

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

21. oktober 1999 *

I sag C-333/97,

angående en anmodning, som Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Tyskland) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Susanne Lewen

mod

Lothar Denda,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF), af artikel 11, nr. 2, litra b), i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1), og af § 2, stk. 6, i bilaget til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT L 145, s. 4),

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, R. Schintgen, som fungerende formand for Sjette Afdeling, og dommerne P.J.G. Kapteyn (refererende dommer) og G. Hirsch,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Susanne Lewen ved advokat F. Lorenz, Düsseldorf
- Lothar Denda ved »Assessor« B. Pawelzik, Zahntechniker-Innung, Münster
- den tyske regering ved afdelingschef E. Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget
- Det Forenede Kongeriges regering ved J.E. Collins, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af barrister C. Lewis
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent P. Hillenkamp og M. Wolfcarius, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, bistået af advokaterne T. Eilmansberger og M. Pflügl, Bruxelles,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 28. januar 1999 er afgivet mundtlige indlæg af Susanne Lewen ved advokat F. Lorenz, af Lothar Denda ved B. Pawelzik, af den tyske regering ved afdelingschef W.-D. Plessing, Forbundsfinansministeriet, som befuldmægtiget, af Det Forenede Kongeriges regering ved J.E. Collins, bistået af C. Lewis, og af Kommissionen ved M. Wolfcarius, bistået af advokat M. Barnert, Bruxelles,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 4. marts 1999,

afsagt følgende

Dom

1. Ved kendelse af 29. august 1997, indgået til Domstolen den 24. september 1997, har Arbeitsgericht Gelsenkirchen i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF), af artikel 11, nr. 2, litra b), i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1), og af § 2, stk. 6, i bilaget til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT L 145, s. 4).
2. Spørgsmålene er blevet rejst under en sag, som føres af Susanne Lewen mod Lothar Denda, der ejer selskabet Denda Zahntechnik, Gelsenkirchen. Susanne

Lewen havde nedlagt påstand om, at han som hendes arbejdsgiver udbetalte hende julegratiale for 1996.

De relevante retsregler

Fællesskabsretlige bestemmelser

- 3 I henhold til traktatens artikel 119 skal medlemsstaterne gennemføre og opretholde princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. Ved løn forstås den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

- 4 Artikel 8 i direktiv 92/85 bestemmer:
 - »1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2 barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

 2. Den i stk. 1 nævnte barselsorlov skal omfatte en obligatorisk barselsorlov på mindst to uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.«

- 5 De bestemmelser i artikel 11 i direktiv 92/85, der er relevante for hovedsagen, har følgende ordlyd:

»For at sikre, at en arbejdstager som defineret i artikel 2 kan udøve den ret til beskyttelse af sikkerhed og sundhed, der er anerkendt i nærværende artikel, fastsættes følgende:

1) ...

2) I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8:

a) skal de i artikel 2 definerede arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, bortset fra de i litra b) nedenfor nævnte, sikres

b) skal bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse sikres de i artikel 2 definerede arbejdstagere.

3) Den ydelse, der er omhandlet i nr. 2, litra b), anses for passende, når den sikrer en indtægt, der mindst svarer til den, som den pågældende arbejdstager ville få under sygeorlov, eventuelt inden for et loft fastsat i henhold til den nationale lovgivning.«

- 6 Direktiv 96/34 har ifølge sin artikel 1 til formål at iværksætte rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som er indeholdt i bilaget.

- 7 I § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 hedder det: »Erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Ved orlovens ophør gælder disse rettigheder med eventuelle ændringer som følge af national ret, kollektive overenskomster eller gældende praksis.«
- 8 I henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 96/34 skulle medlemsstaterne sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet senest den 3. juni 1998. På det tidspunkt, hvor arbejdsgiveren i hovedsagen afviste at udbetale julegratialet, var fristen for gennemførelse af direktivet endnu ikke udløbet.

Nationale bestemmelser

- 9 Mutterschutzgesetz' § 3 og 6 (lov om beskyttelse af mødre, herefter »MuSchG«) er affattet således:

»§ 3 (forbud mod, at gravide kvinder arbejder)

- 1) Gravide kvinder må ikke arbejde, såfremt det ved lægeerklæring attesteres, at der består fare for kvindens eller barnets liv eller sundhed, hvis hun fortsætter med at arbejde.

