

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

21 de Outubro de 1999 *

No processo C-333/97,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), pelo Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Alemanha), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Susanne Lewen

e

Lothar Denda,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 119.º do Tratado CE (os artigos 117.º a 120.º do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.º CE a 143.º CE), do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1), e da cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 145, p. 4),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: R. Schintgen, presidente da Segunda Secção, exercendo funções de presidente da Sexta Secção, P. J. G. Kapteyn (relator) e G. Hirsch, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação de S. Lewen, por F. Lorenz, advogado em Düsseldorf,
- em representação de L. Denda, por B. Pawelzik, «Assessor» na Zahntechniker-Innung, em Münster,
- em representação do Governo alemão, por E. Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, na qualidade de agente,
- em representação do Governo do Reino Unido, por J. E. Collins, Assistant Treasury Solicitor, na qualidade de agente, assistido por C. Lewis, barrister,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por P. Hillenkamp, consultor jurídico, e M. Wolfcarius, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, assistidos por T. Eilmansberger e M. Pflügl, advogados no foro de Bruxelas,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de S. Lewen, representada por F. Lorenz, de L. Denda, representado por B. Pawelzik, do Governo alemão, representado por W.-D. Plessing, Ministerialrat no Ministério Federal das Finanças, na qualidade de agente, do Governo do Reino Unido, representado por J. E. Collins, assistido por C. Lewis, e da Comissão, representada por M. Wolfcarius, assistida por M. Barnert, advogado no foro de Bruxelas, na audiência de 28 de Janeiro de 1999,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 4 de Março de 1999,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 29 de Agosto de 1997, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de Setembro seguinte, o Arbeitsgericht Gelsenkirchen submeteu a este Tribunal, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), três questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 119.º do Tratado CE (os artigos 117.º a 120.º do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.º CE a 143.º CE), do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1), e da cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 145, p. 4).
- 2 Estas questões foram suscitadas num litígio que opõe S. Lewen a L. Denda, na qualidade de proprietário da sociedade Denda Zahntechnik, em Gelsenkirchen,

quanto ao pedido de S. Lewen de que a sua entidade patronal seja condenada a pagar-lhe a gratificação de Natal relativa ao ano de 1996.

Enquadramento legal

Disposições comunitárias

3 Nos termos do artigo 119.º do Tratado, os Estados-Membros são obrigados a assegurar e a manter a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos, por trabalho igual. Por remuneração deve entender-se o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último.

4 O artigo 8.º da Directiva 92/85 dispõe:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que as trabalhadoras referidas no artigo 2.º beneficiem de uma licença de maternidade de, pelo menos, 14 semanas consecutivas, a gozar antes e/ou depois do parto em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais.

2. A licença de maternidade prevista no n.º 1 deve incluir uma licença de maternidade obrigatória de, pelo menos, duas semanas, repartidas antes e/ou depois do parto, em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais.»

5 As disposições pertinentes para o processo principal constantes do artigo 11.º da Directiva 92/85 prevêm:

«A fim de garantir às trabalhadoras, na acepção do artigo 2.º, o exercício dos direitos de protecção da sua segurança e saúde reconhecidos pelo presente artigo, prevê-se que:

1. ...

2. No caso referido no artigo 8.º:

a) Devem ser garantidos os direitos decorrentes do contrato de trabalho das trabalhadoras referidas no artigo 2.º não referidos na alínea b) do presente ponto;

b) Devem ser garantidos a manutenção de uma remuneração e/ou o benefício de uma prestação adequada às trabalhadoras, na acepção do artigo 2.º

3. A prestação referida na alínea b) do ponto 2 é considerada adequada quando garanta um rendimento pelo menos equivalente ao que a trabalhadora em causa receberia no caso de uma suspensão da sua actividade por razões relacionadas com o seu estado de saúde, eventualmente dentro de um limite determinado pelas legislações nacionais.»

