny støtte ... erklæres for uforenelig med traktaten«<sup>13</sup>.

16. Jeg kan derfor uhindret fortsætte min gennemgang på grundlag af artikel 92, stk. 1.

17. Domstolen har i sine tidligere afgørelser været inde på de tre begreber, (støttens) oprindelse, beskaffenhed og virkninger.

18. Jeg har i mit forslag til afgørelse i sagen *Sloman Neptun*<sup>14</sup>, som er optaget til dom, indgående behandlet spørgsmålet om støttens oprindelse.

19. Jeg finder det unødvendigt at gengive hele redegørelsen, men vil sammenfatte den i hovedtræk og ikke nøjes med at henvise til den.

13 — Præmis 14 og 15.

14 — Forenede sager C-72/91 og C-73/91, forslag til afgørelse af 17.3.1992 (se særlig punkt 12-47).

20. Jeg har dels henvist til Domstolens traditionelle praksis, ifølge hvilken

»... artikel 92 [omfatter] enhver statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, uden at der er anledning til at sondre mellem, om støtten ydes direkte af staten eller gennem offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger til at forvalte støtten«<sup>15</sup>

og navnlig til dommen i *Van Tiggele*-sagen<sup>16</sup>, hvor Domstolen fastslog, at en foranstaltning, der for de begunstigede medfører fordele, som ikke ydes »hverken direkte eller indirekte, ved hjælp af statsmidler i den i artikel 92 forudsatte betydning«<sup>17</sup>, »ikke kan udgøre en støtte i den i artikel 92 forudsatte betydning«<sup>18</sup>.

21. Dels har jeg med hensyn til subsidier nævnt såvel Kommissionens principielle holdning i afgørelsen af 18. april 1985<sup>19</sup> som Domstolens dom i sagen *Fediol mod Kommissionen*<sup>20</sup>, hvoraf det fremgår, at begrebet subsidier forudsætter en økonomisk byrde for de offentlige myndigheder.

15 — Dom af 30.1.1985, sag 290/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 439, præmis 14. Se ligeledes dom af 22.3.1977, sag 78/76, *Steinike og Weinlig*, Sml. s. 595, af 7.6.1988, sag 57/86, *Grækenland mod Kommissionen*, Sml. s. 2855, præmis 12, og af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, *Van der Kooy mod Kommissionen*, Sml. s. 219, præmis 35.

16 — Dom af 24.1.1978, sag 82/77, Sml. s. 25.

17 — Præmis 25.

18 — Præmis 24.

19 — Kommissionens afgørelse 85/239/EØF om afslutning af antisubsidieproceduren vedrørende importen af sojakager med oprindelse i Argentina (EFT L 108, s. 28). Se ligeledes Kommissionens afgørelse 85/233/EØF af 16.4.1985 om afslutning af antisubsidieproceduren vedrørende importen af sojakager med oprindelse i Brasilien (EFT L 106, s. 19, punkt 12.3).

20 — Dom af 14.7.1988, sag 187/85, Sml. s. 4155.

22. Imidlertid har jeg under henvisning til de forskellige holdninger, Fællesskabet og USA indtager på dette punkt, og med henblik på en udvikling i fællesskabsretten på støtteområdet, der nødvendigvis er i overensstemmelse med antisubsidieretten, foreslået, at Domstolen fortolker artikel 92 på en måde, der svarer bedre til denne bestemmelses praktiske formål, nemlig at opretholde lige konkurrencevilkår for erhvervsdrivende, der befinder sig i en konkurrencesituation.
23. Og jeg har anført, at når der tales om en støttes karakter af statsstøtte i den i artikel 92, stk. 1, forudsatte betydning, tænkes der efter min opfattelse mere på den myndighed (staten eller dens organer eller enheder), som har truffet foranstaltningen, end på det organ eller den person, der finansierer den. Jeg har draget den konklusion, at der ikke skulle tages særligt hensyn til midlernes oprindelse, da
- »der ... især [skal] tages hensyn til virkningerne af støtten for de virksomheder eller producenter, som begunstiges«<sup>21</sup>.
24. Såfremt Domstolen strengt fastholder sin tidligere praksis, bl.a. den, der kom til udtryk i Van Tiggele-sagen, og nægter at følge linjen i mit forslag, med andre ord, såfremt Domstolen betragter finansiering ved hjælp af statsmidler som en betingelse for, at man kan tale om støtte, svarer det til at sige, at den foranstaltning, der er tale om i denne sag, ikke er en støtte i den i traktatens artikel 92 forudsatte betydning.
25. Begrænsningen af den mulighed, en ansat i en »mindre« virksomhed har for at bestride sin afskedigelse for retten, indebærer nemlig øjensynligt intet økonomisk tab for de offentlige myndigheder. De retsafgifter, der kræves betalt i en sådan retssag, er, ud over at de er af subsidiær karakter, at betragte ikke som en indtægt for de offentlige myndigheder, men som den berørte parts tilbagebetaling af de af retsmyndighederne afholdte omkostninger.
26. Dvs. at da der således på ingen måde er tale om et økonomisk »offer« fra det offentlige side, skulle Domstolen finde, at den foranstaltning, der er tale om i den foreliggende sag, ikke er en støtte, og at den kunne gå over til at besvare den forelæggende rets andet spørgsmål.
27. Men jeg finder fortsat ikke, at dette, at en foranstaltning truffet af staten eller en af dens organer eller enheder ikke er finansieret ved hjælp af offentlige midler, er tilstrækkeligt til, at det er udelukket at betegne den som støtte. Jeg fortsætter derfor min gennemgang med følgende fremstilling vedrørende støttens beskaffenhed, idet foranstaltninger, der kan berettiges ved »system[ets] karakter eller forvaltning«<sup>22</sup>, ikke er omfattet af forbuddet i artikel 92, stk. 1.
28. Denne gennemgang forudsætter en gennemgang af den omtvistede foranstaltning set på baggrund af samtlige medlemsstaters regler om afskedigelse af ansatte i »mindre« virksomheder.

