

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. DARMON

van 25 november 1992 \*

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

1. Met de onderhavige prejudiciële beschikking stelt het Arbeitsgericht Reutlingen u achtereenvolgens twee vragen die hun oorsprong vinden in de uitsluiting van kleine ondernemingen van de algemene regeling tot bescherming tegen ontslag. Daar de verwijzende rechterlijke instantie naar nationaal recht enkel het ontbreken van rechterlijke controle van de ontslagredenen kan vaststellen, wenst zij van u te vernemen of de uitzonderingsregeling waardoor de kleine ondernemingen worden begunstigd, kan worden gekwalificeerd als steun in de zin van artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag en zo neen of deze regeling een indirecte discriminatie van vrouwen kan opleveren.

2. Voor de bespreking van het geschil is het noodzakelijk, de geldende nationale bepalingen op het gebied van ontslag uiteen te zetten. Deze bepalingen van arbeidsrecht — vermeld in het rapport ter terechtzitting, waarnaar ik met name voor de bewoordingen van de relevante teksten verwijs — staan in het Kündigungsschutzgesetz (hierna: „KSchG”) en worden gekenmerkt door de mogelijkheid die de ontslagen werknemer in het algemeen heeft om bij de rechtbank voor arbeidszaken te laten nagaan of zijn ontslag gerechtvaardigd is.

3. Indien het ontslag sociaal ongerechtvaardigd blijkt<sup>1</sup>, moet de werknemer weer in de onderneming worden herplaatst.<sup>2</sup> De herplaatsing echter, die nog steeds het beginsel is, kan, indien blijkt dat het arbeidscontract voor zowel de werkgever als de werknemer niet kan worden gehandhaafd, worden vervangen door de betaling van een uitkering die twee vormen kan hebben. Zij wordt hetzij door de rechter zelf<sup>3</sup> vastgesteld, hetzij bij overeenkomst tussen partijen, die zo een soms langdurig en kostbaar proces voorkomen. In het laatste geval, en volgens de verklaringen van de verwijzende rechterlijke instantie, is het zo, dat de uitkering „varieert van een half tot een heel maandsalaris per dienstjaar”.<sup>4</sup>

4. Aan de twee gestelde vragen ligt ten grondslag, dat § 23, lid 1, tweede en derde zin, KSchG de ondernemingen, die ik verder als „kleine” ondernemingen kwalificeer, vrijstelt van de bovenvermelde rechterlijke controle; dat zijn die ondernemingen „waar gewoonlijk vijf of minder werknemers in dienst zijn (...). Bij de vaststelling van het aantal werknemers (...) moet enkel rekening worden gehouden met de werknemers met

1 — § 1 van het KSchG omschrijft als sociaal ongerechtvaardigd een ontslag dat niet is gebaseerd „op redenen die verband houden met de persoon of het gedrag van de werknemer dan wel met dwingende bedrijfsomstandigheden die voortzetting van de tewerkstelling van de werknemer bij deze onderneming niet langer mogelijk maken”.

2 — Zie het begrip „bescherming van de bestaande toestand” dat door de Commissie is uiteengezet in punt 4 van haar schriftelijke opmerkingen.

3 — § 9 en § 10 KSchG.

4 — Zie de verwijzingsbeschikking.

\* Oorspronkelijke taal: Frans.

een normale arbeidstijd van meer dan 10 uur per week of 45 uur per maand.”<sup>5</sup>

5. Verzoekster in het hoofdgeding, Kirsammer-Hack, had vóór haar ontslag een jaar gewerkt als assistente in een tandartspraktijk die bestond uit twee volledige werkneemsters, twee werkneemsters (waaronder verzoekster) die meer dan tien uur per week of 45 uur per maand werkten, en ten slotte vier werknemers die minder dan tien uur per week of 45 uur per maand werkten. Derhalve viel de onderneming, doordat zij minder dan vijf werknemers die aan de hierboven genoemde criteria voldeden<sup>6</sup>, in dienst had, onder de bepalingen van § 23, lid 1, KSchG en behoeft de werkgever zich op het gebied van personeelontslag enkel aan de gebruikelijke opzegtermijn te houden, welke in casu in acht is genomen. Kirsammer-Hack beriep zich echter, ondanks het ontbreken van toepasselijke nationale bepalingen, op de sociaal ongerechtvaardigde aard van haar ontslag.

6. Daar het verzoek niet op nationaal niveau kon worden afgedaan, aangezien verzoekster niet tot een beschermde groep werknemers behoorde en zich niet kon beroepen op rechtsmisbruik, heeft de rechter a quo besloten de bepalingen van § 23, lid 1, tweede en derde zin, KSchG te doen toetsen aan het gemeenschapsrecht. Hij verzoekt u bijgevolg de verenigbaarheid van deze paragraaf, inzonderheid van de tweede zin van lid 1, met artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag te beoordelen en, ingeval het volgens u niet om het begrip steun gaat, de zaak vervolgens te bezien aan de hand van de artikelen 2 en 5

van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden<sup>7</sup> (hierna: „richtlijn”).

7. Artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag bepaalt: „Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.”

8. Wederom zij opgemerkt dat dit artikel geen nadere omschrijving van het begrip steun geeft en alleen de gevolgen (de steun vervalst de mededinging) en de herkomst (de steun wordt verleend door de staten of met staatsmiddelen bekostigd) ervan vaststelt.

9. Uw rechtspraak heeft het begrip steun echter nauwkeuriger omlind.

10. In een arrest van 23 februari 1961<sup>8</sup>, dat het EGKS-Verdrag betrof, maar waarvan de criteria ook voor het EEG-Verdrag gelden, heeft u, na al te hebben gewezen op het ontbreken van een nauwkeuriger inhoud van het

5 — § 23, lid 1, tweede en derde zin, KSchG.

6 — Anders dan de telling door de verwijzende rechterlijke instantie in haar verwijzingsbeschikking, moet het aantal werknemers waarmee uit hoofde van § 23, lid 1, KSchG rekening moet worden gehouden, op vier en niet op drie worden gesteld.

7 — PB 1976, L 39, blz. 40.

8 — De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg (zaak 30/59, Jurispr. 1961, blz. 3).

begrip steun, in brede trekken een omschrijving gegeven die daarna regelmatig is herhaald:

„(...) het begrip hulp echter van algemener strekking is dan het begrip subsidie, daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, doch eveneens maatregelen welke, in verschillende vormen, verlichting brengen in de lasten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor — zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn — van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden”.<sup>9</sup>

11. Alvorens nader in te gaan op de kenmerken van steun, moet allereerst worden geantwoord op het door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland geopperde bezwaar<sup>10</sup>, dat een particulier of een nationale rechter onmogelijk beroep kan doen op artikel 92 wanneer er geen beslissing van de Commissie is.