6 Nos termos do seu artigo 1.º, a Directiva 96/34 destina-se a aplicar o acordo-quadro sobre a licença parental, incluído em anexo.

- 7 A cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34 dispõe que «Os direitos adquiridos ou em fase de aquisição pelo trabalhador no momento de início da licença parental são mantidos tal como se encontram até ao final da licença parental. No termo da licença parental, são aplicáveis estes direitos, incluindo as alterações introduzidas pela legislação, por convenções colectivas ou pelas práticas nacionais.»
- 8 Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 96/34, os Estados-Membros deveriam pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à mesma directiva o mais tardar até 3 de Junho de 1998. Assim, na data em que a entidade patronal em causa no processo principal se recusou a pagar a gratificação de Natal, o prazo de transposição dessa directiva ainda não tinha expirado.

Disposições nacionais

- 9 Os §§ 3 e 6 da Mutterschutzgesetz (lei relativa à protecção da mãe, a seguir «MuSchG») dispõem:

«§ 3 (proibição de trabalho das mulheres grávidas)

- 1) A actividade de uma futura mãe deve ser interrompida se, em face de um atestado médico, a vida ou a saúde da mulher ou da criança estiverem ameaçadas em caso de continuação da actividade.

- 2) As futuras mães não devem ser empregadas durante as seis últimas semanas que precedem o parto, a menos que se declarem expressamente dispostas a fazê-lo. Devem poder revogar a qualquer momento esta declaração.

§ 6 (proibição de trabalho após o parto)

- 1) Durante o período subsequente ao parto, as mulheres não devem ser empregadas durante um período de oito semanas. Em caso de nascença de prematuros ou de partos múltiplos, este prazo é de doze semanas.»

- 10 A licença para educação (ou licença parental) rege-se pela Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub — Bundeserziehungsgeldgesetz (lei relativa à concessão do subsídio e da licença para educação, a seguir «BERzGG»). A licença para educação, que pode ser usada a título voluntário e independentemente do sexo, inicia-se o mais tardar, nos termos do § 15, n.º 2, da BERzGG, no termo do período de protecção da mãe e dura no máximo até que a criança tenha atingido os três anos completos. Durante este período, o contrato de trabalho do trabalhador assalariado em licença é suspenso. O assalariado ou assalariada em licença para educação não recebe o salário mensal, mas recebe, nos termos do § 1 e seguintes da BERzGG, uma prestação denominada «subsídio de educação» que é paga pelo Estado em função dos rendimentos.

O litígio no processo principal

- 11 S. Lewen é empregada desde 1 de Setembro de 1990 de L. Denda, na empresa deste último, Denda Zahntechnik. O seu salário mensal bruto é de 5 500 DEM, correspondente a 39,25 horas semanais de trabalho. L. Denda emprega também trabalhadores do sexo masculino.

- 12 A demandante no processo principal, que estava grávida desde o início do ano de 1996, trabalhou de 1 de Janeiro a 8 de Abril de 1996 e de 15 a 18 de Abril de 1996. Entrou em licença de 9 a 12 de Abril de 1996 e de 19 de Abril a 15 de Maio de 1996. Em 16 de Maio de 1996, começou o período de protecção à mãe, de uma duração de seis semanas, previsto no § 3, n.º 2, da MuSchG, já que o parto estava previsto para o dia 27 de Junho de 1996. A filha da demandante no processo principal nasceu em 12 de Julho de 1996. Em conformidade com o § 6, n.º 1, da MuSchG, o período de protecção terminava em 6 de Setembro de 1996. Desde 7 de Setembro de 1996, S. Lewen estava em licença para educação a seu pedido, ao abrigo do § 15 e seguintes da BEzrGG, cujo termo estava fixado para 12 de Julho de 1999.
- 13 Nos anos anteriores a 1996, a demandante no processo principal recebeu, tal como os restantes empregados do demandado, sempre no dia 1 de Dezembro de cada ano, uma gratificação de Natal no montante de um mês de salário. Nessa ocasião, o demandado exigiu à demandante a assinatura da seguinte declaração:

«Gratificação de Natal

A presente gratificação constitui uma prestação social única, livre e revogável em qualquer altura, que se restringe às festividades de Natal deste ano. O pagamento da presente gratificação não constitui qualquer expectativa jurídica para o futuro nem quanto ao seu fundamento nem quanto ao seu montante, nem ainda quanto à sua constituição e modalidades de pagamento.