21 — Ovennævnte dom, Steinicke og Weinlig, præmis 21.

22 — Dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, navnlig præmis 33.

29. Som nævnt ovenfor<sup>23</sup> har den omtvistede foranstaltning til formål at lade en særlig kategori af virksomheder, nemlig dem, der beskæftiger fem ansatte eller derunder i den i den nationale lovgivning forudsatte betydning, nyde fordel af en ordning, som er en undtagelse fra de almindelige regler om afskedigelse, der bygger på en kontrol af begrundelser, der hviler på enten en undersøgelse af den ansattes adfærd eller faglige evner eller på hensynet til virksomhedens drift.

30. Denne kategori af »mindre« virksomheder opfattes i den forbindelse forskelligt i de forskellige medlemsstater.

31. I de lande, hvor begrebet »mindre« virksomhed spiller ind ved afskedigelser, er det meget uensartet, da det i Tyskland omfatter virksomheder med fem ansatte eller derunder og i Frankrig virksomheder med under 11 ansatte.

32. Hertil kommer, at der i visse lande som f.eks. Danmark, Grækenland og Nederlandene overhovedet ikke sondres på grundlag af virksomhedernes størrelse.

33. Andre lande, f.eks. Irland, har forkastet en ændring af de gældende retsregler, som ville have betydet en udelukkelse af lønmodtagere beskæftiget i virksomheder med under fem ansatte fra anvendelsesområdet for »Unfair Dismissals Act« af 1977, der finder anvendelse på alle virksomheder uden undtagelse.

34. I Italien opereres der med begrebet »mindre« virksomheder (virksomheder med under 15 ansatte eller under fem ansatte i

landbrugssektoren<sup>24</sup>), idet disse omfattes af den lovpligtige beskyttelsesordning, som gør det lettere at få udbetalt erstatning i tilfælde af uberettiget opsigelse — da det kan vise sig vanskeligt at finde ny beskæftigelse på et begrænset arbejdsmarked.

35. I luxembourgsk ret kendes dette begreb ligeledes, men i forbindelse med afskedigelser har det kun marginal betydning. En arbejdsgiver, som har under 20 ansatte, kan nemlig i sin opsigelse vælge mellem at tilbyde erstatning for afskedigelsen eller forlængelse af opsigelsesvarslerne<sup>25</sup>.

36. Efter portugisisk ret anvendes den almindelige ordning for beskyttelse mod »ulovlig« afskedigelse på »mindre« virksomheder. For at forenkle proceduren gives der dog for virksomheder med under 20 ansatte mulighed for ikke at høre personalerepræsentanterne eller mulighed for, at den ansatte kan vælge mellem mundtlig og skriftlig protest<sup>26</sup>.

37. Endelig udelukker Det Forenede Kongeriges lovgivning ikke de »mindre« virksomheder fra den almindelige ordning. Men ifølge retspraksis kan visse proceduremæssige krav lempes for dem, uden at der dog er fastsat nogen nedre grænse for antallet af ansatte.

38. Denne gennemgang af de eksisterende lovgivninger viser, at alene Frankrig og Tyskland har ordninger, som undtager »mindre«

24 — Artikel 18 i lov nr. 300 af 20.5.1970 (»Statuto dei lavoratori«).

25 — Artikel 24, stk. 3, i lov af 24.5.1989 om arbejdsaftaler.

26 — Artikel 15 i lovdekret nr. 64-A/89.

23 — Punkt 2, 3 og 4.

virksomheder fra den almindelige beskyttelse mod uberettiget personlig opsigelse. Disse to medlemsstater giver faktisk de pågældende lønmodtagere en ringere beskyttelse end den, der er fastsat i de almindelige regler.

39. Mens den tyske lovgivning — som vi har set — med hensyn til afskedigelser i en »mindre« virksomhed alene giver den ansatte adgang til at påberåbe sig retsmisbrug, er fransk lovgivning mere kompleks.

40. Den franske ordning for virksomheder, der beskæftiger over ti ansatte med mindst to års anciennitet<sup>27</sup>, er følgende: Såfremt retten fastslår, at begrundelsen for afskedigelsen ikke er reel og saglig, og at genansættelse er umulig, kan den ansatte kræve en godtgørelse, der mindst svarer til hans løn for de seneste seks måneder.