12. Tot staving van haar betoog verwijst zij naar het arrest *Steinike & Weinlig* van 22 maart 1977 (r. o. 10)<sup>11</sup>:

„de particulieren de verenigbaarheid van een steunmaatregel met het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter niet met een beroep op artikel 92 alleen kunnen betwisten, noch hem ten principale of bij wege van incident kunnen verzoeken de onverenigbaarheid ervan vast te stellen”.

13. Het lijdt namelijk geen twijfel, dat op het gebied van steun de rol van de Commissie bepalend is en dat een verklaring van

onverenigbaarheid alleen kan voortvloeien uit de procedure van artikel 93 EEG-Verdrag. Dienaangaande heeft u reeds geoordeeld, dat

„de bepalingen van artikel 92, lid 1, met betrekking tot deze steunmaatregel bedoeld zijn om in de rechtsorde der Lid-Staten effect te sorteren — zodat daarop voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan —, wanneer zij zijn uitgewerkt in handelingen van algemene strekking als bedoeld in artikel 94 of, in bepaalde casusposities, in besluiten als bedoeld in artikel 93, lid 2”.<sup>12</sup>

14. Het door de Duitse regering aangehaalde arrest heeft weliswaar betrekking op het gestelde probleem, namelijk dat binnen de nationale rechtsorde op initiatief van hetzij een particulier, hetzij een rechterlijke instantie beroep kan worden gedaan op artikel 92, maar daarbij moet toch worden opgemerkt, dat volgens artikel 177 EEG-Verdrag een nationale rechter zeker artikel 92 mag inroepen, zonder echter zelf over de verenigbaarheid daarmee van een steunmaatregel te kunnen beslissen.

15. In het reeds aangehaalde arrest geeft u dienaangaande een zeer duidelijk antwoord, namelijk dat

„een nationale rechter zich aldus genoodzaakt kan zien de term steunmaatregel in artikel 92 uit te leggen en toe te passen, ten einde vast te stellen of een overheidsmaatregel, die buiten de voorafgaande controleprocedure van artikel 93, lid 3, om is ingesteld, daaraan al dan niet moet worden onderworpen;

9 — Blz. 39.

10 — Blz. 4 van haar opmerkingen.

11 — Zaak 78/76, *Jurispr.* 1977, blz. 595.

12 — Arrest van 19 juni 1973 (zaak 77/72, *Capolongo*, *Jurispr.* 1973, blz. 611, r. o. 6); zie ook de laatste alinea van r. o. 10 van het arrest *Steinike & Weinlig*.

dat het in elk geval volgens artikel 177 EEG-Verdrag de nationale rechter zelf is die heeft te beslissen over de relevantie van de vragen die hij in het kader van de procedure van dat artikel stelt;

artikel 93 EEG-Verdrag de nationale rechter niet belet het Hof van Justitie een vraag te stellen over de uitlegging van artikel 92, wanneer hij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis, met dien verstande dat die rechter, bij gebreke van uitvoeringsverordeningen in de zin van artikel 94, niet bevoegd is uitspraak te doen op een verzoek tot vaststelling van de onverenigbaarheid met het Verdrag van een bestaande steunmaatregel (...) dan wel een nieuwe steunmaatregel (...).<sup>13</sup>

16. Bijgevolg staat niets voortzetting van mijn bespreking op het gebied van artikel 92, lid 1, in de weg.

17. Uw rechtspraak verwijst dienaangaande naar de drie begrippen herkomst, aard en gevolgen van de steun.

18. Ik heb in mijn conclusie in de zaak *Slo-man Neptun*<sup>14</sup>, uitvoerige aandacht besteed aan het punt herkomst van de steun.

19. Het lijkt mij niet nodig die volledig te herhalen, en ik zal ze, zonder mij tot een enkele verwijzing te beperken, in grote lijnen samenvatten.

13 — R. o. 14 en 15.

14 — Gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, conclusie van 17 maart 1992 (zie met name de punten 12-47).

20. Enerzijds heb ik herinnerd aan uw vaste rechtspraak, volgens welke

„artikel 92 ziet op alle steunmaatregelen van staten of met staatsmiddelen bekostigd, ongeacht of de steun rechtstreeks door de staat wordt verleend dan wel door van overheidswege ingestelde of aangewezen, publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen”<sup>15</sup>,

en, meer in het bijzonder, aan uw arrest *Van Tiggele*<sup>16</sup>, waarin u oordeelde, dat een maatregel „geen steunmaatregel in de zin van artikel 92 kan vormen”<sup>17</sup> wanneer zij aan de begunstigden ervan voordelen verleent die „noch direct, noch indirect, in de zin van artikel 92 met staatsmiddelen worden bekostigd”<sup>18</sup>.

21. Anderzijds heb ik inzake subsidie zowel op het basisstandpunt van de Commissie in haar besluit van 18 april 1985<sup>19</sup> gewezen als op uw arrest *Fediol*.<sup>20</sup> In beide gevallen wordt de last voor de schatkist als inherente voorwaarde voor het begrip subsidie gezien.

15 — Arrest van 13 januari 1985 (zaak 290/83, *Commissie/Frankrijk*, Jurispr. 1985, blz. 439, r. o. 14); zie ook arresten van 22 maart 1977 (zaak 78/76, *Steinike & Weinig*, Jurispr. 1977, blz. 595); 7 juni 1988 (zaak 57/86, *Griekenland/Commissie*, Jurispr. 1988, blz. 2855, r. o. 12), en 2 februari 1988 (gevoegde zaken 67/85, 68/85 en 70/85, *Van der Kooy*, Jurispr. 1988, blz. 219, r. o. 35).

16 — Arrest van 24 januari 1978 (zaak 82/77, *Jurispr.* 1978, blz. 25).

17 — R. o. 24.

18 — R. o. 25.

19 — Besluit van de Commissie 85/239/EEG tot beëindiging van de anti-subsidieprocedure betreffende de invoer van sojaschroot van oorsprong uit Argentinië (PB 1985, L 108, blz. 28); zie ook besluit van de Commissie 85/233/EEG van 16 april 1985 houdende beëindiging van de anti-subsidieprocedure betreffende de invoer van sojaschroot van oorsprong uit Brazilië (PB 1985, L 106, blz. 19, punt 12.3).

20 — Arrest van 14 juli 1988 (zaak 187/85, *Jurispr.* 1988, blz. 4155).

22. Na de opmerking, dat de Commissie en de Verenigde Staten dienaangaande verschillende standpunten innemen, en in het licht van een ontwikkeling van het gemeenschapsrecht op het gebied van steunmaatregelen die in de lijn ligt van een noodzakelijke coherentie met het anti-subsidie recht, heb ik u een uitlegging van artikel 92 voorgesteld die volgens mij de ratio legis van deze bepaling, namelijk het handhaven van gelijke concurrentieverhoudingen voor ondernemers in een concurrentiepositie, sterker afbakt.