A gratificação de Natal é, além disso, concedida exclusivamente com a condição de não pôr termo à sua relação de trabalho antes de 1 de Julho do ano seguinte ou não dar justa causa para despedimento da nossa parte sem aviso prévio. O mesmo é válido para a quebra do contrato de trabalho. Atenta a reserva atrás referida, no caso de cessação de funções, a gratificação deve ser reembolsada na totalidade.

A aceitação da gratificação constitui o reconhecimento das condições acima referidas.»

- 14 No pedido apresentado em 10 de Janeiro de 1997 no órgão jurisdicional de reenvio, S. Lewen concluiu pedindo a condenação do demandado no processo principal a pagar-lhe uma gratificação de Natal relativa ao ano de 1996 no montante bruto de 5 500 DEM.
- 15 O órgão jurisdicional de reenvio fez, entre outras, as seguintes observações:

«5. ...

No entender desta secção, a gratificação tem o carácter de remuneração no sentido dos artigos 119.º do Tratado e 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85/CEE, quanto ao trabalho prestado no ano do pagamento da gratificação de Natal.

Ao excluir do número dos potenciais beneficiários de uma remuneração especial por altura do Natal as mulheres que se encontrem, à data do seu pagamento, em licença parental, não se tem em conta que a relação de trabalho destas mulheres, apesar de, devido ao gozo daquela licença se encontrarem suspensas as obrigações recíprocas, subsiste e, por isso, a mãe no gozo daquela licença continua a manter a sua fidelidade à empresa. A ameaça da retirada das prestações pecuniárias de gratificação pode ter como resultado que as mulheres que hajam dado à luz não façam uso do seu direito à licença de maternidade no interesse do filho. Esta secção considera totalmente incompatível com a proibição de discriminação directa e indirecta constante do Tratado CE e do direito dele derivado a distinção entre trabalhadores no activo e na situação de licença parental, para efeitos da concessão de uma gratificação, por forma que os períodos de prestação de trabalho no ano do seu pagamento e ainda os correspondentes à interdição da prestação de serviço por uma mulher grávida ou que haja dado recentemente à luz não sejam considerados para a aquisição do direito à gratificação em medida proporcional. A motivação da entidade

patronal — como em relação a si o demandado se arroga — de com a gratificação apenas pretender estimular prestações de trabalho futuras (que a entidade patronal, devido a uma mais longa licença parental da mãe num próximo futuro, não pode esperar) não constitui, no entender desta secção, justificação suficiente para não se ter em conta o facto da prestação de serviço no ano da concessão e os períodos da proibição de exercício de actividade da grávida e da mulher que acaba de dar à luz na concessão das prestações de gratificação, bem como na fixação da remuneração, no sentido das disposições de direito comunitário. Efectivamente, a entidade patronal beneficiou do exercício da actividade profissional da mãe no ano do pagamento e a proibição do exercício da actividade resultante do disposto na MuSchG decorre directamente da lei sem necessidade de pedido. O facto de uma mãe, logo a seguir ao termo do período da proibição do exercício da actividade laboral, fazer uso do seu direito à concessão de licença parental, situação em que se encontra aquando do pagamento da gratificação, assenta, no essencial, numa circunstância específica do seu sexo.