41. Men dette betyder ikke, at »mindre« virksomheder i Frankrig undgår enhver retslig kontrol af afskedigelsesgrundene. Arbejdstagere i virksomheder med under 11 ansatte kan nemlig i tilfælde af uberettiget opsigelse uanset anciennitet kræve en erstatning beregnet på grundlag af den lidte skade<sup>28</sup>, uden at der er fastsat nogen mindstestaterstatning. Den ansatte skal herefter bevise, at han har lidt økonomisk og ikke-økonomisk tab. Denne erstatning kan ydes samtidig med en erstatning for retsmisbrug.

42. Efter denne samlede beskrivelse vil jeg søge at fastslå, om en foranstaltning som den omtvistede ifølge sin natur kan være omfattet af forbuddet i artikel 92, stk. 1.

43. Den foranstaltning, der er genstand for KSchG's § 23, stk. 1, andet punktum, finder generelt anvendelse på den sektor, der består af »mindre« virksomheder, uanset hvad de fremstiller, og hvor de er beliggende.

44. Denne type foranstaltning, der ikke udtrykkeligt nævnes i traktaten som en undtagelse, og som i doktrinen henregnes til de støtteformer, der kan godkendes af Kommissionen, er af denne vurderet realistisk og smidigt.

45. Netop hvad angår Kommissionens holdning med hensyn til støtte til små og mellemstore virksomheder skal det bemærkes, at den i forvejen er gunstig på grund af disse virksomheders betydning for den industrielle struktur og beskæftigelsen.

46. Således har Kommissionen i en forskningsrapport om arbejdsretten og de faglige relationer i de små og mellemstore virksomheder i Fællesskabets medlemsstater<sup>29</sup> klart påvist deres store betydning fra et økonomisk, socialt og beskæftigelsesmæssigt synspunkt.

27 — Artikel L 122-14-4 i lovbogen om arbejdsforhold.

28 — Artikel L 122-14-5 i lovbogen om arbejdsforhold.

29 — Luxembourg 1988, s. 51.

47. Angående individuelle afskedigelser fremhæves det i denne rapport, som er nævnt i anmodningen om præjudiciel afgørelse <sup>30</sup>, at

»i mange af Fællesskabets lande finder lovgivningerne om afskedigelser ikke anvendelse på mindre virksomheder, fordi man i almindelighed skønner, at der i mindre virksomheder er et tillidsforhold mellem arbejdsgiveren og hans ansatte, som bygger på *intuitus personae*, og at konflikter, der opstår i disse virksomheder, vanskeligt finder en løsning ...

Afskedigelsesreglerne har nemlig til formål at begrænse eller i hvert fald regulere denne ret, som arbejdsgiveren har, og som i almindelighed er større i de mindre (og meget små) virksomheder, idet lovene normalt kun fastsætter en nedre grænse for anvendelsen af de deri fastsatte bestemmelser.

'Tærskleffekten' gælder ligeledes i forbindelse med afskedigelser. Derfor er ansatte i mindre virksomheder dårligere beskyttet end ansatte i større virksomheder eller er endog helt uden beskyttelse mod vilkårlig opsigelse fra deres arbejdsgivers side« (Domstolens oversættelse).

48. Kommissionen kender udmærket de nationale lovgivninger, der lader »mindre« virksomheder være omfattet af en undtagelsesordning, som gør det lettere og billigere for dem at afskedige deres ansatte, men har aldrig taget initiativ til at betegne dem som støtте.

49. Den forelæggende ret <sup>31</sup> har citeret tre direktivforslag og synes at mene, at Kommissionen er i færd med at ændre sin holdning på dette punkt. Det skal bemærkes, at det eneste forslag, der har interesse her, nemlig forslaget vedrørende konkurrenceforvridninger i forbindelse med visse ansættelsesforhold <sup>32</sup>, i artikel 3 taler om at lade arbejdstagere på deltid omfatte af godtgørelser for afskedigelse i forhold til varigheden af deres ydelser, idet ansatte, der arbejder under otte timer om ugen, dog skulle være udelukket fra disse bestemmelser. Forslaget, som blev ændret af Kommissionen den 7. november 1990 <sup>33</sup>, er endnu ikke vedtaget.

50. Til gengæld har Kommissionen for nylig i et dokument af 20. maj 1992 om Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til små og mellemstore virksomheder bekræftet, at den tillægger en sådan støtte stor betydning <sup>34</sup>.

51. At støtten prioriteres højt, hvilket den tyske regering i øvrigt fremhæver <sup>35</sup>, bekræftes ligeledes i traktatens artikel 118 A, stk. 2, andet afsnit, hvori det hedder: »I disse direktiver undgås det, at der pålægges administrative, finansielle og retlige byrder af en sådan

31 — Punkt III.11 i forelæggelseskendelsen.

32 — Dokument KOM(90) 228 endelig udg. — SYN 280 (EFT C 224 af 8.9.1990, s. 6). Det skal bemærkes, at de to andre forslag til direktiver om arbejdsvilkår og foranstaltninger til forbedring af midlertidigt ansattes sikkerhed og sundhed ikke indeholder særlige bestemmelser om afskedigelse.

33 — Dokument KOM(90) 533 endelig udg. — SYN 280 (EFT C 305, s. 8).

34 — »På grund af de særlige problemer, SMV står over for ... er det nødvendigt, at det offentlige træffer positive foranstaltninger med henblik på at skabe mere ensartede vilkår eller endog begunstige SMV en smule«, punkt 1.4 (EFT C 213, s. 2).