- 2) Gravide kvinder må ikke arbejde i de sidste seks uger før fødslen, medmindre de udtrykkeligt erklærer sig rede hertil. Beslutningen herom kan til enhver tid tilbagekaldes.

§ 6 (forbud mod at arbejde efter fødslen)

- 1) Kvinder må ikke arbejde i otte uger efter fødslen. Såfremt fødslen sker for tidligt eller i tilfælde af flerfoldsfødsel, udgør perioden tolv uger.«

- 10 Bestemmelserne om orlov til børnepasning (eller forældreorlov) er indeholdt i Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub — Bundeserziehungsgeldgesetz (lov om børnepasningsydelse og orlov til børnepasning, herefter »BERzGG«). Orlov til børnepasning, som kan tages på frivilligt grundlag både af moderen og faderen, kan i henhold til BERzGG's § 15, stk. 2, tidligst begynde ved udløbet af beskyttelsesperioden for moderen og kan højst vare til og med barnets tredje leveår. I denne periode stilles ansættelseskontrakten for den, der er på orlov, i bero. Orlovspersonen får ikke udbetalt sin månedlige løn, men oppebærer i henhold til BERzGG's § 1 ff. en såkaldt »børnepasningsydelse«, som udbetales af staten på grundlag af orlovspersonens indkomst.

Hovedsagen

- 11 Sagsøgeren i hovedsagen, Susanne Lewen, har siden den 1. september 1990 været beskæftiget af Lothar Denda i dennes virksomhed, Denda Zahntechnik. Hendes månedsløn udgør 5 500 DEM brutto for en ugentlig arbejdstid på 39,25 timer. Lothar Denda beskæftiger også mandlige arbejdstagere.

- 12 Sagsøgeren, som var gravid i begyndelsen af 1996, udførte sit arbejde fra den 1. januar til den 8. april 1996 og fra den 15. til den 18. april 1996. Hun havde ferie fra den 9. til den 12. april 1996 og fra den 19. april til den 15. maj 1996. Den 16. maj 1996 begyndte den seksugers beskyttelsesperiode, der er fastsat i MuSchG's § 3, stk. 2, idet hun forventedes at skulle føde den 27. juni 1996. Sagsøgerens datter blev født den 12. juli 1996. I henhold til MuSchG's § 6, stk. 1, udløb beskyttelsesperioden den 6. september 1996. Siden den 7. september 1996 har Susanne Lewen efter ansøgning haft orlov til børnepasning i medfør af BErzGG's § 15 ff., og orloven udløb den 12. juli 1999.
- 13 Sagsøgeren havde i årene før 1996 hver den 1. december, ligesom de øvrige ansatte hos sagsøgte, fået udbetalt et julegratiale på en måneds løn. I denne forbindelse lod sagsøgte sagsøgeren underskrive følgende erklæring:

»Julegratiale

Gratiale er en enkeltstående, frivillig social ydelse, som til enhver tid kan tilbagekaldes, og som er begrænset til julen i år. Udbetalingen af gratialet giver derfor ikke fremover grundlag for et retskrav, hverken med hensyn til bevæggrunden til udbetalingen af ydelsen eller dens størrelse og heller ikke med hensyn til den måde, hvorpå udbetalingen finder sted, eller gratialets sammensætning.

Julegratiale ydes endvidere udtrykkeligt med det forbehold, at De ikke opsiger arbejdsforholdet inden den 1. juli i det kommende år eller forsætligt eller uagtsomt giver os en berettiget grund til at opsige arbejdsforholdet uden varsel. Det samme gælder i tilfælde af misligholdelse af arbejdskontrakten. Gratialet skal ifølge dette forbehold tilbagebetales fuldt ud ved fratrædelse.

Ved at tage imod gratialet anerkender jeg ovenstående aftale.«

- 14 I den stævning, Susanne Lewen indleverede den 10. januar 1997 til den forelæggende ret, nedlagde hun påstand om, at sagsøgte i hovedsagen tilpligtedes at betale hende julegratiale for 1996 med et beløb på 5 500 DEM brutto.
- 15 I kendelsen har den forelæggende ret bl.a. bemærket følgende:

»5. ...