O facto de não ter em conta os períodos de proibição do exercício de actividade por razões de protecção da mãe ao calcular e fixar uma gratificação viola, no entender desta secção, o objectivo da Directiva 92/85/CEE, que consiste na ‘manutenção de uma remuneração’ na acepção do seu artigo 11.º, n.º 2, alínea b). No acórdão de 21 de Fevereiro de 1996, Gillespie (C-342/93, Colect., p. I-475), o Tribunal de Justiça não teve a oportunidade de interpretar o artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da mencionada Directiva 92/85/CEE, uma vez que os factos da causa ocorreram antes do termo do prazo para a sua transposição. Os períodos de proibição do exercício de actividade nos termos da MuSchG não podem, por força desta lei, ser equiparados aos períodos de incapacidade para o trabalho que, no entender do Bundesarbeitsgericht, podem ser tidos em conta para a diminuição das gratificações, independentemente de a entidade patronal demandada não ter tido em conta no ano de 1996 aqueles períodos de incapacidade de forma a diminuir a gratificação aos trabalhadores da sua empresa que dela beneficiaram.

Também em relação aos artigos 119.º, primeiro parágrafo, do Tratado CE e 1.º da Directiva 75/117/CEE não é admissível, no entender desta secção, a diminuição de uma prestação pecuniária especial anual com base em períodos de ausência devido ao regime legal de protecção da mãe. Dentro dos limites em que o Tribunal de Justiça, no referido acórdão Gillespie, procedeu à interpretação

dos artigos 119.º do Tratado CE e 1.º da Directiva 75/117/CEE, aquele Tribunal concluiu que as referidas disposições ‘também não estabeleciam critérios específicos para determinar o montante das prestações que lhes eram devidas durante esse período’ (n.º 20 do acórdão). Todavia, ‘quanto à questão de saber se o trabalhador feminino em licença por maternidade deve beneficiar de um aumento de salário ocorrido antes ou depois desse período, a resposta deve ser afirmativa’ (n.º 21 do acórdão). Consequentemente, essa mesma trabalhadora, se o regime legislativo nacional lhe reconhecer o direito à continuação do pagamento da totalidade da sua remuneração — é o caso na República Federal da Alemanha nos termos dos §§ 13 e 14 da MuSchG —, por força do direito comunitário, terá igualmente direito a todos os aumentos salariais posteriores que se reportem ao período de ausência por maternidade. Isto aplica-se igualmente a uma prestação pecuniária especial anual de carácter misto... que, no mínimo, deverá ser paga relativamente à actividade laboral exercida no ano do seu pagamento.»

As questões prejudiciais

- 16 Nestas circunstâncias, o Arbeitsgericht Gelsenkirchen decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Uma gratificação atribuída em relação com as festividades natalícias constitui remuneração, no sentido do artigo 119.º do Tratado CE ou no do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85/CEE, referente ao serviço prestado no ano da sua concessão ainda que concedida pela entidade empregadora fundamental ou exclusivamente como estímulo para o trabalho futuro e/ou a fidelidade à empresa? O carácter de remuneração é de reconhecer pelo menos quando a entidade patronal não haja comunicado, antes do início do ano da concessão, que nas festas natalícias do ano seguinte teria em conta exclusivamente o trabalho futuro, pelo que excluiria os trabalhadores cuja relação de trabalho estivesse suspensa à data do pagamento daquela gratificação e dali em diante?

2) Verifica-se violação do artigo 119.º do Tratado CE, do n.º 2 do artigo 11.º da Directiva 92/85/CEE e da cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34/CEE (a transpor para direito interno) se a entidade patronal excluir totalmente da concessão da gratificação de Natal as mulheres que, à data do seu pagamento, se encontrem na situação de licença parental, sem ter em conta o trabalho prestado nesse ano e o período de licença de maternidade (proibição da prestação de trabalho) gozado?

3) No caso de resposta afirmativa à questão 2:

Verifica-se violação dos artigos 119.º do Tratado CE, 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85/CEE e da cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34/CEE se a entidade patronal, ao conceder a gratificação de Natal, tem em conta, como factor de redução da prestação de trabalho, os seguintes períodos:

— o período da licença parental;

— o período da licença de maternidade (proibição da prestação de trabalho)?»