23. Ook heb ik u erop gewezen, dat een steunmaatregel afkomstig is van de staat, hetgeen in de zin van artikel 92, lid 1, eerder betrekking heeft op de instantie die tot de maatregel heeft besloten (de staat of de overheidsinstellingen) dan op het orgaan of de persoon die voor de financiering ervan zorgt. Ik heb daaruit geconcludeerd, dat niet speciaal moet worden gezien naar de herkomst van de middelen, te meer daar het

„voornamelijk aankomt op de gevolgen van de steun voor de begunstigde ondernemingen en producenten”.<sup>21</sup>

24. Indien u strikt bij uw voorgaande rechtspraak blijft, met name bij uw standpunt in het arrest Van Tiggele, en de lijn die ik in overweging heb gegeven, dus niet wilt volgen, anders gezegd, indien u meent, dat de financiering met staatsmiddelen een essentiële voorwaarde is voor een steunmaatregel, zult u oordelen, dat de betrokken maatregel geen steun in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag is.

25. De beperking van de mogelijkheid voor de werknemer van een „kleine” onderneming om zijn ontslag in rechte te bestrijden, lijkt immers geen lasten voor de schatkist mee te brengen. De eventueel te betalen proceskosten moeten niet worden gezien als overheidsinkomsten, maar als vergoeding door de betrokken partij van de door de gerechtelijke administratie gemaakte kosten.

26. Bij afwezigheid van enig financieel „offer” van de overheid, zoudt u moeten concluderen, dat de maatregel in kwestie geen staatssteun is en zoudt u dus zonder meer kunnen overgaan tot beantwoording van de tweede vraag van de rechter a quo.

27. Toch blijf ik van mening, dat het ontbreken van financiering met staatsmiddelen niet volstaat om de kwalificering als steunmaatregel van een maatregel waartoe de staat of een van de overheidsinstellingen heeft besloten, uit te sluiten. Ik zal derhalve thans nader ingaan op de aard van de steun, daar volgens uw rechtspraak maatregelen die kunnen worden gerechtvaardigd door „de aard of de opzet van [dit] stelsel”<sup>22</sup>, niet onder het verbod van artikel 92, lid 1, vallen.

28. Dit onderzoek vereist een nadere beschouwing van de betrokken maatregel, wederom in het kader van de regelingen van alle Lid-Staten op het gebied van ontslag van werknemers in „kleine” ondernemingen.

21 — Arrest Steinike & Weinlig, reeds aangehaald, r. o. 21.

22 — Arrest van 2 juli 1974, meer in het bijzonder r. o. 15 (zaak 173/73, Italië/Commissie, Jurispr. 1974, blz. 709).

29. Zoals gezegd <sup>23</sup>, heeft de litigieuze maatregel tot doel een bijzondere categorie ondernemingen, namelijk die met vijf of minder werknemers in de zin van de nationale wet, te begunstigen door een regeling die derogeert aan het gemene recht inzake ontslag, gebaseerd op een controle van de ontslagredenen in de vorm van hetzij een onderzoek van het gedrag of van de beroepsbekwaamheid van de werknemer, hetzij de vereisten voor het goed functioneren van de onderneming.

30. De categorie „kleine” ondernemingen wordt in dit verband in de verschillende Lid-Staten verschillend opgevat.

31. Waar op het gebied van ontslag het begrip „kleine” onderneming een rol speelt, loopt dit uiteen: in Duitsland ondernemingen met vijf of minder werknemers, in Frankrijk ondernemingen met minder dan elf werknemers.

32. Bovendien maken bepaalde landen, zoals Denemarken, Griekenland en Nederland, geen enkel onderscheid naar de grootte van de onderneming.

33. Andere landen, zoals Ierland, hebben afgezien van een wijziging van het geldende recht door werknemers bij ondernemingen met minder dan vijf personen uit te sluiten, van de „Unfair Dismissals Act” van 1977, die zonder onderscheid voor alle ondernemingen geldt.

34. Italië hanteert het begrip „kleine” onderneming (die minder dan vijftien of in de landbouwsector minder dan vijf werknemers

in dienst heeft <sup>24</sup>), maar brengt het binnen de verplichte beschermingsregeling met als doel, in geval van ongerechtvaardigd ontslag, de betaling van schadevergoeding te bevorderen, aangezien terugplaatsing in een beperkte arbeidsstructuur moeilijk kan blijken te zijn.

35. Het Luxemburgse recht kent dit begrip ook, maar kent het op het gebied van ontslag een ondergeschikte plaats toe. De werkgever die minder dan vijf werknemers in dienst heeft, kan namelijk in zijn ontslagbrief kiezen voor hetzij de betaling van een uitkering bij vertrek, hetzij verlenging van de opzegtermijnen. <sup>25</sup>

36. Het Portugese recht past de algemene regeling ter bescherming tegen het „onrechtmatig” ontslag toe op de „kleine” ondernemingen. Ter vereenvoudiging van de procedure voorziet het nochtans voor ondernemingen met minder dan twintig werknemers enerzijds in de mogelijkheid om de personeelsvertegenwoordigers niet te raadplegen, en anderzijds in het recht van de werknemer om te kiezen voor een mondelinge of schriftelijke verdediging. <sup>26</sup>

37. Ten slotte sluit het recht van het Verenigd Koninkrijk de „kleine” ondernemingen niet van de algemene regeling uit. Daarentegen kan de rechtspraak, zonder een minimum aantal werknemers vast te stellen, bepaalde procedurele eisen voor hen verlichten.

38. Dit overzicht van bestaande wetgevingen leidt tot de conclusie, dat alleen Frankrijk en Duitsland beschikken over afwijkende

24 — Artikel 18 van wet nr. 300 van 20 mei 1970 („Statuto dei lavoratori”).

25 — Artikel 24, lid 3, van de wet van 24 mei 1989 inzake de arbeidsovereenkomst.

26 — Artikel 15 van besluitwet nr. 64-A/89.

23 — Supra, punten 2-4.

regelingen die de „kleine” ondernemingen uitsluiten van de algemene ontslagbeschermingsregeling. Deze twee Lid-Staten hebben voor de betrokken werknemers namelijk een minder beschermende regeling dan die van het gemene recht.

39. Waar men zich volgens de Duitse wetgeving — zoals reeds gezien — op het gebied van het ontslag bij een „kleine” onderneming alleen kan beroepen op rechtsmisbruik, is de Franse wetgeving ingewikkelder.