Gratialet har efter afdelingens opfattelse karakter af løn i den forstand, hvori udtrykket anvendes i traktatens artikel 119 og artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85/EØF med hensyn til arbejde udført i det år, hvor julegratialet ydes.

Når kvinder, der har børnepasningsorlov på det tidspunkt, hvor gratialet ydes, udelukkes fra kredsen af potentielt berettigede til et beløb, der udbetales ud over normalt vederlag til jul, tages der ikke hensyn til, at disse kvinders arbejdsforhold — til trods for, at de gensidige pligter er stillet i bero som følge af børnepasningsorloven — fortsat består, og at mødre, som har børnepasningsorlov, dermed stadig er loyale over for virksomheden. Truslen om, at de ikke vil få udbetalt gratialer, kan desuden bidrage til at afholde kvinder, som lige har født, fra af hensyn til barnet at gøre brug af deres ret til børnepasningsorlov. Afdelingen anser det for helt uforeneligt med forbuddet mod direkte og indirekte forskelsbehandling i EF-traktaten og afledt fællesskabsret i forbindelse hermed, når der ved udbetalingen af et gratiale sondres mellem arbejdstagere i aktiv tjeneste og arbejdstagere på børnepasningsorlov på en sådan måde, at der end ikke tages hensyn til arbejde udført i det pågældende år og heller ikke til den periode, hvor den gravide kvinde eller kvinden, der lige havde født, ikke måtte arbejde, således at hun delvis får krav på ydelsen. At arbejdsgiveren — som

sagsøgte har anført for sit eget vedkommende — med gratialet kun har villet give et incitament til yderligere arbejdsydelse (som han ikke kan forvente i den nærmeste fremtid, når moderen skal have børnepasningsorlov i en længere periode), er efter afdelingens opfattelse ikke en tilstrækkelig begrundelse for ikke at tage hensyn til arbejde, der faktisk er udført i det år, hvor gratialet ydes, og til den periode, hvor den gravide kvinde eller kvinden, der lige havde født, ikke måtte arbejde, ved fordelingen af gratialer, altså ved tildelingen af løn i de fællesskabsretlige bestemmelseres forstand. Arbejdsgiveren har nemlig haft fordel af moderens arbejde i det pågældende år, og forbuddet mod at arbejde i MuSchG gælder i henhold til loven, uden at der kræves en ansøgning fra moderen. At en moder, umiddelbart efter at forbuddet mod, at hun arbejder, er udløbet, har gjort brug af sin ret til at få bevilget børnepasningsorlov og har orlov på tidspunktet for udbetalingen af gratialet, beror i det væsentlige på en kønsspecifik omstændighed.

Efter afdelingens opfattelse er det endvidere i modstrid med 'bevarelsen af lønnen', jf. artikel 11, nr. 2, litra b), som direktiv 92/85/EØF skal sikre, at der ikke tages hensyn til perioder med forbud mod at arbejde til beskyttelse af moderen ved tildelingen og beregningen af et gratiale. I dommen af 21. februar 1996 (sag C-342/93, Gillespie, Sml. I, s. 475) havde Domstolen ikke lejlighed til at fortolke artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85/EØF, da de faktiske omstændigheder i sagen lå før det tidspunkt, hvor fristen for gennemførelse af direktivet udløb. Perioder, hvor der efter MuSchG gælder et forbud mod at arbejde, må efter denne bestemmelse ikke sidestilles med uarbejdsdygtighedsperioder, som efter Bundesarbeitsgericht's opfattelse bevirker, at gratialet kan nedsættes, bortset fra, at den sagsøgte arbejdsgiver ikke i sin virksomhed har trukket noget fra hos de arbejdstagere, der har fået gratiale i 1996, på grund af sådanne uarbejdsdygtighedsperioder.

