

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMAZO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 4. marts 1999 *

1. Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Tyskland) har i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85/EØF¹, og § 2, stk. 6, i den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der blev iværksat ved direktiv 96/34/EF², som endnu ikke var gennemført i tysk ret, da forelæggelseskendelsen blev afsagt.

DEM, hvilket sagsøgte nægter med den begrundelse — som det fremgår — at sagsøgeren det pågældende år havde haft barselsorlov, og at hun, på det tidspunkt, hvor gratialet blev udbetalt, havde forældreorlov for at kunne passe sin datter.

I — Faktiske omstændigheder i hovedsagen

2. De nævnte spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten er blevet rejst under en for nævnte ret verserende sag mellem sagsøgeren, Susanne Lewen, og sagsøgte, hendes arbejdsgiver Lothar Denda, indehaver af virksomheden Denda Zahntechnik, Gelsenkirchen. Arbejdstageren kræver udbetalt et julegratiale for 1996 på 5 500

3. Susanne Lewen var i tidsrummet fra den 1. oktober 1990 til den 6. september 1996 beskæftiget som tandtekniker hos sagsøgte, der også beskæftiger mandlige arbejdstagere. Hendes månedsløn udgør 5 500 DEM brutto for en ugentlig arbejdstid på 39,25 timer.

Sagsøgeren blev gravid i 1995. I 1996 udførte hun sit arbejde fra den 1. januar til omkring midten af april måned. Derpå holdt hun en måneds ferie. Den 16. maj begyndte sagsøgerens barselsorlov, der sluttede den 6. september. Siden den 7. september 1996 har hun haft forældreorlov. Denne orlov udløber, når hendes datter, der blev født den 12. juli 1996, fylder tre år. I dette tidsrum modtager sagsøgeren fra staten en såkaldt »børnepasningsydelse«,

* Originalsprog: spansk.

1 — Rådets direktiv af 19.10.1992 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).

2 — Rådets direktiv af 3.6.1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT L 145, s. 4).

hvis størrelse afhænger af modtagerens indkomst³.

4. Den nationale ret oplyser i forelæggelseskendelsen, at sagsøgte den 1. december de foregående år havde ydet samtlige arbejdstagere et julegratiale svarende til én måneds løn. For at modtage gratialet skulle arbejdstagerne underskrive en erklæring, hvori de gav udtryk for, at de var indforstået med de betingelser, hvorunder det blev udbetalt. Ifølge erklæringen var gratialet en enkeltstående, frivillig social ydelse, som til enhver tid kunne tilbagekaldes, som var begrænset til julen i det pågældende år, og hvis udbetaling ikke gav grundlag for noget fremtidigt retskrav, hverken med hensyn til bevæggrunden, størrelsen, udbetalingsmåden eller sammensætningen. Gratialet blev hvert år ydet med det udtrykkelige forbehold, at arbejdstageren ikke inden den 1. juli det følgende år opsagde arbejdsforholdet til virksomheden eller gav den en berettiget grund til at opsiges det uden varsel. I hvert af disse tilfælde, og i tilfælde af misligholdelse af arbejdskontrakten, skulle arbejdstageren tilbagebetale gratialet fuldt ud ved sin fratrædelse. Det fremgår ikke af erklæringen, at gratialet også skulle tilbagebetales, hvis arbejdsforholdet var

stillet i bero før det nævnte tidspunkt, f.eks. fordi arbejdstageren havde påbegyndt aftjening af værnepligt eller ansøgt om forældreorlov.

5. Under henvisning til denne erklæring afslog arbejdsgiveren at udbetale julegratiale for 1996 til sagsøgeren og to andre kvindelige arbejdstagere, der havde forældreorlov i december 1996 — sagens akter indeholder ikke nogen oplysninger om disse, og de er ikke parter i hovedsagen — uden at han havde givet meddelelse herom i 1995.

II — De præjudicielle spørgsmål

6. Arbeitsgericht Gelsenkirchen har for at kunne afgøre tvisten 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 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

3 — Domstolen har erklæret denne tyske ydelse for en »familieydelse« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 4, stk. 1, litra h), i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983 (EFT L 230, s. 6), og for en »social fordel« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Rådets forordning nr. 1612/68/EØF af 15.10.1968 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet (EFT 1968 II, s. 467). Jf. dom af 10.10.1996, forenede sager C-245/94 og C-312/94, Hoefer og Zachow, Sml. I, s. 4895, og af 12.5.1998, sag C-85/96, Martínez Sala, Sml. I, s. 2691.

altså ikke vil udbetale ydelsen til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero på udbetalingsstidspunktet og fremover?

perioder ved at nedsætte ydelsen forholdsmæssigt

— perioder, hvor kvinden har haft børnepasningsorlov

- 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)?

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

III — Fællesskabsretten

- 3) Såfremt spørgsmål 2) besvares bekræftende:

7. I traktatens artikel 119 knæsesættes princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. Artiklens stk. 2 og 3 bestemmer:

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

»Ved 'løn' forstås i denne artikel 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.

Lige løn uden forskelsbehandling med hensyn til køn indebærer:

- a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag
- b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde.«

8. For at sikre, at arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, kan udøve deres ret til beskyttelse af sikkerhed og sundhed, bestemmer artikel 11 i direktiv 92/85:

»...

- 2) I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8 [som sikrer arbejdstagerne barselsorlov i mindst 14 uger, hvoraf to er obligatoriske]:

- 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 ...«

9. Rammeaftalen vedrørende forældreorlov blev iværksat i medlemsstaterne med undtagelse af Det Forenede Kongerige ved direktiv 96/34 af 3. juni 1996. Det blev vedtaget på grundlag af artikel 4, stk. 2, i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken⁴, som gør det muligt for arbejdsmarkedets parter i fællesskab at anmode om, at aftaler, der indgås på fællesskabsplan, iværksættes ved en afgørelse, som Rådet træffer på forslag af Kommissionen. Fristen for gennemførelse af rammeaftalen om forældreorlov i national ret udløb den 3. juni 1998. Rammeaftalens § 2, stk. 6, som den nationale ret har anmodet Domstolen om at fortolke, bestemmer følgende:

»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.«

4 — Aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken indgået mellem Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater med undtagelse af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, der er knyttet til protokol nr. 14 til traktaten om oprettelse af Den Europæiske Union, som blev underregnet den 7.2.1992 i Maastricht. Bestemmelserne i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken er ved Amsterdam-traktaten, som blev underregnet den 2.10.1997, og som endnu ikke er trådt i kraft, blevet integreret i artikel 117-120 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF).