40. De Franse regeling, die van toepassing is op ondernemingen met meer dan tien werknemers met tenminste twee dienstjaren<sup>27</sup>, bepaalt dat, wanneer de rechtbank vaststelt, dat de aanleiding voor het ontslag niet reëel en ernstig is en herplaatsing niet mogelijk is, de werknemer aanspraak kan maken op een schadeloosstelling die tenminste gelijk is aan het salaris over de laatste zes maanden.

41. Dit wil echter niet zeggen, dat „kleine” ondernemingen in Frankrijk aan alle gerechtelijke controle op de ontslagredenen ontkomen. De werknemers bij ondernemingen met minder dan elf werknemers kunnen immers, in geval van ongerechtvaardigd ontslag, ongeacht hun anciënniteit, aanspraak maken op een schadeloosstelling die aan de hand van de geleden schade wordt berekend<sup>28</sup>, zonder dat een minimumschadeloosstelling is vastgesteld. Het staat dan aan de werknemer zijn materiële en morele schade aan te tonen. Deze schadeloosstelling kan cumuleren met die van de sanctie bij rechtsmisbruik.

42. Na dit algemene overzicht zal ik trachten vast te stellen, of een maatregel als die in geding onder het verbod van artikel 92, lid 1, kan vallen.

43. De maatregel van § 23, lid 1, tweede zin, KSchG is algemeen van toepassing op de sector „kleine” bedrijven, ongeacht hun productie of vestigingsplaats.

44. Een dergelijke maatregel, die in het EEG-Verdrag niet uitdrukkelijk als uitzondering voorkomt en door de doctrine wordt ondergebracht in de categorie steunmaatregelen die door de Commissie kunnen worden goedgekeurd, is door de Commissie realistisch en soepel behandeld.

45. Wat het standpunt van de Commissie op het gebied van kleine en middelgrote ondernemingen betreft, moet erop worden gewezen, dat zij wegens hun belang voor een hechte industriële structuur en de handhaving van een bepaald niveau van werkgelegenheid een voorkeurspositie innemen.

46. De Commissie doet hun doorslaggevende rol in economisch en sociaal opzicht en voor de werkgelegenheid duidelijk naar voren komen in een onderzoeksrapport over „het arbeidsrecht en de beroepsverhoudingen in de kleine en middelgrote ondernemingen in de Lid-Staten van de Gemeenschap”.<sup>29</sup>

27 — Artikel L 122-14-4 van de Code du travail.

28 — Artikel L 122-14-5 van de Code du travail.

29 — Luxemburg 1988, blz. 51.

47. Het in de verwijzingsbeschikking<sup>30</sup> aangehaalde rapport merkt met betrekking tot het individuele ontslag op, dat

„in veel landen van de Gemeenschap de wetgevingen die de ontslagen regelen, niet van toepassing zijn op de kleine ondernemingen, omdat men gewoonlijk meent, dat er in de kleine ondernemingen tussen de werkgever en zijn werknemer een verhouding van vertrouwen bestaat die is gebaseerd op de *intuitus personae* en, in de tweede plaats, dat voor de conflicten die binnen deze ondernemingen ontstaan, moeilijk een oplossing is te vinden. (...)

De ontslagregelingen hebben namelijk tot doel deze macht van de werkgever te beperken of tenminste te regelen. De macht van de werkgever is in het algemeen groter in de kleine (en zeer kleine) ondernemingen, aangezien de wetten het toepassingsgebied van de bepalingen waarin zij voorzien, gewoonlijk enkel in benedenwaartse richting beperken.

De ‚drempelwerking‘ bestaat ook op het gebied van ontslagen. Derhalve zijn de werknemers van kleine ondernemingen minder goed beschermd dan de werknemers van grote ondernemingen of ontbreekt het hun zelfs aan elke vorm van bescherming tegen willekeurige opzegging door hun werkgever.”

48. De nationale wetgevingen die voor „kleine” ondernemingen een afwijkende regeling bevatten, waardoor zij makkelijker en met minder kosten hun werknemers kunnen ontslaan, zijn derhalve zeer goed bekend bij de Commissie, die nooit het initiatief heeft genomen om ze als steunmaatregelen te kwalificeren.

49. De verwijzende rechterlijke instantie<sup>31</sup> haalt drie voorstellen voor richtlijnen aan en lijkt erop te duiden, dat de Commissie haar standpunt dienaangaande aan het wijzigen is. Ik merk op, dat het enige voorstel dat hier van belang is, namelijk dat inzake bepaalde arbeidsverhoudingen wat de distorsie van de mededinging<sup>32</sup> betreft, in artikel 3 de deeltijdwerknemers in aanmerking wil laten komen voor schadeloosstelling bij ontslag naar verhouding van de duur van het verrichten van hun diensten, waarbij wordt opgemerkt, dat de werknemers die minder dan acht uur per week werken, van het voordeel van deze bepalingen worden uitgesloten. Deze tekst, op 7 november 1990 door de Commissie gewijzigd<sup>33</sup>, is nog altijd niet aangenomen.

50. Daarentegen heeft deze instelling onlangs in een document van 20 mei 1992 betreffende de communautaire kaderregeling inzake overheidssteun voor het midden- en kleinbedrijf, het grote belang dat zij aan het midden- en kleinbedrijf hecht, nog eens bevestigd.<sup>34</sup>

51. De bevoorrechte plaats die voor hen is ingeruimd, zoals overigens de Duitse regering benadrukt<sup>35</sup>, wordt eveneens bevestigd in artikel 118 A, lid 2, tweede alinea, EEG-Verdrag: „In deze richtlijnen wordt vermeden zodanige administratieve, financiële en juridische verplichtingen op te leggen dat zij

31 — Punt 11 van de verwijzingsbeschikking.

32 — Document COM(90) 228 def. — SYN 280 van 8 september 1990 (PB 1990, C 224, blz. 6). Ik merk op, dat de twee andere voorstellen voor richtlijnen inzake de arbeidsvoorwaarden en maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers in een tijdelijke arbeidsbetrekking, geen bijzondere bepaling inzake ontslag bevatten.

33 — Document COM(90) 533 def. — SYN 280 (PB 1990, C 305, blz. 8).

34 — „De specifieke problemen waarmee kleine en middelgrote bedrijven te kampen hebben (...) vereisen een mate van positieve actie door de overheden om hun werkkterrein te vereffenen en de schaal wellicht enigszins in hun voordeel te doen doorslaan” (PB 1992, C 213, blz. 2, punt 1.4).

35 — Zie haar opmerkingen.



oprichting en ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen zouden kunnen hinderen.”

52. Het bevorderen van de oprichting en ontwikkeling van die bedrijven kan derhalve worden beschouwd als een doelstelling van de Gemeenschap.<sup>36</sup>

53. Voor een duidelijk antwoord op de vraag van de verwijzende rechterlijke instantie moet nog worden nagegaan of de litigieuze — a priori algemene — bepaling geen specifiek element bevat dat tot uiting komt in de begunstiging van „bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties” door ze aan de algemene opzet van het stelsel te laten ontsnappen en zo het evenwicht daarvan te verstoren.