Et årligt beløb, der udbetales ud over den normale løn, kan efter afdelingens opfattelse heller ikke nedsættes på grund af fraværperioder, der skyldes den lovbestemte beskyttelse af moderen, når henses til EF-traktatens artikel 119, stk. 1, og artikel 1 i direktiv 75/117/EØF. For så vidt som Domstolen i Gillespie-dommen kun har taget stilling til fortolkningen af EF-traktatens artikel 119 og

artikel 1 i direktiv 75/117/EØF, har den ganske vist udtalt, at de nævnte bestemmelser '[ikke opstillede] specifikke kriterier med henblik på fastsættelsen af størrelsen af den ydelse, der skulle udbetales til dem i denne periode' (dommens præmis 20). 'En kvindelig arbejdstager [skal dog] under barselsorloven nyde godt af en lønforhøjelse, der er sket før eller i denne periode' (dommens præmis 21). Følgelig har en sådan arbejdstager, når hun efter de nationale lovbestemmelser har krav på fortsat at få udbetalt sin fulde løn — hvilket efter § 13 og 14 i MuSchG er tilfældet i Forbundsrepublikken Tyskland — også efter fællesskabsretten krav på alle efterfølgende lønforhøjelser, som vedrører den periode, hvor hun har været fraværende på grund af beskyttelsen af moderen. Dette må også gælde for et årligt beløb, der udbetales ud over det normale vederlag, og som har karakter af en blandet ydelse ... når det i det mindste delvis også udbetales som anerkendelse for det arbejde, der er præsteret i det år, hvor beløbet udbetales.«

De præjudicielle spørgsmål

- 16 Arbeitsgericht Gelsenkirchen har herefter udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er et gratiale i anledning af julen også løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i EF-traktatens artikel 119 og i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85/EØF, for arbejde udført i det år, hvor gratialet ydes, når det overvejende eller udelukkende ydes af arbejdsgiveren som incitament til fremtidigt arbejde og/eller for loyalitet over for virksomheden. Må det i det mindste antages, at gratialet har karakter af løn, når arbejdsgiveren ikke inden begyndelsen af det år, hvor gratialet ydes, har givet meddelelse om, at han til jul i det følgende år udelukkende vil lægge vægt på den fremtidige arbejdsydelse og altså ikke vil udbetale ydelsen til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero på udbetalingstidspunktet og fremover?

2) Foreligger der en overtrædelse af EF-traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85/EØF og § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34/EF (som endnu ikke er gennemført i tysk ret), når en arbejdsgiver i fuldt omfang udelukker kvinder, der på det tidspunkt, hvor julegratiale udbetales, har børnepasningsorlov ('Erziehungsurlaub'), fra at modtage ydelsen uden at tage hensyn til arbejde, der er udført i det år, hvor gratialet ydes, og til tilbagelagte perioder, hvor moderen er beskyttet (forbud mod at arbejde)?

3) Såfremt spørgsmål 2) besvares bekræftende:

Foreligger der en overtrædelse af EF-traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85/EØF og § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34/EF, når en arbejdsgiver ved ydelse af julegratiale til en kvinde, der har børnepasningsorlov, tager hensyn til følgende perioder ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt

— perioder, hvor kvinden har haft børnepasningsorlov

— perioder, hvor moderen er beskyttet (forbud mod at arbejde)?«

Det første spørgsmål

- 17 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et julegratiale som det i hovedsagen omtvistede henhører under begrebet løn i traktatens artikel 119 eller i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85, uanset om gratialet overvejende eller udelukkende ydes af arbejdsgiveren som incitament til fremtidigt arbejde og/eller for loyalitet over for virksomheden.

- 18 Sagsøgte i hovedsagen har anført, at gratialet udbetales på frivilligt grundlag som en særlig ydelse i anledning af julen og derfor ikke kan betragtes som løn i traktatens artikel 119's forstand.
- 19 Hertil bemærkes, at ifølge fast retspraksis omfatter begrebet løn i traktatens artikel 119, stk. 2, samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, uanset om ydelserne udbetales i henhold til en arbejdskontrakt, i henhold til lovbestemmelser eller på frivilligt grundlag (jf. dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, org. ref.: Rec. s. 445, præmis 6, af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359, præmis 10, og af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 20).
- 20 I relation til anvendelsen af artikel 119 er baggrunden for, at arbejdsgiveren udbetaler ydelsen, uden betydning, idet ydelsen dog skal udbetales som følge af arbejdsforholdet.
- 21 Uanset om et julegratiale som det i hovedsagen omtvistede er blevet udbetalt på frivilligt grundlag, og uanset om det overvejende eller udelukkende ydes som incitament til fremtidigt arbejde og/eller for loyalitet over for virksomheden, udgør det derfor løn traktatens artikel 119's forstand.
- 22 For så vidt angår begrebet løn i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 skal det fremhæves, at formålet med den pågældende bestemmelse er at sikre, at kvindelige arbejdstagere under barselsorlov oppebærer en indtægt af en størrelse som fastsat i dette direktivs artikel 11, nr. 3, uanset om indtægten har form af en ydelse, løn eller en kombination af begge dele (dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 31, 32 og 33).