Direktivet blev ændret og udvidet til også at omfatte Det Forenede Kongerige ved direktiv 97/75/EF⁵, som fastsætter en frist for, hvornår Det Forenede Kongeriges lovgivning skal være tilpasset det. Denne frist udløber den 15. december 1999.

ensidig hensigtserklæring fra arbejdsgiveren, idet denne hverken i medfør af loven eller arbejdskontrakten er forpligtet dertil. Det afgørende er, at der er tale om en økonomisk ydelse, som udbetales inden for rammerne af arbejdsforholdet.

IV — Indlæg indgivet inden for rammerne af den præjudicielle procedure

10. Sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen, den tyske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, som er fastsat i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen.

Under retsmødet den 28. januar 1999 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanter for henholdsvis sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen, den tyske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen.

11. Sagsøgeren er af den opfattelse, at det julegratiale, som hun kræver udbetalt, er en del af lønnen i traktatens artikel 119's forstand, selv hvis arbejdsgiveren yder det som et incitament til fremtidigt arbejde og loyalitet over for virksomheden, og uden hensyn til, at det udbetales i henhold til en

Efter sagsøgerens opfattelse udgør den omstændighed, at arbejdsgiveren ved udbetalingen af det omtvistede gratiale ikke tog hensyn til den periode, hvori hun havde barselsorlov, en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. Samtidig udgør arbejdsgiverens afslag på at udbetale gratialet for 1996 til alle de arbejdstagere, der havde forældreorlov, en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, idet det stadig for størstepartens vedkommende er kvinder, der varetager børns pasning og opdragelse, selv om muligheden for få forældreorlov står åben for både mænd og kvinder. Til bevis herfor tjener, at over 90% af de arbejdstagere i Tyskland, der tager forældreorlov, er kvinder. Endvidere er den forældreorlov, som er indført i henhold til den tyske lovgivning, og som kan vare, indtil barnet fylder tre år, sammenlignelig med den forældreorlov, som er omhandlet i direktiv 96/34, hvorefter erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Det betyder i hendes tilfælde, at hun på tidspunktet for udbetalingen af gratialet med tilbagevirkende kraft havde erhvervet en rettighed, som opstod ved begyndelsen af 1996, og som mindst svarede til den periode, hvori hun var i aktiv tjeneste.

⁵ — Rådets direktiv 15.12.1997 om ændring og udvidelse af direktiv 96/34 til at omfatte Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (EFT 1998 L 10, s. 24).

12. Sagsøgte har gjort gældende, at det omtvistede gratiale ikke udgør løn i traktatens artikel 119's forstand, og at han ikke var forpligtet til et år i forvejen at meddele, at han ikke ville udbetale det til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold var stillet i bero. Dette er der flere grunde til. For det første er han på ingen måde, hverken i henhold til den kollektive overenskomst, der gælder inden for hans branche, eller i henhold til bestemmelserne i kontrakterne med de arbejdstagere, som han beskæftiger, forpligtet til at udbetale et julegratiale. Når han i 1996 udbetalte julegratiale til arbejdstagere, som var i aktiv tjeneste, var det for at give dem et incitament til at udføre et godt arbejde i de følgende måneder. Gratialet blev ikke udbetalt til de arbejdstagere, som på dette tidspunkt aftjente værnepligt eller militærnægtertjeneste, ligesom det heller ikke blev udbetalt til arbejdstagere, som havde opsagt deres arbejdsforhold. For det andet havde han ved udbetalingen af gratialet i de foregående år klart og skriftligt udtalt i den erklæring, som arbejdstagerne skulle underskrive, at der var tale om en enkeltstående, frivillig social ydelse, som til enhver tid kunne tilbagekaldes, og som var begrænset til julen i det pågældende år. På samme måde var det blevet understreget i erklæringen, at udbetalingen af gratialet i det pågældende år ikke gav grundlag for noget fremtidigt retskrav, hverken med hensyn til at modtage det eller med hensyn til dets størrelse. Endelig forbeholder han sig ret til ved slutningen af hvert år, alt efter virksomhedens situation, frit at beslutte, om han skal udbetale et gratiale, hvor stort det i givet fald skal være, og hvem der skal modtage det.

13. Den tyske regering er af den opfattelse, at det omtvistede gratiale udgør løn i traktatens artikel 119's forstand, og at det forhold, at arbejdsgiveren ikke havde besluttet før den 1. december 1996, om han skulle udbetale det og på hvilke betingelser, er uden betydning.

Den tyske regering har dog også gjort gældende, at arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er blevet stillet i bero, ikke kan gøre krav på at få udbetalt løn, som om de var i aktiv tjeneste, og at denne betragtning også gælder kvinder på barselsorlov. Da arbejdstagerne hverken arbejder i denne periode eller i perioder, hvor de har forældreorlov, kan arbejdsgiveren ikke være forpligtet til at udbetale julegratiale til dem i medfør af princippet om lige løn, eftersom gratialet ikke udgør en lønforhøjelse med tilbagevirkende kraft, men et supplerende vederlag, som ydes for det arbejde, der er udført på udbetalingstidspunktet, og som et incitament til fremtidig loyalitet over for virksomheden. Da det endvidere drejer sig om en ydelse, som er frivillig for arbejdsgiveren, havde Susanne Lewen ikke ret til gratialet, da hun påbegyndte sin forældreorlov, og kan ikke hævde, at der var tale om en rettighed, som hun var i færd med at erhverve. Den tyske regering har tilføjet, at det i mangel af både lov-, overenskomst- og endog kontraktbestemmelser kun er arbejdsgiveren, der kan afgøre, om han skal udbetale et gratiale og på hvilke betingelser, og at en domstol ikke er kompetent til at tage stilling til, om det er berettiget at udbetale fuldt gratiale til en arbejdstager, der begynder at arbejde i december måned.

14. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at et julegratiale som det i hovedsagen omhandlede udgør løn i traktatens artikel 119's forstand, selv hvis arbejdsgiveren udbetaler det på fuldstændig frivilligt grundlag som et incitament til fremtidigt arbejde og loyalitet over for virksomheden. Den har med henblik på at afklare, om julegratialet vedrører arbejde udført i en bestemt periode, der omfatter barselsorloven, foreslået to kriterier. Hvis

1996-gratiale blev udbetalt som vederlag for arbejde udført i løbet af dette år, barselsorloven indbefattet, er det en del af lønnen som omhandlet i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85. Hvis formålet med gratialet derimod, sådan som det synes at være tilfældet, var et andet, nemlig at være et incitament til fremtidigt arbejde, er det ikke en del af den løn, som er omhandlet i ovennævnte bestemmelse, og som kvinder har ret til under barselsorlov.

Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at hvis den nationale ret finder, at gratialet udgør et incitament til fremtidigt arbejde og loyalitet over for virksomheden, kan beslutningen om at udelukke en bestemt gruppe arbejdstagere fra at kunne modtage det — hvad enten det drejer sig om arbejdstagere på barselsorlov eller om arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero af en helt anden grund — udgøre en indirekte forskelsbehandling, hvis den berører et betydeligt større antal kvinder end mænd. Når henses til det forfulgte formål, er beslutningen om at begrænse udbetalingen af gratialet til kun at omfatte de arbejdstagere, som rent faktisk arbejder, dog truffet i en lovlig hensigt, som er objektivt begrundet, og uden at der er tilsigtet nogen form for forskelsbehandling på grundlag af køn.

Det Forenede Kongeriges regering har tilføjet, at man, da gratialet ikke synes at have til formål at være vederlag for arbejde udført før påbegyndelsen af forældreorloven, må drage den konklusion, at der på det pågældende tidspunkt ikke forelå nogen erhvervet rettighed eller nogen rettighed, som arbejdstageren var i færd med at erhverve. Derfor kan der ikke have foreligget nogen rettighed, som kunne beskyttes eller opretholdes i henhold til § 2, stk. 6, i rammeaftalen om forældreorlov.

15. Kommissionen har anført, at det omtvistede gratiale er en del af lønnen i den i traktatens artikel 119 og artikel 11 i direktiv 92/85 omhandlede betydning, og at det som sådant er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling, selv hvis det påvises, at arbejdsgiveren overvejende eller udelukkende udbetalte det som et incitament til fremtidigt arbejde og loyalitet over for virksomheden. Kommissionen har i denne forbindelse peget på, at arbejdsgiverens konkrete motiver til at udbetale gratialet henhører under de faktiske spørgsmål, som det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, at det efter de oplysninger, som den råder over, er den herskende opfattelse i tysk juridisk litteratur og retspraksis, at julegratiale principielt udbetales både som vederlag for allerede udført arbejde og som et incitament til fremtidigt arbejde, og, endelig, at det ikke er muligt udelukkende på grundlag af den forklaring, som arbejdsgiveren har afgivet under sagen, at vurdere, om han overvejende eller udelukkende udbetalte gratialet som et incitament til fremtidigt arbejde, da han ikke forinden havde fremsat nogen erklæring herom.

Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at den periode, hvori en arbejdstager har forældreorlov, ved beregningen af gratialet betragtes som en periode, hvori der ikke er udført arbejde, med en reduktion af gratialets størrelse som konsekvens, ikke forekommer at være i strid med traktatens artikel 119. Det gælder imidlertid ikke arbejdsgiverens afslag på at udbetale det fulde gratiale med den begrundelse, at arbejdstageren har forældreorlov på udbetalingstidspunktet. Dette afslag kan udgøre en forskelsbehandling, som er forbudt efter artikel 119, hvis der ikke tages hensyn til det arbejde, som de pågældende har udført, eller som de skal udføre i løbet af den periode, som gratialet

vedrører. Eftersom der er betydeligt flere kvinder end mænd, der tager forældreorlov for at passe børn, vil der være tale om en indirekte forskelsbehandling.

løn som omhandlet i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85.

V — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

A — Første spørgsmål

16. Med det første af sine tre præjudicielle spørgsmål ønsker Arbeitsgericht Gelsenkirchen at få oplyst, om et gratiale, som en arbejdsgiver udbetaler i anledning af julen, overvejende eller udelukkende som incitament til fremtidigt arbejde og/eller loyalitet over for virksomheden, ved anvendelsen af traktatens artikel 119 og artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 kan udgøre løn for arbejde udført i løbet af det år, hvori gratialet ydes. Retten ønsker ligeledes at få oplyst, om det i denne forbindelse har nogen betydning, at arbejdsgiveren ikke forinden har givet behørig meddelelse om, at han den følgende jul udelukkende vil fastsætte gratialets størrelse på grundlag af det fremtidige arbejde, og at han ikke vil udbetale det til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero på udbetalingstidspunktet.

17. Jeg undersøger indledningsvis, om det omtvistede gratiale er omfattet af begrebet løn i traktatens artikel 119's forstand. Derpå prøver jeg at afgøre, om det udgør

18. Princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde, som er fastsat i traktatens artikel 119, hører til Fællesskabets grundlag⁶. Artiklen indeholder en bred definition af begrebet løn, nemlig: »... 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«.

Domstolen har i sin praksis udbygget denne definition, idet den siden 1971 også har ladet begrebet omfatte »aktuelle eller fremtidige« ydelser⁷ og i 1990 tilføjede, at ydelser, som en arbejdsgiver udbetaler til en arbejdstager som en følge af ansættelsen af denne, er omfattet af begrebet løn, »uanset om ydelserne udbetales i henhold til en arbejdskontrakt, i henhold til lovbestemmelser eller på frivilligt grundlag«⁸.

6 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 12.

7 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, org. ref.: Rec. s. 445, præmis 6.

8 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 20. I denne sag havde arbejdsgiveren ved afskedigelsen af en arbejdstager, ud over en erstatning bestående af de i afskedigelsesvilkårene fastsatte kontantydelse og et beløb svarende til den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse, udbetalt ham et kontant, ikke skattepligtigt gratiale svarende til halvdelen af erstatningens bruttobeløb.

19. Uden at nedenstående opregning foregiver at være udtømmende, har Domstolen således gennem årenes løb anset følgende for omfattet af begrebet løn: befordringsgoder, som et jernbaneselskab yder sine pensionerede tidligere ansatte og disses pårørende⁹, rejsebegunstigelser, som en arbejdsgiver yder en ansat i henhold til ansættelseskontrakten for dennes ægtefælle eller en person af modsat køn, som den ansatte lever i et fast samlivsforhold med uden for ægteskab¹⁰, godtgørelser, der af arbejdsgiveren ydes arbejdstageren ved arbejdsforholdets ophør for at gøre det lettere for arbejdstageren at tilpasse sig de nye forhold, der opstår i den anledning¹¹, midlertidige godtgørelser til bedriftsrådsmedlemmer i form af tjenestefrihed med løn eller overarbejdsbetaling for deltagelse i kurser, hvorunder de pågældende modtager oplysninger, som er nødvendige for bedriftsrådsarbejdet, også selv om de i kursustiden ikke udøver aktiviteter som nævnt i ansættelseskontrakten¹², godtgørelser, som udbetales til en arbejdstager i forbindelse med hans afskedigelse¹³, fortsat udbetaling af arbejdstagerens løn i tilfælde af sygdom¹⁴, herunder også når den gravides uarbejdsdygtighed skyldes graviditeten¹⁵, samt ydelser, som arbejdsgiveren i henhold til lovbestemmelser eller som følge af kollektive overenskomster

udbetaler til en kvindelig arbejdstager under hendes barselsorlov¹⁶.