54. Aangaande het eerste punt, de „selectiviteit van de steun”<sup>37</sup>, moet worden nagegaan of de maatregel in kwestie niet leidt tot een rechtstreekse of indirecte bevoordeling van een bijzondere categorie ondernemers.

55. U heeft reeds te maken gehad met de geldigheid van een „algemene” steunmaatregel waarbij sprake was van discriminatie ten opzichte van een bepaalde groep werknemers.

56. Zo heeft u in een zaak Commissie/Italië<sup>38</sup> geoordeeld, dat deze Lid-Staat zijn verdragsverplichtingen niet was nagekomen door niet de noodzakelijke maatregelen te

nemen om een wettelijke bepaling op te heffen die inzake het percentage van vermindering van de werkgeversbijdrage aan het stelsel van ziekteverzekering (dat kan worden beschouwd als een algemene steunmaatregel), voor het mannelijk personeel een andere vermindering (4 procentpunten) toekende dan voor het vrouwelijk personeel (10 procentpunten). De discussie had weliswaar vooral betrekking op het feit dat de bestreden maatregel niet was ingetrokken, maar in de conclusie van deze zaak merkte advocaat-generaal Rozès op:

„De Commissie geeft echter toe, dat het bij wet nr. 33 van 23 februari 1980 ingevoerde stelsel slechts een eerste aanloop vormt naar de uitbreiding van de fiscalisatie der werkgeversbijdragen aan het stelsel van ziekteverzekering tot de *gehele*<sup>39</sup> Italiaanse economie, en *voldoende algemeen is om niet onder de toepassing van artikel 92, lid 1, te vallen, behalve op één punt, namelijk de grotere vermindering voor vrouwelijke werknemers*. Deze vermindering begunstigt bepaalde produktiesectoren die bijzonder actief zijn in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten en voornamelijk vrouwelijke werkkrachten gebruiken, en vormt zodoende een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel.”<sup>40</sup>

57. In een zaak Commissie/Frankrijk<sup>41</sup> heeft u zich veel duidelijker uitgesproken over een maatregel die voorziet in een preferentieel herdiscontotarif voor de uitvoer, dat 1,5 punt afwijkt in vergelijking met het tarief van het gemene recht:

36 — Zie besluit van de Raad van 28 juli 1989 inzake de verbetering van het ondernemingsklimaat en de bevordering van de ontwikkeling van ondernemingen, in het bijzonder van midden- en kleinbedrijf, in de Gemeenschap (PB 1989, L 239, blz. 33).

37 — Deze uitdrukking is met name gebruikt door A. Mattera in „Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement”, Jupiter, 1990, 2<sup>e</sup> druk, blz. 67.

38 — Arrest van 14 juli 1983 (zaak 203/82, Jurispr. 1983, blz. 2525).

39 — Cursivering in de tekst.

40 — Cursivering van mij.

41 — Arrest van 10 december 1969 (gevoegde zaken 6/69 en 11/69, Jurispr. 1969, blz. 523).

„dat noch de omstandigheid dat het litigieuze preferentiële tarief op alle uitgevoerde nationale produkten — en daarop alleen — toepasselijk is, noch de omstandigheid dat de Franse regering zich bij de invoering van dat tarief zou hebben voorgesteld het te doen naderen tot de tarieven welke in de andere Lid-Staten worden toegepast, aan de litigieuze maatregel de aard kan ontnemen van een buiten de in het Verdrag voorziene gevallen en procedures verboden steunmaatregel”.<sup>42</sup>

58. U heeft tot dusver evenwel geen criteria aangegeven om een algemene economische beleidsmaatregel te kunnen onderscheiden van een algemene steunmaatregel. Zoals C. Quigley schrijft, die ik citeerde in mijn conclusie in de zaak *Slooman Neptun*<sup>43</sup>, „the dividing line between general aids and general measures of economic policy may be rather obscure”. De scheidingslijn is hier inderdaad moeilijk vast te stellen, omdat het criterium dat het algemene of „normale” karakter van de maatregel bepaalt, op verschillende niveaus kan worden geplaatst.

59. Zo zou in deze zaak kunnen worden gesteld, dat de algemene regel de aan de ontslagen werknemer toegekende juridische bescherming is, waarvan artikel 23, lid 1, KSchG dus een afwijking vormt.

60. Maar het is ook heel goed denkbaar in laatstgenoemde bepaling een algemene maatregel te zien, waarbinnen moet worden onderzocht of er afwijkingen bestaan, dat wil zeggen bepaalde categorieën ondernemingen of werknemers die worden begunstigd.

61. Anders gezegd, de algemeenheid van het stelsel kan worden beoordeeld hetzij vanuit het arbeidsrecht en de bescherming van de ontslagen werknemer, hetzij vanuit het specifieke stelsel voor „kleine” ondernemingen.

62. Ongeacht het uitgangspunt, zou echter de — aangetoonde — rechtvaardiging van de maatregel door de aard of de opzet van het stelsel deze discussie overbodig maken.

63. Ik herinner eraan, dat het begrip rechtvaardiging van de vrijstelling door de aard of de opzet van het stelsel, die ten grondslag ligt aan de schriftelijke opmerkingen van de Commissie, is neergelegd in het arrest *Italië/Commissie*, reeds aangehaald.<sup>44</sup> U diende zich daar uit te spreken over de geldigheid van een bepaling die gedurende drie jaar het percentage van de sociale bijdragen vermindert met 15 à 10 % ten gunste van de ondernemingen in de textielindustrie. U oordeelde, dat

„moet worden vastgesteld, dat de gedeeltelijke verlichting van de sociale lasten voor gezinstoeslag, die ten laste komen van de werkgevers in de textielindustrie, een maatregel is, bestemd om de ondernemingen in een bepaalde industriesector ten dele vrij te stellen van de geldelijke lasten die voortvloeien uit de normale toepassing van het algemene stelsel van sociale voorzieningen, *zonder dat deze vrijstelling gerechtvaardigd is door de aard of de opzet van dit stelsel*”.<sup>45</sup>

64. In de onderhavige zaak vindt de beschouwde afwijking een dubbele rechtvaardiging, enerzijds door de intuïtus perso-

42 — R. o. 21.

43 — Punt 50.

44 — Zie supra, voetnoot 22.

45 — R. o. 15, cursivering van mij.

nae die de arbeidsverhouding in de „kleine” ondernemingen bepaalt, anderzijds door de materiële onmogelijkheid om de werknemer binnen dezelfde structuur een andere arbeidsplaats aan te bieden.