Quanto à primeira questão

- 17 Através da primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta em substância se uma gratificação de Natal como a que está em causa no processo principal é abrangida pelo conceito de remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado ou do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85, apesar de esta gratificação ser paga pela entidade patronal principal ou exclusivamente como um incentivo para o trabalho futuro e/ou pela fidelidade à empresa.

- 18 Segundo o demandado no processo principal, a gratificação, na medida em que foi paga voluntariamente como subsídio excepcional por ocasião do Natal, não pode ser considerada como uma remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado.
- 19 A este propósito deve recordar-se que, segundo jurisprudência assente, o conceito de remuneração, para efeitos do segundo parágrafo do artigo 119.º do Tratado, inclui todas as prestações actuais ou futuras pagas pela entidade patronal a um trabalhador em razão da relação de trabalho, independentemente de serem pagas em virtude de um contrato de trabalho, por força de disposições legais ou a título voluntário (v. acórdãos de 25 de Maio de 1971, Defrenne, 80/70, Colect., p. 161, n.º 6; de 9 de Fevereiro de 1982, Garland, 12/81, Recueil, p. 359, n.º 10, e de 17 de Maio de 1990, Barber, C-262/88, Colect., p. I-1889, n.º 20).
- 20 Para aplicação do artigo 119.º, o fundamento que conduz a entidade patronal a pagar a prestação pouco importa, desde que esta prestação seja concedida em razão da relação de trabalho.
- 21 Daí resulta que uma gratificação de Natal, como a que está em causa no processo principal, mesmo que tenha sido paga a título voluntário e mesmo que se destine principal ou exclusivamente a servir como incentivo para o trabalho futuro e/ou pela fidelidade à empresa, constitui uma remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado.
- 22 No que respeita ao conceito de remuneração utilizado no artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85, deve observar-se que esta disposição tem por fim garantir às trabalhadoras, durante a sua licença de maternidade, um rendimento de montante equivalente ao previsto pelo artigo 11.º, n.º 3, da mesma directiva, quer este rendimento seja pago sob a forma de uma prestação, de uma remuneração ou de uma combinação das duas (acórdão de 27 de Outubro de 1998, Boyle e o., C-411/96, Colect., p. I-6401, n.ºs 31 a 33).

- 23 Não sendo destinada a assegurar esse nível de rendimento durante a licença de maternidade ao trabalhador do sexo feminino, a gratificação em causa no processo principal não pode ser considerada como abrangida pelo conceito de remuneração na acepção do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85.
- 24 Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão que uma gratificação de Natal como a que está em causa no processo principal constitui uma remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado, apesar de esta gratificação ter sido paga a título voluntário pela entidade patronal e mesmo que se destine principal ou exclusivamente a servir de incentivo para o trabalho futuro ou pela fidelidade à empresa. Pelo contrário, não é abrangida pelo conceito de remuneração na acepção do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85.

Quanto à segunda questão

- 25 Através da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se o artigo 119.º do Tratado, o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 92/85 e a cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34 se opõem a que uma entidade patronal exclua integralmente do benefício de uma gratificação, paga a título voluntário como subsídio excepcional por ocasião do Natal, as mulheres que, no momento do pagamento dessa gratificação, se encontrem em licença parental, sem ter em conta o trabalho cumprido no decurso do ano a que se refere a concessão da gratificação nem os prazos que correspondem à protecção da mãe (proibições de trabalho).
- 26 Deve recordar-se, em primeiro lugar, que, tendo um carácter imperativo, a proibição da discriminação entre trabalhadores do sexo feminino e trabalhadores do sexo feminino não só se impõe à acção das autoridades públicas, mas estende-se também a quaisquer convenções que visem regular de forma colectiva o trabalho assalariado, bem como aos contratos entre particulares (v., nomeadamente, acórdãos de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz, C-184/89, Colect., p. I-297, n.º 11, e de 9 de Setembro de 1999, Krüger, C-281/97, Colect., p. I-5127, n.º 20). Esta proibição impõe-se também à acção unilateral de uma entidade patronal relativamente ao pessoal que emprega.