35 — S. 8 i den tyske regerings indlæg.



art, at de hæmmer oprettelse og udvikling af små og mellemstore virksomheder«.

52. Følgelig kan man betragte det som et af Fællesskabets mål at fremme oprettelsen og udviklingen af sådanne virksomheder <sup>36</sup>.

53. For at besvare den forelæggende rets spørgsmål skal det ligeledes undersøges, om den omtvistede bestemmelse — som egentlig skulle være generel — ikke til en vis grad også har specifik karakter og begunstiger »visse virksomheder eller visse produktioner« ved at holde dem uden for det generelle system og bryde ligevægten.

54. Angående det første punkt, støttens selektivitet <sup>37</sup>, er det vigtigt at fastslå, om ikke den omtvistede foranstaltning bidrager til direkte eller indirekte at begunstige en særlig virksomhedskategori.

55. Domstolen har tidligere måttet tage stilling til gyldigheden af en »generel« støtteforanstaltning, som også indeholdt et element af forskelsbehandling over for en vis kategori lønmodtagere.

56. Således fastslog Domstolen i en sag mellem Kommissionen og Italien <sup>38</sup>, at denne medlemsstat havde begået traktatbrud ved ikke at træffe de nødvendige foranstaltninger

til ophævelse af en lovbestemmelse, som i forbindelse med nedsættelsen af arbejdsgiverbidraget til sygesikringsordningen (der kan betragtes som en generel støtteforanstaltning) sondrede mellem nedsættelsen for mandlige ansatte (4 point) og kvindelige ansatte (10 point). Ganske vist drejede drøftelserne sig især om den manglende ophævelse af den omtvistede foranstaltning. Men generaladvokat Simone Rozès anførte følgende i sit forslag til afgørelse:

»Under hensyn til, at skattefinansieringen af arbejdsgiverbidragene til sygesikringsordningen var tænkt at skulle omfatte *alle sektorer* <sup>39</sup> i den italienske økonomi, accepterede Kommissionen imidlertid, at *den ordning*, som var indført ved lov nr. 33 af 29. februar 1980, kun var en første etape og *var af så generel karakter, at den ikke faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 92, stk. 1, bortset fra bestemmelsen om, at arbejdsgiverbidraget for kvindelige lønmodtagere blev nedsat med et forholdsvis større beløb*. Den begunstigede nemlig visse af de sektorer, der er særligt aktive i samhandelen mellem medlemsstaterne, og i hvilke der i særlig grad anvendes kvindelig arbejdskraft, hvorfor der forelå en med fællesmarkedet uforenelig støtte« <sup>40</sup>.

57. I en sag mellem Kommissionen og Frankrig <sup>41</sup> tog Domstolen klarere stilling til en foranstaltning, hvorved der blev fastsat en præferencesats for rediskontering ved udførsel, der var 1,5 point højere end den almindeligt gældende sats, ved at statuere, at

36 — Se Rådets afgørelse af 28. juli 1989 om forbedring af erhvervs klimaet og fremme af udviklingen af virksomheder, især små og mellemstore virksomheder, i Fællesskabet (EFT L 239, s. 33).

37 — Et udtryk, der bl.a. benyttes af A. Mittera i »Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement«, Jupiter 1990, 2. udgave, s. 67.

38 — Dom af 14.7.1983, sag 203/82, Sml. s. 2525.

39 — Fremhævet i teksten.

40 — Mine fremhævelser.

41 — Dom af 10.12.1969, forenede sager 6/69 og 11/69, Sml. 1969, s. 143, org. ref.: Rec. s. 523.

»hverken den omstændighed, at den omtvistede præferencesats er anvendelig på alle nationale varer som eksporteres, og kun på disse, eller den omstændighed, at den franske regering ved at indføre den har haft til hensigt at tilnærme denne sats til de i de andre medlemslande anvendte satser, kan fratage den omtvistede foranstaltning karakteren af en støtte, som er forbudt uden for de i traktaten foreskrevne tilfælde og fremgangsmåder«<sup>42</sup>.

58. Men Domstolen har hidtil ikke fastsat de kriterier, der gør det muligt at sondre mellem en generel økonomisk-politisk foranstaltning og en generel støtteforanstaltning. C. Quigley, som jeg citerer i mit forslag til afgørelse i Sloman Neptun-sagen<sup>43</sup>, har således udtalt: »The dividing line between general aids and general measures of economic policy may be rather obscure«. Det er faktisk vanskeligt at skelne her, idet kriteriet for, om foranstaltningen er generel eller »normal«, ikke kan fastsættes entydigt.

59. Således kan man i den foreliggende sag hævde, at den almindelige regel går ud på at yde den afskedigede lønmodtager retslig beskyttelse, hvilket vil sige at KSchG's § 23, stk. 1, er en undtagelse.

60. Men det kan med lige så god ret påstås, at sidstnævnte bestemmelse udgør en generel foranstaltning, inden for hvis rammer der måske findes undtagelser, dvs. særlige virksomheds- eller lønmodtagerkategorier, som begunstiges.

61. Med andre ord kan systemets generelle karakter vurderes i forhold til enten arbejdsretten og beskyttelsen af den afskedigede lønmodtager eller den særlige ordning for »mindre« virksomheder.