20. Domstolen har ligeledes udtalt, at forbuddet mod forskelsbehandling af mænd og kvinder i traktatens artikel 119 på grund af sin ufravigelige karakter ikke alene gælder for de offentlige myndigheder, men også for alle overenskomster, som kollektivt regulerer arbejdslønnen, og for aftaler mellem private¹⁷.

21. Bør man drage den konklusion, at den i retsforskrifterne fastlagte definition af begrebet løn, som fortolket og udbygget af Domstolen, omfatter et gratiale, som en arbejdsgiver udbetaler til arbejdstageren i anledning af julen, overvejende eller udelukkende som incitament til fremtidigt arbejde og/eller loyalitet over for virksomheden?

9 — Dom af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359, præmis 9.

10 — Dom af 17.2.1998, sag C-249/96, Grant, Sml. I, s. 621, præmis 14.

11 — Dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 11.

12 — Dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötzel, Sml. I, s. 3589, præmis 14 og 15, og af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, præmis 23.

13 — Barber-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 14.

14 — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 7.

15 — Dom af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 35.

22. Det mener jeg, at der må svares bekræftende på. Der er nemlig tale om et gratiale, som arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet direkte og frivilligt udbetaler til arbejdstageren i penge.

16 — Dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 14.

17 — Dom af 8.4.1976, Defrenne, nævnt i fodnote 6, præmis 39.

Med hensyn til beløb, som arbejdsgiveren udbetaler på frivilligt grundlag, har Domstolen afgjort, at artikel 119 også finder anvendelse på ydelser, som en arbejdsgiver udreder til arbejdstagerne uden at være kontraktligt forpligtet dertil¹⁸.

23. Fællesskabsretten gør det dog på sit nuværende udviklingstrin ikke muligt at afgøre, om gratialet udgør løn for arbejde udført i udbetalingsåret, eller, som sagsøgte i hovedsagen synes at hævde, om det har til formål at være et incitament til fremtidigt arbejde og/eller loyalitet over for virksomheden. Disse spørgsmål må afgøres i henhold til national ret.

Under alle omstændigheder kan arbejdsgiverens begrundelse for at udbetale gratialet ikke ændre dets karakter af løn i traktatens artikel 119's forstand, hvorefter følger, at det skal ydes til både mænd og kvinder på de samme betingelser uden forskelsbehandling på grundlag af køn.

24. Udgør gratialet ligeledes løn i den i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 omhandlede betydning?

25. Det mener jeg til gengæld, at der må svares benægtende på. Denne bestemmelse foreskriver nemlig, at bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse skal sikres, så længe arbejdstageren har barselsorlov; dennes varighed er i samme direktivs artikel 8 fastsat til mindst 14 sammenhængende uger, heraf to obligatoriske. I Gillespie m.fl.-dommen¹⁹ fastslog Domstolen, at da den ydelse, som arbejdsgiveren i henhold til lovbestemmelser eller som følge af kollektive overenskomster udbetaler til en kvindelig arbejdstager *under* hendes barselsorlov, bygger på arbejdsforholdet, er den løn i traktatens artikel 119's forstand.

I Boyle m.fl.-dommen²⁰ tog Domstolen direkte stilling til begrebet løn som anvendt i artikel 11 i direktiv 92/85 og udtalte, at det i lighed med definitionen af løn i traktatens artikel 119 omfatter de ydelser, som arbejdsgiveren som følge af arbejdstagerens arbejdsforhold direkte eller indirekte betaler *under* barselsorloven, og at begrebet ydelse, som ligeledes anvendes i denne bestemmelse, omfatter enhver indtægt, som arbejdstageren modtager *under* sin barselsorlov, og som arbejdsgiveren ikke direkte betaler hende som følge af arbejdsforholdet.

Det kan derfor fastslås, at løn som omhandlet i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85, hvis definition stemmer

19 — Nævnt i fodnote 16, præmis 14.

20 — Dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Sml. I, s. 6401, præmis 31.

18 — Barber-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 19.

overens med den i traktatens artikel 119 indeholdte, kun omfatter den løn, som arbejdsgiveren udbetaler til arbejdstageren under barselsorloven.

Da det omtvistede gratiale ikke har til formål at sikre arbejdstageren et bestemt indtægtsniveau under barselsorloven, kan det efter min opfattelse ikke betragtes som løn, hvis bevarelse skal sikres i dette tidsrum.

26. Den fortolkning, som jeg foreslår, indebærer langt fra, at retten til gratialet falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 92/85, som har til formål at forbedre sikkerheden og sundheden for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer.

27. Direktivets artikel 11, nr. 2, litra a), foreskriver, at arbejdstagerens rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, ud over bevarelsen af lønnen og/eller oppebærelsen af en passende ydelse, skal sikres under barselsorloven. Disse rettigheder omfatter efter min opfattelse retten til det omtvistede gratiale.

28. Det forekommer mig fuldstændig logisk, og desuden i overensstemmelse med Domstolens praksis, at kvalificere gratialet både som løn i traktatens artikel 119's forstand og som en rettighed i forbindelse med arbejdsaftalen i den i

artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 omhandlede betydning.

De betingelser, som en arbejdsgiver kræver overholdt af sine ansatte, for at de kan være omfattet af virksomhedens pensionsordning, falder således ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 119²¹, ligesom pension udbetalt af private erhvervstilknyttede ordninger²² er omfattet af begrebet løn, idet der er tale om ydelser, som arbejdsgiveren udbetaler til arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet. Dette har dog ikke afholdt Domstolen fra at afgøre, at optjening af pensionsrettigheder inden for rammerne af en rent arbejdsgiverfinansieret erhvervstilknyttet ordning er en af de rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, der i henhold til artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 skal sikres kvindelige arbejdstagere²³ under barselsorlov.