- 27 Deve observar-se, em segundo lugar, que a conclusão quanto à qualificação de um benefício como a gratificação de Natal em questão no processo principal como remuneração em sentido amplo na acepção do artigo 119.º do Tratado não implica necessariamente que a mesma gratificação deva ser considerada como uma remuneração retroactiva do trabalho cumprido no decurso do ano de concessão da gratificação, como parece supor o órgão jurisdicional de reenvio. Isso, todavia, é uma questão de facto que releva da apreciação do órgão jurisdicional nacional à luz do seu direito nacional.
- 28 Compete, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, para efeitos da qualificação da gratificação à luz do seu direito nacional, a pertinência da argumentação do demandado no processo principal, segundo a qual ele tinha por objectivo, ao pagar a gratificação de Natal do ano de 1996, encorajar os assalariados «activos» na relação de trabalho em 1 de Dezembro de 1996, a fim de que efectuassem bom trabalho nos meses seguintes e recompensar assim a sua fidelidade futura à entidade patronal.
- 29 Para responder de forma útil à questão colocada, tendo em atenção as dúvidas quanto à qualificação exacta da gratificação à luz do direito nacional, há, portanto, que analisar antes de mais a hipótese segundo a qual o pagamento de uma gratificação como o subsídio excepcional concedido a título voluntário pela entidade patronal por ocasião do Natal não constitui uma remuneração retroactiva do trabalho cumprido e apenas está sujeita à condição de que o trabalhador se encontre em actividade no momento da sua concessão.
- 30 A este propósito, deve observar-se, em primeiro lugar, que o pagamento a um trabalhador, durante a licença parental, de uma gratificação a título de subsídio concedido voluntariamente por uma entidade patronal por ocasião do Natal não é abrangido nem pelo artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 92/85 nem pela cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34.
- 31 Com efeito, no que se refere ao artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 92/85, na medida em que a alínea a) respeita aos direitos decorrentes do contrato de trabalho das trabalhadoras que devem ser assegurados no caso duma licença de maternidade, a mesma não se aplica. A gratificação, paga a título voluntário como subsídio

excepcional, não durante a licença de maternidade mas durante um período de educação, não pode ser considerada como um direito que tenha de ser garantido em caso de maternidade. Quanto à alínea b), resulta do n.º 23 do presente acórdão que a mesma também não se aplica.

- 32 No que respeita à cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34, a gratificação não constitui um direito adquirido ou em vias de aquisição na data do início da licença parental, dado que a mesma é paga a título voluntário após o início desta licença.
- 33 Em segundo lugar, deve concluir-se que, para efeitos do artigo 119.º do Tratado, essa prática da entidade patronal não comporta qualquer discriminação directa, uma vez que se aplica indistintamente aos trabalhadores masculinos e femininos. Convém, por conseguinte, apreciar se essa prática pode constituir uma discriminação indirecta.
- 34 Segundo a jurisprudência assente, existe discriminação indirecta quando a aplicação de uma medida nacional, apesar da sua formulação neutra, prejudica, de facto, um número muito mais elevado de mulheres do que de homens (v. nomeadamente, acórdão Boyle e o., já referido, n.º 76).
- 35 A este propósito, deve observar-se antes de mais que, tal como declarou o órgão jurisdicional de reenvio, as mulheres recorrem bastante mais à licença parental do que os homens, o que aliás se confirma pela situação na empresa do demandado no processo principal.
- 36 Convém recordar em seguida que, segundo jurisprudência assente, uma forma de discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes (v. acórdão Boyle e o., já referido, n.º 39).