62. Men uanset hvilket synspunkt der anlægges, vil denne debat være meningsløs, såfremt det godtgøres, at foranstaltningen er berettiget ved systemets karakter eller forvaltning.

63. Jeg erindrer om, at det er Domstolen, der i ovennævnte dom i sagen Italien mod Kommissionen<sup>44</sup> fastslog, at en undtagelse kan berettiges ved systemets karakter eller forvaltning, hvilket Kommissionen har bygget sine skriftlige indlæg på. Domstolen skulle i nævnte sag udtale sig om gyldigheden af en bestemmelse, som for tre år nedsatte de sociale bidrag med 15-10% til fordel for virksomheder i tekstilsektoren, og fastslog:

»... Man må slutte, at den delvise nedsættelse af de sociale byrder, som i form af familietilskud påhviler arbejdsgiverne i tekstilsektoren, er en foranstaltning, som delvist skal fritage virksomhederne inden for en særlig industrisektor for de pekuniære byrder, som følger af en normal anvendelse af det almindelige sociale forsorgssystem, *uden at denne fritagelse berettiges ved dette systems karakter eller forvaltning*«<sup>45</sup>.

64. I den foreliggende sag er den påtænkte undtagelse berettiget ved to forhold, dels »intuitus personae«, som er bestemmende

42 — Præmis 21.

43 — Punkt 50.

44 — Se note 22 ovenfor.

45 — Præmis 33, min fremhævelse.

for forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager i »mindre« virksomheder, dels det forhold, at det er fysisk umuligt at tilbyde arbejdstageren andet arbejde i samme virksomhed.

65. Som Kommissionen har anført <sup>46</sup>, er det generelle formål med ordningen vedrørende socialt uberettigede afskedigelser at fremme den ansattes genansættelse, idet der kun er tale om udbetaling af retlige eller aftalemæssige godtgørelser, såfremt arbejdsforholdet ikke kan opretholdes.

66. Men i »mindre« virksomheder støder denne »beskyttelse af velerhvervede rettigheder« meget hurtigt mod ovennævnte grænser, som berettiger foranstaltningens karakter af en undtagelse.

67. Det følger af det ovenfor anførte, at en foranstaltning som den omtvistede ikke ifølge sin natur er omfattet af forbuddet i artikel 92, stk. 1.

68. Skulle Domstolen imidlertid ikke tilslutte sig denne løsning, men finde, at en sådan foranstaltning ifølge sin natur er en støtte, tilkommer det Kommissionen at måle dens virkninger og bevise, at den påvirker handelen mellem medlemsstaterne og fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene.

69. Som Domstolen nemlig for nylig har fastslået i sin dom i sagen Compagnie

Commerciale de l'Ouest m.fl. mod Receveur principal des douanes de La Pallice Port <sup>47</sup>, kan

»en skattelignende afgift som den her foreliggende, afhængig af anvendelsen af afgiftsprovenuet, udgøre en statsstøtte, der er uforenelig med det fælles marked, hvis betingelserne i traktatens artikel 92 er opfyldt. Afgørelsen af, om disse betingelser er opfyldt, skal træffes på grundlag af den procedure, der med henblik herpå er fastsat i traktatens artikel 93« <sup>48</sup>.

70. I tilfælde af, at den forelæggende rets første spørgsmål besvares benægtende — og det er det, jeg foreslår — anmoder den Domstolen om at angive, om KSchG's § 23, stk. 1, tredje punktum, indebærer en indirekte forskelsbehandling af kvinder, som er i strid med artikel 5 og 2 i ovennævnte direktiv 76/207.

71. Den pågældende nationale bestemmelse har følgende ordlyd: »Ved fastsættelsen af antallet af beskæftigede arbejdstagere efter andet punktum medtages kun arbejdstagere, hvis regelmæssige arbejdstid overstiger ti timer ugentligt eller 45 timer månedligt«.

72. Den forelæggende ret har i sin kendelse anført de fællesskabsbestemmelser, den navnlig sigter på, nemlig direktivets artikel 5, stk. 1, hvori det hedder: »Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på

46 — S. 10 og 11 (i den franske oversættelse af dens bemærkninger).

47 — Dom af 11.3.1992, forenede sager C-78/90 — C-83/90, Sml. I, s. 1847.

48 — Præmis 35, min fremhævelse.

grundlag af køn«, og artikel 2, stk. 1, der lyder: »Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«.

73. Man må indledningsvis, som Kommissionen anfører i sit skriftlige indlæg<sup>49</sup>, se på, om en privatperson, i den foreliggende sag P. Kirsammer-Hack, kan påberåbe sig visse i et direktiv indeholdte forpligtelser over for en anden privatperson, arbejdsgiveren.

74. Spørgsmålet, om direktivet er blevet gennemført inden for de i direktivets artikel 9 fastsatte frister, har på intet tidspunkt været nævnt under den skriftlige eller mundtlige forhandling.

75. Ved første øjekast kan denne undladelse synes generende. De fleste af Domstolens afgørelser i sager, der går ud på at fastslå, om en privatperson over for en anden privatperson kan påberåbe sig et direktivs bestemmelser, har drejet sig om direktiver, der ikke er gennemført.