29. På baggrund af det foranstående kan jeg allerede nu udtale dels, at det omtvistede gratiale er omfattet af begrebet løn i traktatens artikel 119's forstand, hvoraf følger, at det skal udbetales til mænd og kvinder på de samme betingelser uden forskelsbehandling på grundlag af køn, dels

21 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607. I denne sag var deltidsansatte udelukket fra virksomhedens pensionsordning, medmindre de havde arbejdet på fuld tid i mindst 15 år i et samlet tidsrum af 20 år. Jf. også domme af 28.9.1994, sag C-57/93, Vroege, Sml. I, s. 4541, og sag C-128/93, Fisscher, Sml. I, s. 4583, samt dom af 24.10.1996, sag C-435/93, Dietz, Sml. I, s. 5223.

22 — Jf. ud over Barber-dommen, nævnt i fodnote 8, og Vroege-, Fisscher- og Dietz-dommene, nævnt i fodnote 21, dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, af 14.12.1993, sag C-110/91, Moroni, Sml. I, s. 6591, domme af 28.9.1994, sag C-200/91, Coloroll Pension Trustees, Sml. I, s. 4389, og sag C-7/93, Beule, Sml. I, s. 4471, og dom af 17.4.1997, sag C-147/95, Evrenopoulos, Sml. I, s. 2057.

23 — Boyle m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 82.

at det med henblik på anvendelsen af direktiv 92/85 skal kvalificeres som en rettighed i forbindelse med arbejdsaftalen, hvis erhvervelse skal sikres under arbejdstagerens barselsorlov som omhandlet i samme direktivs artikel 8.

rende forældreorlov, der er iværksat ved direktiv 96/43, er til hinder for, at en arbejdsgiver fuldstændig udelukker kvinder fra at modtage det omtvistede gratiale, hvis de på det tidspunkt, hvor det udbetales, har forældreorlov, uden at tage hensyn til det arbejde, som de har udført i løbet af det år, hvor det ydes, og til den periode, hvori de har haft barselsorlov.

30. Af disse betragtninger følger, at det er uden betydning, hvilket formål arbejdsgiveren forfulgte med udbetalingen af gratialet, ganske som det er uden betydning, at han ikke i tilstrækkeligt god tid forinden havde givet meddelelse om, at han den følgende jul udelukkende ville fastsætte gratialets størrelse på grundlag af det fremtidige arbejde, og at han ikke ville udbetale det til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold var stillet i bero på udbetalingstidspunktet eller senere. Disse spørgsmål tilkommer det under alle omstændigheder den nationale ret at tage stilling til ved hjælp af de anvisninger, som Domstolen giver den, eftersom der er tale om et gratiale, som hverken er reguleret af lovgivningen, den kollektive overenskomst eller arbejdskontrakten, og hvorom der med hensyn til formålet og de betingelser, hvorunder det ydes, ikke er enighed mellem den pågældende medlemsstats domstole.

32. I traktatens artikel 119 knæsesættes princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. Som det fremgår af behandlingen af det første spørgsmål, er det omtvistede gratiale omfattet af begrebet løn som omhandlet i denne artikel. Det skal følgelig ydes til mænd og kvinder på de samme betingelser uden forskelsbehandling på grundlag af køn.

33. Det foreskrives i artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85, at de med arbejdsaftalen forbundne rettigheder skal sikres under arbejdstagerens barselsorlov som omhandlet i artikel 8. Som jeg anførte under behandlingen af første spørgsmål, mener jeg, at det omtvistede gratiale er omfattet af disse rettigheder.

B — *Andet spørgsmål*

31. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den nationale ret at få oplyst, om en eller flere af en række nærmere angivne fællesskabsbestemmelser, nemlig traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrø-

34. Den nationale ret har ligeledes anmodet Domstolen om at fortolke § 2, stk. 6, i den ved direktiv 96/34 iværksatte rammeaftale vedrørende forældreorlov, til hvis bestemmelser den nationale lovgivning endnu ikke var blevet tilpasset. Hertil

havde medlemsstaterne en frist til den 3. juni 1998. Jeg kan imidlertid konstatere, at den tyske lovgiver er kommet fællesskabslovgiver i forkøbet med nogle år, idet den har indført ret for arbejdstagere til at holde forældreorlov i forbindelse med et barns fødsel i et tidsrum, der kan vare, indtil barnet fylder tre år. Derfor mener jeg ikke, at der er noget til hinder for, at Domstolen giver den ret, for hvilken hovedsagen er indbragt, nogle anvisninger, der gør det muligt for den at fortolke den nationale lovgivning i overensstemmelse med rammeaftalens indhold og formål.

§ 2, stk. 6, i den ved direktiv 96/34 iværksatte rammeaftale vedrørende forældreorlov foreskriver, at erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører.

I betragtning af ordlyden af denne bestemmelse og det forhold, at den nationale ret med dette andet spørgsmål interesserer sig for konsekvenserne af, at der ved beregningen af gratialet ikke tages hensyn til perioder, hvori arbejdstageren enten har arbejdet eller haft barselsorlov, hvorimod den med det tredje spørgsmål direkte udbeder sig oplysning om beregningen af gratialer, hvorved der tages hensyn til perioder med forældreorlov, vil jeg først undersøge, hvordan bestemmelsen skal fortolkes, når jeg behandler tredje spørgsmål.

35. Kan en arbejdsgiver på baggrund af traktatens artikel 119 og artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 fuldstændig udelukke kvinder, der på udbetalingstidspunktet, i dette tilfælde den 1. december, har forældreorlov, fra at modtage gratialet uden at tage hensyn til det arbejde, som den pågældende har udført i løbet af det år, hvori det ydes, og til den barselsorlov, som hun har haft?

36. Hvordan dette spørgsmål skal besvares, afhænger helt af, på hvilke betingelser arbejdstagerne erhverver den pågældende rettighed. Men som allerede nævnt råder Domstolen ikke over de oplysninger, som er nødvendige for at kunne give et konkret svar, eftersom det omtvistede gratiale hverken er omhandlet i lovgivningen eller en kollektiv overenskomst, ja ikke engang i den individuelle arbejdskontrakt. Desuden er parterne heller ikke enige om, hvorvidt gratialet har til formål at være vederlag for arbejde og loyalitet over for virksomheden i det forløbne år, eller om det har til formål at være et incitament til fremtidigt arbejde og til fremtidig loyalitet over for virksomheden i en periode, der synes at løbe til den 1. juli det følgende år, eller om der er tale om en kombination af disse to formål i et ikke nærmere defineret indbyrdes forhold.