- 23 Det i hovedsagen omtvistede gratiale har ikke til formål at sikre et sådant indtægtsniveau under den kvindelige arbejdstagers barselsorlov og kan derfor ikke anses for at henhøre under begrebet løn i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85.
- 24 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at et julegratiale som det i hovedsagen omtvistede udgør løn i traktatens artikel 119's forstand, uanset om arbejdsgiveren har udbetalt det på frivilligt grundlag, og uanset om det overvejende eller udelukkende udbetales som incitament til fremtidigt arbejde og/eller for loyalitet over for virksomheden. Gratialet henhører derimod ikke under begrebet løn i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85.

Det andet spørgsmål

- 25 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 er til hinder for, at en arbejdsgiver fuldstændigt udelukker kvinder, der på det tidspunkt, hvor der på frivilligt grundlag udbetales et gratiale som en særlig ydelse i anledning af julen, har orlov til børnepasning, fra at modtage ydelsen uden at tage hensyn til det arbejde, der er udført i det år, hvor gratialet ydes, og til tilbagelagte perioder, hvor moderen er beskyttet (forbud mod at arbejde).
- 26 Hertil bemærkes først, at forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige ansatte ikke blot gælder for offentlige myndigheder, men også omfatter alle overenskomster, der kollektivt regulerer arbejdsforhold, og aftaler mellem private (jf. bl.a. dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 11, og af 9.9.1999, sag C-281/97, Krüger, Sml. I, s. 5127, præmis 20). Forbuddet gælder også med hensyn til en arbejdsgivers ensidige dispositioner over for sine ansatte.

- 27 For det andet bemærkes, at konstateringen af, at en fordel som det i hovedsagen omtvistede julegratiale henhører under begrebet løn i vid forstand som omhandlet i traktatens artikel 119, ikke nødvendigvis medfører, at det må betragtes som løn, der udbetales efterfølgende for arbejde, der er udført i det år, hvor gratialet ydes, således som den forelæggende ret synes at antage. Dette er imidlertid et faktisk spørgsmål, som det tilkommer den nationale domstol at afgøre i lyset af national ret.
- 28 Ved afgørelsen af, hvorledes gratialet skal kvalificeres i henhold til national ret, tilkommer det derfor den forelæggende ret at tage stilling til relevansen af den af sagsøgte i hovedsagen fremførte argumentation, hvorefter hans formål med at udbetale julegratiale for 1996 var at opmuntre de ansatte, der var »i aktiv tjeneste« den 1. december 1996, til at arbejde godt i de følgende måneder og således belønne deres fremtidige loyalitet over for ham.
- 29 Med henblik på en relevant besvarelse af det forelagte spørgsmål skal der på baggrund af den tvivl, der består med hensyn til den præcise kvalificering af gratialet i henhold til national ret, først tages stilling til den mulighed, at udbetalingen af et gratiale som en særlig ydelse, som en arbejdsgiver på frivilligt grundlag udbetaler i anledning af julen, ikke udgør løn, der udbetales efterfølgende for det udførte arbejde, og kun er betinget af, at arbejdstageren er i arbejde på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales.
- 30 Hertil bemærkes for det første, at udbetaling til en arbejdstager, mens denne har orlov til børnepasning, af et gratiale i form af en ydelse, som en arbejdsgiver på frivilligt grundlag udbetaler i anledning af julen, hverken henhører under artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85, eller under § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34.
- 31 For så vidt angår artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85 bemærkes, at da bestemmelsens litra a) omhandler de rettigheder i forbindelse med en kvindelig arbejdstagers arbejdsaftale, der skal sikres i tilfælde af barselsorlov, finder denne bestemmelse ikke anvendelse. Gratialet, der som en særlig ydelse udbetales på

frivilligt grundlag og ikke under en barselsorlov, men under en orlov til børnepasning, kan ikke betragtes som en rettighed, der skal sikres i tilfælde af moderskab. For så vidt angår bestemmelsens litra b) fremgår det af denne doms præmis 23, at denne bestemmelse heller ikke finder anvendelse.