76. Dog udgør de manglende oplysninger på dette punkt ikke nogen uovervindelig hindring.

77. For det første har Domstolen allerede fastslået, at direktivets artikel 5, stk. 1, er ubetinget og præcis, bl.a. i dommen i Marshall-sagen<sup>50</sup>, hvori det hedder:

»Hvad endelig angår spørgsmålet, om bestemmelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv

76/207, der gennemfører princippet om ligebehandling som fastslået ved direktivets artikel 2, stk. 1, efter sit indhold fremstår som ubetinget og tilstrækkelig præcis til, at en privat kan støtte ret herpå over for staten, skal det bemærkes, at bestemmelsen, isoleret betragtet, generelt og utvetydigt forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår. Bestemmelsen er derfor tilstrækkelig præcis til, at en privat kan støtte ret på den og den nationale domstol lægge den til grund«<sup>51</sup>.

78. Domstolen påpegede ligeledes i denne dom, at

»et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer«<sup>52</sup>.

79. Med udgangspunkt i princippet om, at en manglende eller mangelfuld gennemførelse af et direktiv alene kan lægges staten til last, og at staten ikke kan udnytte sin egen tilsidesættelse af fællesskabsretten til egen fordel, har Domstolen givet begrebet »stat« bred betydning, der sammenfattes som følger i Foster-dommen<sup>53</sup>:

»... Domstolen [har] ud fra disse betragtninger i en række sager statueret, at borgerne

51 — Præmis 52.

52 — Præmis 48.

53 — Dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Sml. I, s. 3313.

49 — Punkt 25 og 26.

50 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Sml. s. 723.

kunne støtte ret på ubetingede og tilstrækkelig præcise direktivbestemmelser over for organer eller enheder, som var undergivet statslig myndighed eller kontrol, eller som havde særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne.

Domstolen har således statueret, at der kunne støttes ret på et direktivs bestemmelser over for afgiftsmyndigheder (dom af 19.1.1982, Becker, jf. ovenfor, og dom af 22.2.1990, sag C-221/88, EKSF mod konkursboet efter Acciairie e Ferriere Busseni, Sml. I, s. 495), lokalforvaltninger (dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo mod Comune di Milano, Sml. s. 1839), og forfatningsmæssigt uafhængige offentlige myndigheder, der har fået til opgave at opretholde den offentlige ro og orden (dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Sml. s. 1651), samt offentlige sundhedsmyndigheder (dom af 26.2.1986, Marshall, jf. ovenfor).

Heraf følger, at et organ, som — uanset sin retlige organisationsform — ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, i hvert fald hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning<sup>54</sup>.

80. En privat arbejdsgiver kan under ingen omstændigheder sidestilles med en offentlig

myndighed med særlige beføjelser. Er direktivet ikke gennemført, kan den nationale ret således ikke a priori direkte anvende et direktivs bestemmelser, selv om de er nok så klare, præcise og ubetingede, over for ham.

81. Virkningerne af dette princip begrænses imidlertid ved et begreb, Domstolen anvender i sine afgørelser, nemlig »overensstemmende fortolkning af intern ret«.

82. Dette begreb blev for første gang anvendt i Domstolens dom af 10. april 1984 i sagen von Colson og Kamann<sup>55</sup>. Den nationale domstol havde her spurgt, om en national lovgivning, der begrænser erstatningskravet for personer, som har været udsat for forskelsbehandling, til en rent symbolsk godtgørelse, imødekommer direktivets krav. Domstolen fastslog følgende, nemlig at

»... den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens artikel 189, stk. 3«<sup>56</sup>

54 — præmis 18, 19 og 20.

55 — Sag 14/83, Sml. s. 1891.

56 — Præmis 26, min fremhævelse.

og konkluderede nærmere:

»... Det tilkommer den nationale domstol, *under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret*, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav«<sup>57</sup>.

83. Domstolen har siden bekræftet denne holdning og udtalt, at den nationale domstol skal fortolke en intern lov, der er vedtaget for at gennemføre et direktiv, i lyset af direktivets ånd og formål<sup>58</sup>.

84. Generaladvokat Van Gerven er gået længere endnu i Barber-sagen<sup>59</sup>, hvor han foreslog, at Domstolen ikke begrænsede muligheden for en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten til alene at gælde en national lovgivning, som er vedtaget med henblik på gennemførelse af en fællesskabsbestemmelse. Han anførte bl.a.:

»I dette tilfælde drejer det sig ikke om det pågældende direktivs direkte virkning i forholdet mellem borgerne, men om den naturlige anvendelse af national ret, *således som den fortolkes af domstolene i overensstemmelse med fællesskabsretten* ... Efter min opfattelse indebærer dette, at en sådan fortolkning, som er i overensstemmelse med direktivet, *ikke kan begrænses til en fortolkning af den nationale lovgivning, der ligger efter vedtagelsen af det pågældende direktiv, eller af den nationale lovgivning, som specielt er vedtaget med henblik på gennemførelsen af det pågældende direktiv* ... National

gennemførelseslovgivning vil vel ofte være inddraget i sagen — som det også var tilfældet i von Colson-sagen — men det behøver ikke at være tilfældet«<sup>60</sup>

og tilkendegav endnu klarere i Marleasing-sagen<sup>61</sup>:

»Pligten til at anlægge en fortolkning, der er i overensstemmelse med direktivet, opstår hver gang, den nationale lovbestemmelse *på en eller anden måde* kan fortolkes«<sup>62</sup>.