37. Under disse omstændigheder tilkommer det den nationale ret, efter at have undersøgt, under hvilke betingelser arbejdstagerne erhverver retten til julegratialet, at afgøre, om det er i strid med fællesskabsretten, at arbejdsgiveren udelukker kvinder, der har forældreorlov på udbetalingstidspunktet, fra at modtage gratialet uden at tage hensyn til det arbejde, som de har

udført i løbet af det år, hvori det ydes, og til perioder med barselsorlov. Den skal i dette øjemed være opmærksom på følgende:

— Antager man, at den periode, der skal lægges til grund, er den del af året, der er forløbet, og godtgøres det, at gratialet udelukkende har til formål at være vederlag for arbejde og loyalitet over for virksomheden i denne periode, erhverves retten til gratialet gradvis i løbet af året, hvorfor det ikke er muligt at »straffe« en person i Susanne Lewen's situation, som kun har arbejdet en del af dette år, ved fuldstændig at udelukke hende fra at modtage det, medmindre det godtgøres, at arbejdstageren mister enhver ret til den forholdsmæssige del, som den pågældende har erhvervet ret til på det tidspunkt, hvor arbejdsforholdet eventuelt opsiges eller stilles i bero før den 1. december. For at afgøre, om det var dette formål, arbejdsgiveren forfulgte med udbetalingen af gratialet, kan den nationale ret undersøge, om en arbejdstager, hvis arbejdsforhold er begyndt i løbet af den periode, der skal lægges til grund, den 1. december modtager det fulde gratiale eller en forholdsmæssig del svarende til det antal måneder, hvori han har arbejdet.

— Antager man, at den periode, der skal lægges til grund, er det følgende år, og gratialet udelukkende har til formål at være et incitament til arbejde og loyalitet over for virksomheden i denne periode, vil det have til følge, at arbejdstagere, som ikke er i aktiv tjeneste i den periode, der skal lægges til grund, ikke har ret til gratialet. Jeg har dog svært ved at tro, at en arbejdsgiver i anledning af julen i et givet år *udelukkende* søger at opmuntre til arbejde og loyalitet over for virksomheden i det følgende år. For at afgøre, om det var

dette formål, arbejdsgiveren forfulgte med udbetalingen af gratialet, kan den nationale ret undersøge, om en arbejdstager, hvis arbejdsforhold er begyndt den 1. december, modtager det fulde gratiale, kun en del af heraf, eller slet intet, og om en arbejdstager, som skal holde forældreorlov fra begyndelsen af januar, modtager det fulde gratiale eller kun en del heraf, eftersom det dokument, som arbejdstagerne de foregående år skulle underskrive ved udbetalingen af gratialet, ikke blandt de tilfælde, hvori arbejdstageren skulle tilbagebetale gratialet, omhandlede den situation, at arbejdsforholdet var stillet i bero.

— Der findes en tredje mulighed, som er delvis sammenfaldende med de to ovennævnte, og hvor man kan anse den periode, der skal lægges til grund, for at være tidsrummet fra den 1. juli i det ene år til den 30. juni i det følgende. Denne mulighed antydes af den betingelse, hvorefter en arbejdstager, der har modtaget gratialet og opsagt arbejdsforholdet inden den 1. juli i det følgende år, skal tilbagebetale gratialet. I dette tilfælde kan formålet med gratialet bestå i dels at være vederlag for arbejde og loyalitet over for virksomheden i den del af året, der ligger forud for udbetalingstidspunktet (dvs. fra den 1. juli til den 30. november), dels at være incitament til arbejde og loyalitet over for virksomheden indtil den 30. juni i det følgende år. For at afgøre, om det var dette formål, arbejdsgiveren forfulgte med udbetalingen af gratialet, må den nationale ret som kriterier eksempelvis tage i betragtning, om en arbejdstager, hvis arbejdsforhold er begyndt i januar, og en anden, hvis arbejdsforhold er begyndt efter den 31. juli, men før den 1. december, begge modtager det fulde gratiale, eller om sidstnævnte kun har

ret til en forholdsmæssig del, om en arbejdstager, der er begyndt at arbejde for virksomheden den 1. december, modtager det fulde gratiale eller kun en forholdsmæssig del, om en arbejdstager, som ansættes i perioden fra den 1. januar til den 30. juni i det følgende år, modtager en forholdsmæssig del af gratialet, og om en arbejdstager, hvis arbejdsforhold må stilles i bero inden den 1. juli det følgende år, fordi den pågældende skal aftjene værnepligt, har ansøgt om orlov af personlige årsager eller skal påbegynde forældreorlov, modtager det fulde gratiale, og i bekræftende fald helt eller delvis skal tilbagebetale det.

38. Jeg mener, at det eneste, der kan berettige, at en arbejdstager i Susanne Lewen's situation udelukkes fra at modtage det fulde omtvistede gratiale eller en del heraf, er, at arbejdsgiveren udelukkende gør udbetalingen af det betinget af, at arbejdstageren er i aktiv tjeneste den 1. december. Men jeg er, efter at have gennemgået sagens akter, ikke overbevist om, at den arbejdsgiver, der er sagsøgt i den foreliggende sag, udbetaler det samme beløb til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er påbegyndt i løbet af året, og som ved juletid kun har arbejdet i en kort periode, som til arbejdstagere, der har arbejdet hele året eller størsteparten af dette. Jeg har vanskeligt ved at tro, at han udbetaler det samme beløb til de sidstnævnte arbejdstagere som til arbejdstagere, der begynder at arbejde den 1. december.

39. Tilbage står at undersøge, om der i tilfælde af, at arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales, herunder arbejdstagere, der har påbegyndt forældreorlov, er udelukket fra at modtage det, er tale om en

direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

40. Forældreorlov defineres i indledningen til rammeaftalen som et vigtigt middel til at forene arbejdsliv og familieliv og til at fremme lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder. I medfør af rammeaftalen tillægges der arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, individuel ret til forældreorlov i forbindelse med et barns fødsel eller i forbindelse med adoption af et barn, for at den pågældende kan passe dette barn i mindst tre måneder, indtil barnet har nået en nærmere fastsat alder, der kan være op til otte år, og som fastlægges af medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter. Som tidligere anført har jeg af sagens akter kunnet udlede, at den tyske lov om forældreorlov, om end den er vedtaget før direktiv 96/34, i det mindste delvis har samme formål som rammeaftalen.