- 32 Med hensyn til § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 bemærkes, at gratialet ikke udgør en erhvervet rettighed eller en rettighed, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, idet gratialet udbetales på frivilligt grundlag efter den pågældende orlovs ikrafttræden.
- 33 For det andet må det fastslås, at i relation til traktatens artikel 119 medfører en sådan praksis fra arbejdsgiverens side ikke direkte forskelsbehandling, når den pågældende praksis anvendes uden forskel over for mænd og kvinder. Det må derfor undersøges, om den kan udgøre indirekte forskelsbehandling.
- 34 I henhold til fast retspraksis foreligger der en indirekte forskelsbehandling, såfremt en national bestemmelse — selv om den er kønsneutral — indebærer, at langt flere kvinder end mænd faktisk behandles ugunstigt (jf. bl.a. dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 76).
- 35 Hertil bemærkes for det første, at som den forelæggende ret har anført, tager kvinder langt oftere orlov til børnepasning end mænd, hvilket i øvrigt bekræftes af forholdene i sagsøgte virksomhed.
- 36 Det bemærkes dernæst, at forskelsbehandling efter fast retspraksis består i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer (jf. dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 39).

- 37 En arbejdstager, der udøver den ret til at tage orlov til børnepasning, som han er tillagt i henhold til lovgivningen, og som medfører udbetaling af en statslig børnepasningsydelse, befinder sig i en særlig situation, som ikke kan sidestilles med situationen for en mand eller kvinde, som arbejder, eftersom den pågældende orlov er kendetegnet ved, at arbejdsaftalen og dermed også arbejdsgiverens og arbejdstagerens respektive forpligtelser er stillet i bero.
- 38 Den omstændighed, at en kvinde, der har orlov til børnepasning, ikke får udbetalt et gratiale i form af en særlig ydelse, som arbejdsgiveren udbetaler i anledning af julen, udgør derfor ikke forskelsbehandling i traktatens artikel 119's forstand, når udbetalingen af den pågældende ydelse kun er betinget af, at arbejdstageren er i aktiv tjeneste på det tidspunkt, hvor udbetalingen sker.
- 39 Det forholder sig anderledes, såfremt den nationale domstol på grundlag af national ret måtte kvalificere det i hovedsagen omtvistede gratiale som løn, der udbetales efterfølgende for det arbejde, der er udført i løbet af det år, hvor gratialet udbetales.
- 40 I så fald vil den omstændighed, at en arbejdsgiver afviser at udbetale et end ikke forholdsmæssigt nedsat gratiale til arbejdstagere, der har orlov til børnepasning, og som har udført arbejde i det år, hvor gratialet ydes, blot fordi deres arbejdsaftale er stillet i bero på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales, stille sådanne arbejdstagere ugunstigt i forhold til dem, hvis arbejdsaftale ikke er stillet i bero på det tidspunkt, hvor udbetalingen sker, og som faktisk modtager gratialet som vederlag for det arbejde, de har udført i løbet af det pågældende år. En sådan afvisning udgør derfor forskelsbehandling i traktatens artikel 119's forstand, idet kvinder, som det er fastslået i denne doms præmis 35, formentlig langt oftere vil have orlov til børnepasning på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales, end mænd.
- 41 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt de perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde), skal tages i betragtning, må det fastslås, at de skal sidestilles med perioder, hvor de har arbejdet.

- 42 Såfremt de perioder, hvor mødre er beskyttet, ikke blev medregnet som perioder, hvor de har arbejdet, i relation til udbetaling af et gratiale, hvis formål er efterfølgende at honorere udført arbejde, ville det indebære forskelsbehandling af kvinder, alene fordi de er arbejdstagere, idet de pågældende perioder burde være medregnet som perioder, hvor de arbejdede, såfremt de pågældende kvinder ikke havde været gravide.
- 43 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at traktatens artikel 119 er til hinder for, at en arbejdsgiver fuldstændigt udelukker kvinder, der er på orlov til børnepasning, fra at modtage et gratiale, der på frivilligt grundlag udbetales som en særlig ydelse i anledning af julen, uden at der tages hensyn til det arbejde, der er udført i løbet af det år, hvor gratialet ydes, og til de perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde), såfremt formålet med et sådant gratiale er efterfølgende at honorere det arbejde, der er udført i løbet af det pågældende år.
- 44 Derimod er hverken traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85 eller § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 til hinder for, at et sådant gratiale ikke udbetales til en kvinde, der er på orlov til børnepasning, såfremt udbetalingen af den pågældende ydelse kun er betinget af, at arbejdstageren er i arbejde på det tidspunkt, hvor udbetalingen sker.