65. Zoals de Commissie opmerkt<sup>46</sup>, is de algemene opzet van de ingevoerde regeling op het gebied van het sociaal ongerechtvaardigde ontslag immers het herplaatsen van de werknemer te bevorderen, en vindt er pas betaling van gerechtelijke of overeengekomen schadeloosstelling plaats, wanneer de arbeidsverhouding niet kan worden gehandhaafd.

66. Bij „kleine” ondernemingen botst deze „bescherming van de bestaande toestand” zeer snel met de hierboven omschreven grenzen die de derogatoire aard van de maatregel rechtvaardigen.

67. Mitsdien vloeit uit de voorgaande uiteenzettingen voort, dat de onderzochte maatregel naar zijn aard niet onder het verbod van artikel 92, lid 1, valt.

68. Indien u nochtans deze conclusie niet zou delen en tot het oordeel zou komen, dat deze maatregel naar zijn aard een staatssteun is, dan is het de taak van de Commissie om de gevolgen ervan te bepalen en vast te stellen, dat de maatregel het handelsverkeer tussen de Lid-Staten nadelig beïnvloedt en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.

69. In het arrest *Société Commerciale de l'Ouest* e. a.<sup>47</sup> hebt u onlangs overwogen:

<sup>46</sup> — Zie haar opmerkingen.

<sup>47</sup> — Arrest van 11 maart 1992 (gevoegde zaken C-78/90-C-83/90, Jurispr. 1992, blz. I-1847).

„Een parafiscale heffing als die welke hier in het geding is, kan naargelang van de bestemming van de opbrengst ervan, een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel opleveren, indien aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 92 EEG-Verdrag is voldaan, met dien verstande dat volgens de daartoe in artikel 93 EEG-Verdrag bepaalde procedure moet worden vastgesteld of dit laatste het geval is.”<sup>48</sup>

70. Ingeval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord — zoals ik voorstel — verzoekt de verwijzende rechterlijke instantie u te verklaren, of de derde zin van § 23, lid 1, KSchG een indirecte discriminatie van vrouwen, in strijd met de artikelen 2 en 5 van richtlijn 76/207/EEG, bevat.

71. De betrokken nationale bepaling luidt: „Bij de vaststelling van het aantal werknemers overeenkomstig de tweede zin wordt enkel rekening gehouden met de werknemers met een normale arbeidstijd van meer dan 10 uur per week of 45 uur per maand.”

72. De rechter a quo vermeldt in zijn beschikking de bepalingen van het gemeenschapsrecht die hij met name bedoelt, namelijk artikel 5, lid 1, van de richtlijn, luidende: „De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de

<sup>48</sup> — R. o. 35, cursivering van mij.

ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht”, en artikel 2, lid 1, dat luidt: „Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.”

73. Allereerst, zoals ook de Commissie in haar memorie verklaart<sup>49</sup>, moet worden nagegaan of een particulier, in deze zaak Kirsammer-Hack, zich tegenover een andere particulier, zijn werkgever, kan beroepen op verplichtingen die zijn vervat in een richtlijn.

74. De vraag of de richtlijn binnen de termijnen van artikel 9 ervan ten uitvoer is gelegd, is noch tijdens de schriftelijke noch tijdens de mondelinge procedure besproken.

75. Deze omissie mag op het eerste gezicht hinderlijk lijken. De meeste van uw beslissingen inzake de inroepbaarheid van bepalingen van een richtlijn door een particulier tegenover een andere particulier, betroffen erkende gevallen van niet-omzetting.

76. De ontbrekende informatie dienaangaande is echter geen onoverkomelijke belemmering.

77. Allereerst herinner ik eraan, dat u met name in het arrest Marshall<sup>50</sup>, de onvoorwaardelijke en nauwkeurige aard van artikel 5, lid 1, van de richtlijn al hebt vastgesteld en hebt geoordeeld:

„Wat ten slotte de vraag betreft, of artikel 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207, dat een toepassing vormt van het in artikel 2, lid 1, van deze richtlijn omschreven beginsel van gelijke behandeling, inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig om door een particulier tegen de staat te kunnen worden ingeroepen, moet worden vastgesteld dat deze bepaling op zichzelf beschouwd iedere discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, in het algemeen en in niet mis te verstane bewoordingen verbiedt. Zij is derhalve voldoende nauwkeurig om door een particulier te kunnen worden ingeroepen en door de rechter te kunnen worden toegepast.”<sup>51</sup>

78. Ook merkte u daarin nog op, dat

„een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen”.<sup>52</sup>

79. Uitgaande van het principe, dat het feit dat een richtlijn niet of verkeerd is uitgevoerd, enkel de staat kan worden verweten, die geen voordeel bij zijn eigen miskennis van het gemeenschapsrecht mag hebben, heeft u aan het begrip staat een ruime betekenis gegeven die u in het arrest Foster<sup>53</sup> aldus heeft samengevat:

„Het Hof heeft herhaaldelijk beslist, dat de justitiabelen op onvoorwaardelijke en

49 — Punten 25 en 26.

50 — Arrest van 26 februari 1986 (zaak 152/84, Jurispr. 1986, blz. 723).

51 — R. o. 52.

52 — R. o. 48.

53 — Arrest van 12 juli 1990 (zaak C-188/89, Jurispr. 1990, blz. I-3313).

voldoende nauwkeurige bepalingen van een richtlijn een beroep konden doen tegenover organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat stonden of die over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeden uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.

Zo heeft het Hof beslist, dat bepalingen van een richtlijn konden worden ingeroepen tegenover de fiscus (arresten van 19 januari 1982, Becker, reeds geciteerd, en van 22 februari 1990, zaak C-221/88, Busseni, Jurispr. 1990, blz. I-495), territoriale overheden (arrest van 22 juni 1989, zaak 103/88, Fratelli Costanzo, Jurispr. 1989, blz. 1839), constitutioneel onafhankelijke autoriteiten belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid (arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651) en overheidsorganen die verantwoordelijk zijn voor de gezondheidszorg (arrest van 26 februari 1986, Marshall, reeds geciteerd).

Uit het voorgaande volgt, dat tot de rechts-subjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, in elk geval, ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam behoort dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hier toe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeden uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.”<sup>54</sup>

80. Een particuliere werkgever kan op geen enkele wijze worden gelijkgesteld met een willekeurige overheidsorgaan dat over een bij-

zondere, verder gaande bevoegdheid beschikt. Bij gebreke van omzetting kan de nationale rechter derhalve, a priori, niet de bepalingen van een richtlijn die op zichzelf duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, op hem toepassen.

81. De werking van dit beginsel wordt evenwel gematigd door het uit uw rechtspraak afgeleide begrip conforme uitlegging van het nationale recht.