- 37 Ora, o trabalhador que exerce o direito à licença parental que lhe confere a legislação e que implica o subsídio de educação pago pelo Estado encontra-se numa situação específica, que não pode ser equiparada à de um homem ou de uma mulher que trabalha, uma vez que esta licença se caracteriza pela suspensão do contrato de trabalho e, por conseguinte, das obrigações respectivas da entidade patronal e do trabalhador.
- 38 A recusa de pagar a uma mulher na situação de licença parental uma gratificação a título de subsídio excepcional concedido a título voluntário pela entidade patronal por ocasião do Natal não constitui, portanto, uma discriminação na acepção do artigo 119.º do Tratado, uma vez que a concessão deste subsídio apenas está subordinada à condição de um trabalhador se encontrar em situação de actividade no momento da sua concessão.
- 39 Seria diferente se o órgão jurisdicional nacional devesse, à luz do seu direito nacional, qualificar a gratificação em causa no processo principal como remuneração retroactiva do trabalho cumprido no decurso do ano de concessão da gratificação.
- 40 Em tal situação, a recusa da entidade patronal de conceder uma gratificação, ainda que fosse proporcionalmente reduzida, aos trabalhadores em situação de licença parental que tivessem prestado trabalho no decurso do ano de concessão da gratificação, apenas em virtude de o seu contrato de trabalho estar suspenso no momento da concessão da gratificação, prejudica-os em comparação com aqueles cujo contrato não está suspenso no momento da concessão e que recebem efectivamente a gratificação a título de remuneração do trabalho cumprido no decurso desse ano. Uma tal recusa constitui, portanto, uma discriminação na acepção do artigo 119.º do Tratado, dado que os trabalhadores do sexo feminino correm o risco, tal como se conclui no n.º 35 do presente acórdão, de se encontrar bastante mais frequentemente em licença parental no momento da concessão da gratificação do que os trabalhadores do sexo masculino.
- 41 Quanto à questão de saber se os períodos de protecção da mãe (proibições de trabalho) devem ser tomados em consideração, deve concluir-se que os mesmos devem ser equiparados aos períodos de trabalho.

- 42 Com efeito, excluir os períodos de protecção da mãe dos períodos de trabalho cumpridos para efeitos da concessão de uma gratificação que visasse remunerar retroactivamente o trabalho cumprido constituiria uma discriminação do trabalhador do sexo feminino apenas pela sua qualidade de trabalhadora, uma vez que, se não tivesse ficado grávida, os referidos períodos deveriam ter sido contados como períodos de trabalho.
- 43 Deve, pois, responder-se à segunda questão que o artigo 119.º do Tratado opõe-se a que uma entidade patronal exclua integralmente os trabalhadores do sexo feminino em situação de licença parental do benefício de uma gratificação paga a título voluntário como subsídio excepcional por ocasião do Natal, sem ter em conta o trabalho cumprido no decurso do ano de concessão da gratificação nem os períodos correspondentes à protecção da mãe (proibições de trabalho), quando tal gratificação visa remunerar retroactivamente o trabalho cumprido no decurso desse ano.
- 44 Pelo contrário, nem o artigo 119.º do Tratado nem o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 92/85, nem a cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34 se opõem à recusa de pagar essa gratificação a uma mulher em situação de licença parental, quando a concessão dessa gratificação apenas está subordinada à única condição de o trabalhador se encontrar em actividade no momento da sua concessão.

Quanto à terceira questão

- 45 Através da terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se o artigo 119.º do Tratado, o artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85 e a cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34 se opõem a que uma

entidade patronal, no momento de concessão de uma gratificação de Natal a um trabalhador do sexo feminino que se encontre em licença parental, tenha em conta, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos seguintes:

— períodos de licença parental

— períodos de protecção da mãe (proibições de trabalho).