85. Domstolen har derpå i sidstnævnte sag, hvor Rådets direktiv 68/151/EØF ikke var gennemført, således at der ikke var nogen national gennemførelsesslov, der kunne danne grundlag for en fortolkning, fastslået

»at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3<sup>63</sup>

... at kravet om fortolkning af national ret i overensstemmelse med artikel 11 i direktiv 68/151 udelukker en fortolkning af nationale lovbestemmelser vedrørende aktieselskaber,

57 — Præmis 28, min fremhævelse.

58 — Se bl.a. dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 53.

59 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Sml. I, s. 1889.

60 — Mine fremhævelser.

61 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Sml. I, s. 4135.

62 — Punkt 8 i forslaget til afgørelse. Min fremhævelse.

63 — Præmis 8.

der medfører, at et aktieselskab kan erklæres ugyldigt af andre grunde end de i direktivets artikel 11 opregnede«<sup>64</sup>

og konkluderet:

»Herefter skal det forelagte spørgsmål besvares således, at en national domstol, der behandler en sag, der henhører under anvendelsesområdet for Rådets direktiv 68/151, skal fortolke de nationale retsfor skrifter i lyset af direktivets ordlyd og formål; et aktieselskab kan således ikke erklæres ugyldigt af andre grunde end de i direktivets artikel 11 opregnede«<sup>65</sup>.

86. Domstolen er således gået længere end i von Colson-sagen og har udvidet anvendelsen af princippet om overensstemmende fortolkning til at gælde alle nationale retsfor skrifter også dem, der er yngre end direktivet, eller som ligger uden for direktivet.

87. Domstolen bør bekræfte denne holdning.

88. Kommissionen har rejst et andet indledende spørgsmål, nemlig om den retspraksis vedrørende indirekte forskelsbehandling, der er udviklet på grundlag af traktatens artikel 119, kan anvendes i den foreliggende sag, hvor det drejer sig om direktiv 76/207.

89. Domstolen har i Ruzius-Wilbrink-sagen<sup>66</sup> om ydelser til deltidsbeskæftigede i tilfælde af uarbejdsdygtighed på grundlag af artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF bekræftet sin sædvanlige praksis med hensyn til artikel 119, som bl.a. er kommet til udtryk i Jenkins-dommen<sup>67</sup>, således at

»... artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at der som led i en national lovgivning, hvorefter forsikrede, der bliver uarbejdsdygtige, har ret til en social mindsteindkomst, gælder en undtagelsesbestemmelse om, at forsikrede, der har haft deltidsbeskæftigelse, kun kan modtage en ydelse svarende til den lønindtægt, de har haft, når denne foranstaltning rammer et langt større antal kvinder end mænd, medmindre den nævnte lovgivning er begrundet i objektive forhold, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn«<sup>68</sup>.

90. Domstolen finder således, at dens praksis med hensyn til indirekte forskelsbehandling i henhold til artikel 119 tillige omfatter de direktiver, der er truffet til gennemførelse af denne bestemmelse. Det samme må derfor gælde for direktiv 76/207.

91. Efter de indledende bemærkninger vil jeg nu søge at forsyne den forelæggende ret med de elementer, der er nødvendige for at fastslå, om KSChG's § 23, stk. 1, tredje punktum, har diskriminerende karakter eller ej.

64 — Præmis 9.

65 — Præmis 13, min fremhævelse.

66 — Dom af 13.12.1989, sag C-102/88, Sml. s. 4311.

67 — Dom af 31.3.1981, sag 96/80, Sml. s. 911.

68 — Ruzius-dommen, jf. ovenfor, præmis 17.

92. Denne bestemmelse, som fastsætter en særlig optællingsmåde, indebærer ingen direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. Dens ordlyd er nemlig helt neutral.

93. Derfor skal det undersøges, om det forhold, at »mindre« virksomheder ikke skal medregne ansatte, der er beskæftiget under ti timer om ugen eller 45 timer om måneden, udgør en indirekte forskelsbehandling af kvinder. Det skal dog præciseres, at selve optællingsmåden kun er diskriminerende på grundlag af de følger, den får på grund af klassificeringen af den pågældende virksomhed i kategorien »mindre« virksomheder. P. Kirsammer-Hack tælles faktisk med ved beregningen af personalets størrelse, hun er ikke en af dem, der ikke medregnes, fordi de arbejder under ti timer om ugen eller 45 timer om måneden. Alligevel kan hun ikke påberåbe sig den almindelige beskyttelse mod uberettiget opsigelse.

94. Følgelig må man, som foreslået af Kommissionen <sup>69</sup>, for at give et fyldestgørende svar på spørgsmålet, også se på, hvilken ulempe der reelt påføres ansatte i »mindre« virksomheder, nemlig at de ikke nyder fordel af den adgang til at gå til domstolene, der er fastsat i den almindelige ordning.