82. Dat is voor het eerst verschenen in uw arrest van 10 april 1984 (von Colson en Kamann).<sup>55</sup> De vraag van de nationale rechter was, of nationale wettelijke bepalingen die het recht op schadeloosstelling van personen die slachtoffer zijn geweest van een discriminatie, beperken tot een zuiver symbolische schadevergoeding, al dan niet in overeenstemming met de vereisten van de richtlijn waren. U verklaarde, dat

„de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting der Lid-Staten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting der Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Daaruit volgt, dat *de nationale rechter* bij de toepassing van nationaal recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van richtlijn 76/207 vastgestelde wet, *dit nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het in artikel 189, derde alinea, bedoelde resultaat te bereiken*”<sup>56</sup>,

54 — R. o. 18, 19 en 20.

55 — Zaak 14/83, Jurispr. 1984, blz. 1891.

56 — R. o. 26, cursivering van mij.

om met name te concluderen:

„Het staat aan de nationale rechter om, *ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid*, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen.”<sup>57</sup>

83. Later heeft u dit standpunt bevestigd en het aan de nationale rechter overgelaten om, binnen de grenzen van het mogelijke, boven de voor de ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale bepaling, de geest en de doelstelling van de richtlijn te doen prevaleren.<sup>58</sup>

84. Advocaat-generaal Van Gerven ging in de zaak Barber<sup>59</sup> nog verder en stelde u voor, de mogelijkheid van richtlijnconforme interpretatie niet te beperken tot de ter uitvoering van de gemeenschapsnorm vastgestelde nationale wetgeving. Hij merkte met name het volgende op:

„Het gaat in die hypothese niet over directe werking tussen particulieren van de betrokken richtlijn, maar over de natuurlijke uitwerking van de nationale wet *zoals die door de rechtbanken in overeenstemming met het gemeenschapsrecht wordt geïnterpreteerd* (...). Dit brengt mijns inziens mee, dat deze richtlijnconforme interpretatie *niet mag beperkt worden tot de interpretatie van nationale wetgeving van na de uitvaardiging van de betrokken richtlijn of van nationale wetgeving die speciaal tot omzetting van de betrokken richtlijn zou zijn ingevoerd* (...). Het zal wel vaak om nationale omzettings-

wetgeving gaan — zo ook in het von Colson-arrest — maar noodzakelijk is dit niet”<sup>60</sup>,

om in het arrest Marleasing<sup>61</sup> nog duidelijker te preciseren:

„De verplichting tot richtlijnconforme uitlegging rijst telkens wanneer de nationale wetsbepaling *in enigerlei mate* voor uitlegging vatbaar is.”<sup>62</sup>

85. En u oordeelde in dit laatste arrest, daar richtlijn 68/151/EEG van de Raad niet was omgezet en er dus geen nationale uitvoeringsbepaling als basis voor uitlegging kon dienen:

„Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag te voldoen”<sup>63</sup>,

„dat het vereiste om het nationale recht overeenkomstig artikel 11 van richtlijn 68/151 uit te leggen, eraan in de weg staat om de nationale bepalingen betreffende de naamloze

57 — R. o. 28, cursivering van mij.

58 — Zie met name arrest van 15 mei 1986 (zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 53).

59 — Arrest van 17 mei 1990 (zaak C-262/88, Jurispr. 1990, blz. I-1889).

60 — Cursivering van mij.

61 — Arrest van 13 november 1990 (zaak C-106/89, Jurispr. 1990, blz. I-4135).

62 — Punt 8 van de conclusie, cursivering van mij.

63 — R. o. 8.

vennootschap zodanig uit te leggen, dat de nietigheid van een naamloze vennootschap kan worden uitgesproken op andere dan de in artikel 11 van de betrokken richtlijn limitatief opgesomde gronden”<sup>64</sup>,

om te concluderen:

„Op de vraag van de verwijzende rechter moet dus worden geantwoord, dat de nationale rechter die kennis neemt van een geschil over een materie die binnen het toepassingsgebied valt van richtlijn 68/151, gehouden is om zijn nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van deze richtlijn, ten einde te voorkomen dat de nietigheid van een naamloze vennootschap wordt uitgesproken op een andere dan de in artikel 11 van de richtlijn genoemde gronden.”<sup>65</sup>

86. U bent aldus verder gegaan dan in uw arrest von Colson door het toepassingsgebied van het beginsel van de richtlijn-conforme uitlegging uit te breiden tot alle nationale bepalingen, ook die aan de richtlijn zijn vooraf gegaan of daarvan losstaan.

87. U zult dit standpunt moeten bevestigen.

88. De Commissie werpt een tweede variabele vraag op, namelijk of de rechtspraak over de indirecte discriminatie, die is ontwikkeld in verband met artikel 119 EEG-Verdrag, in het onderhavige geval waar het richtlijn 76/207 betreft, van toepassing kan zijn.

89. In het arrest Ruzius-Wilbrink<sup>66</sup>, inzake de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan deeltijdwerknemers, herhaalde u, op basis van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7, uw vaste rechtspraak inzake artikel 119, met name ingevoerd door het arrest Jenkins<sup>67</sup>, oordelende dat

„artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 aldus moet worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet, dat een bepaling van een nationale wetelijke regeling die aan arbeidsongeschikt geworden verzekerden een sociaal minimum garandeert, van dat beginsel afwijkt ten aanzien van verzekerden die voordien in deeltijd hebben gewerkt, en het bedrag van de uitkering beperkt tot het voorheen genoten loon, wanneer deze maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij die wetelijke regeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht”.<sup>68</sup>

90. U bent aldus van oordeel, dat uw rechtspraak inzake indirecte discriminatie in het kader van artikel 119 zich uitstrekt tot de ter uitvoering van deze bepaling uitgevaardigde richtlijnen. Hetzelfde moet derhalve ook gelden voor richtlijn 76/207.

91. Na deze inleidende opheldering zal ik nu trachten de rechter a quo de elementen aan te reiken aan de hand waarvan hij kan vaststellen of § 23, lid 1, derde zin, KSchG al dan niet discriminerend van aard is.

66 — Arrest van 13 december 1989 (zaak C-102/88, Jurispr. 1989, blz. 4311).

67 — Arrest van 31 maart 1981 (zaak 96/80, Jurispr. 1981, blz. 911).

68 — Arrest Ruzius-Wilbrink, reeds aangehaald, r. o. 17.

64 — R. o. 9.

65 — R. o. 13, cursivering van mij.

92. Deze bepaling die een specifieke telwijze aangeeft, bevat niet direct een discriminatie op grond van geslacht. Zij is namelijk in neutrale bewoordingen gesteld.