46 Em primeiro lugar, tal como se observou nos n.ºs 23 e 32 do presente acórdão, o pagamento, durante a licença parental de um trabalhador, de uma gratificação a título de subsídio concedido voluntariamente por ocasião do Natal não é abrangido nem pelo artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85 nem pela cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34.

47 Resulta, em segundo lugar, da resposta dada à segunda questão que o facto de uma entidade patronal, no momento da concessão de uma gratificação de Natal, como a que está em causa no processo principal, não ter em conta o trabalho cumprido no decurso do ano de concessão da gratificação e os períodos correspondentes à protecção da mãe (proibições de trabalho) constitui uma discriminação na acepção do artigo 119.º do Tratado.

48 Daí resulta que o artigo 119.º do Tratado se opõe a que uma entidade patronal, no momento da concessão de uma gratificação de Natal, tenha em conta, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos de protecção da mãe.

49 Pelo contrário, não se pode impedir que tome em consideração, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos de licença parental, dado

que, tal como se observou no n.º 37 do presente acórdão, a situação dos trabalhadores que se encontram em situação de licença parental não pode ser equiparada à de um homem ou de uma mulher que trabalha.

- 50 Por conseguinte, deve responder-se à terceira questão que o artigo 119.º do Tratado, o artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85 e a cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34 não se opõem a que uma entidade patronal, no momento da concessão de uma gratificação de Natal a uma mulher que se encontra em situação de licença parental, tenha em conta, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos de licença parental.
- 51 Pelo contrário, o artigo 119.º do Tratado opõe-se a que uma entidade patronal, no momento da concessão de uma gratificação de Natal, tenha em conta, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos de protecção da mãe (proibições de trabalho).

Quanto às despesas

- 52 As despesas efectuadas pelos Governos alemão e do Reino Unido, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Arbeitsgericht Gelsenkirchen, por despacho de 29 de Agosto de 1997, declara:

- 1) Uma gratificação de Natal como a que está em causa no processo principal constitui uma remuneração na acepção do artigo 119.º do Tratado CE (os artigos 117.º a 120.º do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.º CE a 143.º CE), apesar de esta gratificação ter sido paga a título voluntário pela entidade patronal e mesmo que se destine principal ou exclusivamente a servir de incentivo para o trabalho futuro ou pela fidelidade à empresa. Pelo contrário, não é abrangida pelo conceito de remuneração na acepção do artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE).

- 2) O artigo 119.º do Tratado opõe-se a que uma entidade patronal exclua integralmente os trabalhadores do sexo feminino em situação de licença parental do benefício de uma gratificação paga a título voluntário como subsídio excepcional por ocasião do Natal, sem ter em conta o trabalho cumprido no decurso do ano de concessão da gratificação nem os períodos correspondentes à protecção da mãe (proibições de trabalho), quando tal gratificação visa remunerar retroactivamente o trabalho cumprido no decurso desse ano.

Pelo contrário, nem o artigo 119.º do Tratado nem o artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 92/85, nem a cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34/CE

do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, se opõem à recusa de pagar essa gratificação a uma mulher em situação de licença parental, quando a concessão dessa gratificação apenas está subordinada à única condição de o trabalhador se encontrar em actividade no momento da sua concessão.

- 3) O artigo 119.º do Tratado, o artigo 11.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 92/85 e a cláusula 2, ponto 6, do anexo da Directiva 96/34 não se opõem a que uma entidade patronal, no momento da concessão de uma gratificação de Natal a uma mulher que se encontra em situação de licença parental, tenha em conta, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos de licença parental.

Pelo contrário, o artigo 119.º do Tratado opõe-se a que uma entidade patronal, no momento da concessão de uma gratificação de Natal, tenha em conta, de forma a reduzir proporcionalmente a prestação, os períodos de protecção da mãe (proibições de trabalho).

Schintgen

Kapteyn

Hirsch

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 21 de Outubro de 1999.

O secretário

O presidente da Sexta Secção

R. Grass

J. C. Moitinho de Almeida