41. Såvel sagsøgte i hovedsagen som Kommissionen mener, at det i større eller mindre udstrækning er diskriminerende at udelukke en kvindelig arbejdstager fra at modtage julegratialet med den begrundelse, at hun har forældreorlov. De har gjort gældende, at da mandlige arbejdstagere for størstepartens vedkommende ikke tager forældreorlov, selv om også de har ret til det, er det i sidste instans overvejende kvinder, der benytter sig af denne mulighed for at passe børn.

42. Når der ses bort fra de tilfælde, som jeg allerede har behandlet, hvor der i den periode, der skal lægges til grund, indgår såvel perioder med aktiv tjeneste som perioder med barselsorlov, mener jeg ikke, at det kan betragtes som diskriminerende at udelukke arbejdstagere, der har forældreorlov, fra at modtage julegratiale.

43. Som Domstolen flere gange har udtalt i sin praksis, består forskelsbehandling nemlig i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer²⁴. Arbejdstagere på forældreorlov befinder sig i en særlig situation, hvori de har været beskyttet af fællesskabsretten siden vedtagelsen af direktiv 96/34, der er udarbejdet for at tilgodese arbejdstagere ved nyligt indtrådt fader- eller moderskab. Denne situation kan ikke sidestilles med en arbejdende mands eller kvindes situation, navnlig ikke når julegratiale har til formål enten at være vederlag for allerede udført arbejde og udvist loyalitet over for virksomheden, eller at være et incitament til arbejde og loyalitet over for virksomheden i fremtiden, eller har begge disse to formål, eftersom det netop er kendetegnende for forældreorloven, at arbejdsforholdet og de deraf følgende forpligtelser til henholdsvis at arbejde og at aflønne arbejde er stillet i bero.

Ifølge den nationale ret har den i hovedsagen sagsøgte arbejdsgiver oplyst, at han udelukker samtlige arbejdstagere, der den 1. december ikke er i aktiv tjeneste, fra at

modtage julegratiale, herunder arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero, og at dette begreb omfatter såvel mænd — uanset om de har forældreorlov, aftjener værnepligt eller har orlov af personlige årsager — som kvinder, der har forældreorlov eller orlov af personlige årsager. Da denne betingelse således gælder lige for kvindelige og mandlige arbejdstagere, kan den ikke antages at udgøre en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn²⁵.

44. Domstolen har i øvrigt udtalt, at der foreligger en indirekte forskelsbehandling, såfremt en national bestemmelse — selv om den er kønsneutral — indebærer, at langt flere kvinder end mænd behandles ugunstigt²⁶.

45. I Boyle m.fl.-dommen²⁷ afgjorde Domstolen, at selv om væsentlig flere kvinder end mænd tog orlov uden løn under deres ansættelse, idet de tog en supplerende barselsorlov uden løn, som arbejdsgiverne tilstod dem som supplement til den beskyttelsesperiode, der var sikret dem ved artikel 8 i direktiv 92/85, kunne man ikke anse et vilkår i en arbejdskontrakt, hvorefter optjeningen af årlig ferie blev afbrudt under en sådan orlov uden løn, for at stille de kvindelige arbejdstagere, der benyttede sig af denne ret, ringere end mandlige arbejds-

24 — Gillespie m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 16, præmis 16, og dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30.

25 — Grant-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 28.

26 — Domme af 2.10.1997, sag C-1/95, Gerster, Sml. I, s. 5253, præmis 30, og sag C-100/95, Kording, Sml. I, s. 5289, præmis 16, samt Boyle m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 76.

27 — Nævnt i fodnote 20, præmis 77, 78 og 79.

tagere. Domstolen fandt, at når et sådant vilkår hyppigere anvendtes på kvinder, var det en følge af benyttelsen af retten til supplerende barselsorlov uden løn, som udgjorde en særlig fordel forbeholdt kvinder, og som ikke kunne anses for at indebære en forskelsbehandling til skade for disse.

46. I den foreliggende sag kan det anses for sikkert, at der er en større procentdel af kvinder end mænd, der i løbet af deres levnedsløb tager forældreorlov for at passe et barn. Dette har til følge, at udelukkelsen af arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero, fra at modtage julegratiale i praksis finder anvendelse på langt flere kvinder end mænd. Men denne hyppigere udelukkelse af kvinder end mænd er en følge af benyttelsen af retten til at tage forældreorlov, som ikke er et arbejdsmæssigt vilkår, men en særlig fordel forbeholdt arbejdstagerne i forbindelse med nyligt indtrådt fader- eller moderskab.

Derfor mener jeg ikke, at det kan indebære en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, til skade for kvinder, at udelukke de arbejdstagere fra at kunne modtage julegratiale, som benytter sig af retten til at tage forældreorlov.

47. På grund af manglen på oplysninger, som er nødvendige for, at der kan drages en konkret konklusion, foreslår jeg, at det andet spørgsmål besvares med, at det til-

kommer den nationale ret, der skal afgøre tvisten i hovedsagen, under hensyntagen til de betingelser, hvorunder arbejdstagerne erhverver ret til julegratiale, og anvisningerne i det foranstående, at tage stilling til, om traktatens artikel 119 og artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 er til hinder for, at en arbejdsgiver i fuldt omfang udelukker en arbejdstager, der har udført sit arbejde indtil den 15. maj 1996, derpå haft barselsorlov indtil den 6. september 1996 og umiddelbart derefter påbegyndt en forældreorlov, hvis udløb er fastsat til den 12. juli 1999, fra at modtage gratialet med den begrundelse, at hun på det tidspunkt, hvor det udbetales, holder denne forældreorlov.

C — Tredje spørgsmål

48. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den nationale ret i tilfælde af bekræftende svar på spørgsmål 2 at få oplyst, om det er i strid med traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov, at en arbejdsgiver ved beregningen af det julegratiale, der tilkommer en kvinde, som har forældreorlov, tager hensyn til perioder, hvori hun har haft barselsorlov, og den allerede tilbagelagte del af forældreorloven, således at ydelsen nedsættes forholds-mæssigt.

49. Jeg understregede allerede under behandlingen af det andet præjudicielle spørgsmål, at den praktisk talt totale mangel på konkrete oplysninger om, hvordan arbejdstagerne erhverver ret til julegratiale, gjorde det umuligt for Domstolen at udtale sig med sikkerhed om dette spørgsmål. Det svar, som jeg foreslog, var derfor hverken bekræftende eller benægtende. Det samme gælder tredje præjudicielle spørgsmål. Jeg ser mig atter nødsaget til blot at give nogle anvisninger, som den nationale ret skal tage i betragtning, når den træffer afgørelse om sagens realitet.