93. Derhalve moet worden nagegaan of het feit, dat „kleine” ondernemingen geen rekening houden met werknemers die minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand werken, op een indirecte discriminatie van vrouwen neerkomt. Hierbij zij nog opgemerkt, dat de telwijze zelf enkel discriminerend kan zijn in haar gevolgen wegens de klassificatie van de betrokken onderneming in de categorie „kleine” ondernemingen. Kirsammer-Hack maakt immers wel deel uit van het personeel, maar zij hoort niet tot degenen met wie voor de berekening van de bezetting geen rekening wordt gehouden, omdat zij minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand werken. Niettemin kan zij geen beroep doen op de algemene ontslagbeschermingsregeling.

94. Derhalve, en zoals de Commissie suggereert <sup>69</sup>, moet voor een zinnig antwoord op de vraag de draagwijdte ervan worden uitgebreid tot het werkelijk door de werknemers van „kleine” ondernemingen geleden nadeel, namelijk dat voor hen niet de rechtsgang openstaat die is voorzien in de algemene regeling.

95. Overeenkomstig uw rechtspraak staat het aan de nationale rechter om, enerzijds, de daadwerkelijke discriminatie vast te stellen en, anderzijds, na te gaan of deze niet wordt gerechtvaardigd door factoren die niets van doen hebben met het geslacht.

96. Over het eerste punt — de beoordeling of er daadwerkelijk sprake is van

discriminatie — heeft u herhaaldelijk verklaard, dat dit feitelijke element onder de bevoegdheid van de rechter a quo valt. In het arrest Jenkins (reeds aangehaald), waarin de beloning van deeltijdwerknemers van een kledingbedrijf ter discussie stond, omdat het uurloon 10 % onder de beloning voor voltijdarbeid lag, luidde uw oordeel:

„Bij een verschil in uurloon tussen deeltijd- en voltijdarbeid staat het aan de nationale rechterlijke instantie, in elk afzonderlijk geval te beoordelen of, gelet op de feiten en de antecedenten van de zaak en op de bedoeling van de werkgever, een loonpraktijk als de onderhavige, ofschoon voorgesteld als een verschil wegens het aantal gewerkte uren per week, in werkelijkheid niet een discriminatie is op grond van het geslacht van de werknemers.” <sup>70</sup>

97. Dienaangaande merk ik op, dat de statistische gegevens vermeld door de verwijzende rechterlijke instantie, evenals die van de Duitse regering onvolledig zijn.

98. De verwijzende rechterlijke instantie vermeldt, dat „90 % van alle deeltijdwerknemers in de Bondsrepubliek uit vrouwen bestaat” <sup>71</sup>, maar noemt niet het percentage vrouwen dat in „kleine” ondernemingen werkt.

99. In antwoord op de vragen van het Hof geeft de Duitse regering geen cijfer van het

69 — Punt 30 van haar opmerkingen.

70 — R. o. 14.

71 — Zie de verwijzingsbeschikking.



percentage vrouwen dat in „kleine” ondernemingen werkt (waaronder vrouwen die niet zijn meegeteld omdat zij minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand werken). De gegevens van de telling van de ondernemingen in 1987 tonen bij ondernemingen met één tot vier werknemers een hoger percentage mannen (75 %) dan vrouwen (25 %).

100. Aangaande het tweede punt — de mogelijke rechtvaardiging van de maatregel door factoren die niets van doen hebben met discriminatie — staat het ook daarbij aan de rechter a quo om, indien een discriminatie is vastgesteld, de feitelijke situatie beoordelen. U heeft in het arrest *Bilka* <sup>72</sup> beginselen voor de uitlegging gegeven met betrekking tot het onderzoek van de aangevoerde middelen ter rechtvaardiging van de maatregel:

„Stelt de nationale rechterlijke instantie vast, dat de door verzoekster in het hoofdgeding gekozen middelen aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden, geschikt zijn om het door haar beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn, dan is de omstandigheid dat de betrokken maatregel veel meer vrouwelijke dan mannelijke werknemers treft, geen voldoende grond om te concluderen dat artikel 119 is geschonden.” <sup>73</sup>

101. In het arrest *Rinner-Kühn* <sup>74</sup> ten slotte, dat is gewezen naar aanleiding van een dergelijke bepaling als in casu, die werd aangevochten omdat de verplichting voor de werkgever om gedurende zes weken het salaris van de door ziekte absente werknemer

door te betalen, niet kon worden toegepast op werknemers met een arbeidstijd van niet meer dan 10 uur per week of 45 uur per maand, verklaarde u op basis van artikel 119:

„Het staat aan de nationale rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving uit te leggen, om uit te maken, of en in hoeverre een wettelijke regeling die weliswaar ongeacht het geslacht van de werknemer van toepassing is, doch die feitelijk vrouwen in sterkere mate dan mannen treft, haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.” <sup>75</sup>

102. In de onderhavige zaak hebben partijen zowel in hun mondelinge als in hun schriftelijke opmerkingen uitgebreid aandacht besteed aan de motivering van de wetgever op het gebied van steun aan „kleine” ondernemingen. Zo zijn de nagestreefde doelstellingen onder meer gericht op het bevorderen van de werkgelegenheid en van het industriële potentieel, zodat dit zich makkelijker aan de economische veranderingen kan aanpassen.

103. Ik geef u derhalve in overweging om op deze tweede vraag te antwoorden, dat het aan de rechter a quo staat om te beoordelen, of daadwerkelijk sprake is van indirecte discriminatie en, indien hij de elementen vindt op grond waarvan hij tot het bestaan daarvan kan concluderen, vast te stellen of de litigieuze maatregel al dan niet wordt verklaard door objectief gerechtvaardigde factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

<sup>72</sup> — Arrest van 13 mei 1986 (zaak 170/84, Jurispr. 1986, blz. 1607).

<sup>73</sup> — R. o. 36.

<sup>74</sup> — Arrest van 13 juli 1989 (zaak 171/88, Jurispr. 1989, blz. 2743).

<sup>75</sup> — R. o. 15.

104. Een laatste opmerking. Zonder in de beschouwd wegens de rechtvaardiging ervan bevoegdheid van de rechter a quo te treden, door de aard of de opzet van het stelsel, een zou volgens mij, indien de litigieuze maatregel niet als een steunmaatregel werd zelfde rechtvaardiging bepalend moeten zijn bij de beoordeling door deze rechter.

105. Concluderend geef ik u in overweging voor recht te verklaren:

„1) Artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag heeft geen betrekking op een nationale bepaling die ondernemingen met vijf of minder werknemers uitsluit van de algemene ontslagbeschermingsregeling.

2) De artikelen 2 en 5 van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, vormen een belemmering voor de uitsluiting, in een nationale wetgeving, van ondernemingen met vijf of minder werknemers van de algemene regeling tot bescherming tegen onrechtmatig ontslag, indien wordt vastgesteld, dat deze afwijking in feite aanzienlijk meer vrouwen dan mannen treft, tenzij die wordt verklaard door factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht.”