Det tredje spørgsmål

- 45 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 er til hinder for, at en arbejdsgiver ved

udbetalingen af et julegratiale til en kvinde, der har orlov til børnepasning, tager hensyn til følgende perioder ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt:

- perioder, hvor kvinden har orlov til børnepasning

- perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde).

46 Hertil bemærkes for det første, at som fastslået i denne doms præmis 23 og 32 henhører udbetaling, mens en arbejdstager har orlov til børnepasning, af et gratiale i form af en ydelse, der på frivilligt grundlag udbetales i anledning af julen, hverken under artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 eller under § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34.

47 For det andet bemærkes, at det fremgår af besvarelsen af det andet spørgsmål, at den omstændighed, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale som det i hovedsagen omtvistede ikke tager hensyn til det arbejde, der er udført i det år, hvor gratialet ydes, og til perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde), udgør forskelsbehandling i traktatens artikel 119's forstand.

48 Heraf følger, at traktatens artikel 119 er til hinder for, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale tager hensyn til perioder, hvor mødre er beskyttet, ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt.

49 Derimod er arbejdsgiveren ikke afskåret fra at tage hensyn til perioder med orlov til børnepasning ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt, idet situationen for

arbejdstagere, der har orlov til børnepasning, som bemærket i denne doms præmis 37, ikke kan sidestilles med situationen for mænd eller kvinder, der arbejder.

- 50 Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 ikke er til hinder for, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale til en kvinde, der har orlov til børnepasning, tager hensyn til perioder, hvor hun har orlov til børnepasning, ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt.
- 51 Derimod er traktatens artikel 119 til hinder for, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale tager hensyn til perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde), ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt.

Sagens omkostninger

- 52 De udgifter, der er afholdt af den tyske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Arbeitsgericht Gelsenkirchen ved kendelse af 29. august 1997, for ret:

- 1) Et julegratiale som det i hovedsagen omtvistede udgør løn i EF-traktatens artikel 119's forstand (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF), uanset om arbejdsgiveren har udbetalt gratialet på frivilligt grundlag, og uanset om det overvejende eller udelukkende udbetales som incitament til fremtidigt arbejde og/eller for loyalitet over for virksomheden. Gratialet henhører derimod ikke under begrebet løn i artikel 11, nr. 2, litra b), i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF).
- 2) Traktatens artikel 119 er til hinder for, at en arbejdsgiver fuldstændigt udelukker kvinder, der er på orlov til børnepasning, fra at modtage et gratiale, der på frivilligt grundlag udbetales som en særlig ydelse i anledning af julen, uden at der tages hensyn til det arbejde, der er udført i løbet af det år, hvor gratialet ydes, og til de perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde), såfremt formålet med et sådant gratiale er efterfølgende at honorere det arbejde, der er udført i løbet af det pågældende år.

Derimod er hverken traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85 eller § 2, stk. 6, i bilaget til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den

rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS, til hinder for, at et sådant gratiale ikke udbetales til en kvinde, der er på orlov til børnepasning, såfremt udbetalingen af den pågældende ydelse kun er betinget af, at arbejdstageren er i arbejde på det tidspunkt, hvor udbetalingen sker.

- 3) Traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 er ikke til hinder for, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale til en kvinde, der har orlov til børnepasning, tager hensyn til perioder, hvor hun har orlov til børnepasning, ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt.

Derimod er traktatens artikel 119 til hinder for, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale tager hensyn til perioder, hvor mødre er beskyttet (forbud mod at arbejde), ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt.

Schintgen

Kapteyn

Hirsch

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. oktober 1999.

R. Grass

J.C. Moitinho de Almeida

Justitssekretær

Formand for Sjette Afdeling