50. Jeg har påvist, at det omtvistede gratiale er en del af lønnen i traktatens artikel 119's forstand, og anført, at det med henblik på anvendelsen af direktiv 92/85 skal kvalificeres som en rettighed i forbindelse med arbejdsaftalen, hvis erhvervelse i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets artikel 11, nr. 2, litra a), skal være sikret under arbejdstagerens barselsorlov.

51. Det foreskrives i § 2, stk. 6, i den ved direktiv 96/34 iværksatte rammeaftale vedrørende forældreorlov, at erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører.

52. Hvis den nationale ret når frem til, at den periode, der skal lægges til grund, og som giver ret til gratialet, er den del af året, der allerede er forløbet, og at gratialet udelukkende har til formål at være vederlag

for arbejde og loyalitet over for virksomheden i denne periode, og det ikke er godtgjort, at arbejdstageren i tilfælde af, at arbejdsforholdet opsiges eller stilles i bero inden den 1. december, mister retten til den forholdsmæssige andel, som den pågældende måtte have erhvervet på det tidspunkt, hvor arbejdsaftalen opsiges eller stilles i bero, bør det fastslås, at artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 er til hinder for, at arbejdsgiveren ved beregningen af julegratialet tager hensyn til den periode, hvori hun har holdt barselsorlov, således at gratialet nedsættes forholdsmæssigt.

Hvis det på den anden side antages, at retten til julegratialet er en erhvervet rettighed eller en rettighed, som arbejdstageren er i færd med at erhverve, som omhandlet i § 2, stk. 6, i den ved direktiv 96/34 iværksatte rammeaftale vedrørende forældreorlov — hvilket i parentes bemærket forekommer mig mere tvivlsomt — bør det fastslås, at Susanne Lewen ikke har krav på at få udbetalt det julegratiale for 1996, som hun har erhvervet ret til indtil den 6. september, men at hun, når hun genoptager sit arbejde i 1999, atter begynder at erhverve ret til gratialet, hvis fulde beløb skal udbetales hende den 1. december 1999.

Jeg mener imidlertid ikke, at ovennævnte bestemmelse er blevet indført for at beskytte arbejdstagerne i situationer som disse, eller at den bør finde anvendelse på udbetalingen af periodiske ydelser såsom julegratialet.

53. Hvis den nationale ret derimod når frem til, at den periode, der skal lægges til grund, er det følgende år, og at gratialet udelukkende har til formål at være et

incitament til arbejde og loyalitet over for virksomheden i det år, der begynder på udbetalingstidspunktet, er hverken trakta- tens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 eller § 2, stk. 6, i den ved direktiv 96/34 iværksatte rammeaftale vedrørende forældreorlov til hinder for, at en arbejdstager, hvis arbejdsforhold stilles i bero inden for hele den periode, der lægges grund, udelukkes fra at kunne modtage gratialet med den begrundelse, at hun har forældreorlov.

54. Hvis, endelig, den nationale ret når frem til, at den periode, der skal lægges til grund, er perioden fra den 1. juli i det ene

år til den 30. juni i det følgende, og at gratialet har til formål dels at være vederlag for arbejde og loyalitet over for virksomheden i den del af året, der ligger forud for udbetalingstidspunktet, dels at være incita- ment til arbejde og loyalitet over for virk- somheden indtil den 30. juni i det følgende år, bør det fastslås, at artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 er til hinder for, at arbejdsgeberen ved beregningen af julegra- tialet tager hensyn til den periode, hvori arbejdstageren har holdt barselsorlov, såle- des at ydelsen nedsættes forholdsmæssigt. Fællesskabsretten beskytter på sit nuvæ- rende udviklingstrin ikke arbejdstagerens ret til, at perioder med forældreorlov betragtes som perioder med aktiv tjeneste ved erhvervelsen af retten til gratialer som de ovenfor omhandlede.

VI — Forslag til afgørelse

55. På baggrund af foranstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Arbeitsgericht Gelsenkirchen forelagte spørgsmål på følgende måde:

- »1) Et gratiale som det i sagen omhandlede er omfattet af begrebet løn i EF- traktatens artikel 119's forstand og skal kvalificeres som en rettighed i forbindelse med arbejdsaftalen som omhandlet i artikel 11, nr. 2, litra a), 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). Hverken det formål, som arbejdsgiveren forfølger på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales, eller den omstændighed, at han ikke i tilstrækkeligt god tid forinden har givet meddelelse om, at han den følgende jul udelukkende vil fastsætte dets størrelse på grundlag af det fremtidige arbejde, og at han ikke vil udbetale det til arbejdstagere, hvis arbejdsforhold er stillet i bero, har nogen betydning i den forbindelse.

- 2) Det tilkommer den nationale ret, der skal afgøre tvisten i hovedsagen, under hensyntagen til de betingelser, hvorunder arbejdstagerne erhverver ret til det omhandlede gratiale, og anvisningerne i punkt 37 og 38 i nærværende forslag til afgørelse, at tage stilling til, om traktatens artikel 119 og artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 er til hinder for, at en arbejdsgiver i fuldt omfang udelukker en arbejdstager, der har udført sit arbejde indtil den 15. maj 1996, derpå haft barselsorlov indtil den 6. september 1996 og umiddelbart derefter påbegyndt en forældreorlov, hvis udløb er fastsat til den 12. juli 1999, fra at modtage gratialet med den begrundelse, at hun på det tidspunkt, hvor det udbetales, har forældreorlov.

- 3) Det tilkommer den nationale ret, der skal afgøre tvisten i hovedsagen, under hensyntagen til de betingelser, hvorunder arbejdstagerne erhverver ret til det omhandlede gratiale, og anvisningerne i punkt 52, 53 og 54 i nærværende forslag til afgørelse, at tage stilling til, om traktatens artikel 119, artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85 og § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som er iværksat ved Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS, er til hinder for, at arbejdsgiveren ved beregningen af julegratialet tager hensyn til den periode, hvori arbejdstageren har holdt barselsorlov, således at ydelsen nedsættes forholdsmæssigt. Fællesskabsretten beskytter på sit nuværende udviklingstrin ikke arbejdstagerens ret til, at perioder med forældreorlov betragtes som perioder med aktiv tjeneste ved erhvervelsen af retten til gratialer som de ovenfor omhandlede.«