95. Ifølge Domstolens praksis tilkommer det den nationale domstol dels at fastslå, om der virkelig er tale om forskelsbehandling, dels at undersøge, om forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

96. Hvad angår det første punkt — vurderingen af, om der reelt diskrimineres — har

Domstolen flere gang udtalt, at dette faktiske forhold henhører under den forelæggende rets kompetence. Således har Domstolen i Jenkins-dommen, jf. ovenfor, som drejede sig om aflønningen af deltidsbeskæftigede i en virksomhed i beklædningsindustrien, hvis timeløn var 10% lavere end timelønnen for fuldtidsbeskæftigede, udtalt:

»Hvor der er forskel i timelønnen for deltids- og fuldtidsbeskæftigelse, tilkommer det i hvert enkelt tilfælde den nationale ret, på grundlag af de faktiske omstændigheder, sagens forhistorie og arbejdsgiverens begrundelse, at afgøre om en lønpolitik som den i hovedsagen omtvistede i virkeligheden indebærer forskelsbehandling på grundlag af arbejdstagerens køn, selv om den fremstilles som en forskel, der beror på det ugentlige antal arbejdstimer, eller om dette ikke er tilfældet« <sup>70</sup>.

97. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der er huller i de statistiske oplysninger, som både den forelæggende ret og den tyske regering har henvist til.

98. Den forelæggende ret har anført, at »90% af alle deltidsbeskæftigede i Forbundsrepublikken Tyskland er kvinder« <sup>71</sup>, uden at angive hvilken andel af disse der arbejder i »mindre« virksomheder.

99. Den tyske regering har i sit svar på Domstolens spørgsmål ikke anført noget tal

69 — Punkt 30 i dens indlæg.

70 — Præmis 14.

71 — S. 22 i anmodningen om præjudiciel afgørelse.



for andelen af kvinder, der er beskæftiget i de »mindre« virksomheder (inklusive dem, som ikke medregnes, fordi de arbejder under ti timer om ugen eller 45 timer om måneden). Tallene fra virksomhedsundersøgelsen i 1987 viser, at der i virksomheder med én til fire ansatte er forholdsvis flere mænd (75%) end kvinder (25%).

100. Hvad angår det andet punkt — om foranstaltningen er begrundet i objektive forhold, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn — tilkommer det også her den forelæggende ret at analysere de faktiske omstændigheder, såfremt det godtgøres, at der foreligger forskelsbehandling. Domstolen har imidlertid i Bilka-dommen<sup>72</sup> opstillet visse fortolkningsprincipper i forbindelse med bedømmelsen af de grunde, der anføres som forklaring på foranstaltningen, ved at fastslå følgende:

»... Hvis den nationale ret konstaterer, at de midler, Bilka har valgt, er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, er egnede til at opnå det mål, den forfølger, og er nødvendige herfor, er den omstændighed, at de omhandlede foranstaltninger rammer et meget større antal kvindelige end mandlige arbejdstagere, ikke tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at der foreligger en tilside-sættelse af artikel 119«<sup>73</sup>.

101. Endelig har Domstolen i Rinner-Kühn-dommen<sup>74</sup>, som blev afsagt i forbindelse med en bestemmelse, der svarer til den i denne sag omtvistede bestemmelse, og som blev forkastet, fordi arbejdsgiverens pligt til fortsat at udbetale løn ved sygdom i seks

uger ikke kunne gælde for ansatte, hvis arbejdstid ikke oversteg ti timer om ugen eller 45 timer om måneden, på grundlag af artikel 119 udtalt:

»Det tilkommer den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder og til at fortolke den nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang en lovbestemmelse, som gælder uafhængigt af arbejdstagerens køn, men som faktisk rammer langt flere kvinder end mænd, er berettiget af objektive grunde, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn«<sup>75</sup>.

102. I den foreliggende sag har parterne i både deres skriftlige og mundtlige indlæg gjort meget ud af lovgivers motiver for så vidt angår støtte til »mindre« virksomheder. Blandt de mål, der forfølges, kan således nævnes skabelse af arbejdspladser og en mere dynamisk industri, der lettere kan tilpasse sig den økonomiske udvikling.

103. Jeg foreslår derfor at besvare dette andet spørgsmål således, at det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, om der eventuelt har været tale om indirekte forskelsbehandling, og, såfremt den på grundlag af de foreliggende oplysninger konkluderer, at det er tilfældet, at fastslå, om den omtvistede foranstaltning er berettiget af objektive grunde, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

<sup>72</sup> — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Sml. s. 1607.

<sup>73</sup> — Præmis 36.

<sup>74</sup> — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Sml. s. 2743.

<sup>75</sup> — Præmis 15.

104. En sidste bemærkning. Uden at gribe ind i den forelæggende rets kompetence forekommer det mig, at såfremt den omtvistede foranstaltning ikke betragtes som støtte, fordi den er berettiget ved systemets karakter eller forvaltning, bør denne begrundelse have afgørende indflydelse på rettens vurdering.

105. Jeg foreslår derfor, at Domstolen kender for ret:

- »1) EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, rammer ikke en national bestemmelse om, at virksomheder med fem ansatte eller derunder er undtaget fra den almindelige ordning vedrørende beskyttelse af arbejdstagere mod uberettiget opsigelse.
  
- 2) Artikel 2 og 5 i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår er til hinder for, at en national lovgivning undtager virksomheder med fem ansatte eller derunder fra den almindelige ordning vedrørende beskyttelse mod uberettiget opsigelse, såfremt det godtgøres, at denne undtagelse faktisk rammer betydeligt flere kvinder end mænd, medmindre den er berettiget af objektive grunde, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.«