

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 4 mars 1999 *

1. L'Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Allemagne) a posé à la Cour, conformément à l'article 177 du traité CE, trois questions préjudicielles visant à l'interprétation de l'article 119 du traité CE, de l'article 11, point 2, de la directive 92/85/CEE¹ et de la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34/CE², celle-ci n'ayant pas encore été transposée dans le droit interne à la date de l'ordonnance de renvoi.

d'un montant de 5 500 DM, que le défendeur refuse d'exécuter au motif — semble-t-il — que, au cours de cette année, elle a bénéficié d'un congé de maternité et que, à la date de versement de cette prime, elle était en congé parental pour s'occuper de sa fille.

I — Les faits du litige au principal

2. Ces questions d'interprétation du droit communautaire ont été soulevées dans le cadre du litige pendant devant cette juridiction entre M^{me} Lewen, demanderesse, et son employeur, M. Denda, propriétaire de l'entreprise Denda Zahntechnik, de Gelsenkirchen, défendeur. La salariée réclame le paiement d'une prime de Noël pour 1996,

3. M^{me} Lewen a travaillé, du 1^{er} octobre 1990 au 6 septembre 1996, comme technicienne dentaire au service du défendeur, lequel emploie également des travailleurs masculins; son salaire mensuel brut est de 5 500 DM à raison de 39,25 heures hebdomadaires de travail.

En 1995, la demanderesse s'est trouvée enceinte. En 1996, elle a occupé son poste du 1^{er} janvier jusqu'à la mi-avril environ. Elle a ensuite pris un mois de congé. Le 16 mai a débuté son congé de maternité, qui s'est terminé le 6 septembre. Depuis le 7 septembre, elle bénéficie d'un congé parental devant durer jusqu'à ce que sa fille, née le 12 juillet 1996, atteigne l'âge de trois ans; pendant cette période, elle reçoit l'«allocation d'éducation» versée par

* Langue originale: l'espagnol.

1 — Directive du Conseil du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1).

2 — Directive du Conseil du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 145, p. 4).

l'État, dont le montant varie en fonction des revenus³.

contrat de travail avant la date en question, par exemple parce que le travailleur avait entamé son service militaire ou demandé un congé parental.

4. Selon les indications fournies par la juridiction nationale dans son ordonnance de renvoi, le défendeur avait accordé à tous ses salariés, le 1^{er} décembre des années antérieures, une prime de Noël représentant un mois de salaire. Pour pouvoir recevoir cette prime, les salariés devaient signer une déclaration par laquelle ils manifestaient leur accord sur les conditions auxquelles elle était versée. Cette déclaration énonçait que la prime constituait une prestation sociale unique, volontaire et révocable à tout moment, limitée aux fêtes de Noël de l'année en question et dont le versement ne créait aucun droit pour l'avenir, ni sur son principe, ni sur son montant, pas plus que sur les modalités de paiement ou le mode de calcul de la prime. Celle-ci était octroyée chaque année sous la réserve expresse que le travailleur ne mettrait pas un terme à sa relation de travail avec l'entreprise et ne se trouverait pas dans l'une des situations permettant la résiliation de la relation de travail par l'entreprise sans préavis, avant le 1^{er} juillet de l'année suivante. Dans chacune de ces hypothèses, ainsi qu'en cas de violation du contrat, le travailleur devait rembourser intégralement cette prime lors de son départ. Il ne ressort pas de cette déclaration que la prime devait être remboursée également en cas de suspension du

5. Sur la base de cette déclaration, l'employeur a refusé à la demanderesse, comme à deux autres travailleuses se trouvant en congé parental en décembre 1996 — dont les données ne figurent pas au dossier et qui ne sont pas parties au litige au principal —, le paiement de la prime pour l'année 1996, sans l'avoir annoncé en 1995.

II — Les questions préjudicielles

6. Afin de trancher ce litige, l'Arbeitsgericht Gelsenkirchen a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Une prime versée à l'occasion des fêtes de Noël constitue-t-elle une rémunération, au sens de l'article 119 du traité CE ou au sens de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85/CEE, du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la prime, même si cette prime est versée par l'employeur principalement ou exclusivement comme un encouragement pour le travail futur et/ou pour la fidélité à l'entreprise? Doit-on au moins reconnaître ce caractère de rémunération à la prime lorsque l'employeur n'a pas annoncé, avant le début de l'année d'octroi de la prime, qu'il entendait, à l'occasion des fêtes de

3 — Cette prestation allemande a été qualifiée par la Cour de « prestation familiale » au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous h), du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CEE) n° 2001/83 du Conseil, du 2 juin 1983 (JO L 230, p. 6) et d'« avantage social » au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2). Voir les arrêts du 10 octobre 1996, Hoefer et Zachow (C-245/94 et C-312/94, Rec. p. I-4895), et du 12 mai 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691).

Noël de l'année suivante, viser exclusivement le travail futur, en d'autres termes, exclure de cette prestation les travailleurs dont le contrat était suspendu à la date du versement de cette prime et au-delà de cette date?

proportionnellement la prestation, des périodes suivantes:

— périodes de congé d'éducation;

- 2) Le fait pour un employeur d'exclure intégralement du bénéfice de la prime les femmes qui, au moment du versement de cette prime, se trouvent en congé d'éducation, sans tenir compte du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la prime ni des délais correspondant à la protection de la mère (interdictions de travail), est-il contraire à l'article 119 du traité CE, à l'article 11, point 2, de la directive 92/85 et à la clause 2, point 6, de l'annexe à la directive 96/34/CE (qui doit encore être mise en œuvre)?

— périodes de protection de la mère (interdictions de travail)? »

III — La législation communautaire

- 3) En cas de réponse affirmative à la deuxième question,

7. L'article 119 du traité consacre le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail. Les deuxième et troisième alinéas de cet article disposent:

Est-il contraire à l'article 119 du traité CE, à l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85/CEE et à la clause 2, point 6, de l'annexe à la directive 96/34/CE que l'employeur, lors de l'octroi d'une prime de Noël à une femme qui se trouve en congé d'éducation, tienne compte, de façon à réduire

«Par rémunération, il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

b) le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate... ».

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure,

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. »

8. L'article 11 de la directive 92/85 dispose, en vue de garantir aux travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé:

9. L'accord-cadre sur le congé parental a été déclaré applicable aux États membres, à l'exception du Royaume-Uni, par la directive 96/34, adoptée le 3 juin 1996 sur la base de l'article 4, paragraphe 2, de l'accord sur la politique sociale⁴, qui permet aux partenaires sociaux de demander conjointement que les accords au niveau communautaire soient mis en œuvre par une décision du Conseil sur proposition de la Commission. Le délai de transposition du contenu de l'accord-cadre sur le congé parental dans le droit interne a expiré le 3 juin 1998. La clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre, dont l'interprétation est demandée par la juridiction nationale, dispose ce qui suit:

« ...

« Les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental. A l'issue du congé parental, ces droits, y compris les changements provenant de la législation, de conventions collectives ou de la pratique nationale, s'appliquent. »

2) dans le cas visé à l'article 8 [qui accorde aux travailleuses un congé de maternité d'au moins quatorze semaines, dont deux obligatoires], doivent être assurés:

a) les droits liés au contrat de travail des travailleuses... autres que ceux visés au point b);

4 — Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, annexé au protocole n° 14, incorporé au traité instituant la Communauté européenne par le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992. Le texte des dispositions de l'accord sur la politique sociale a été incorporé aux articles 117 à 120 du traité instituant la Communauté européenne (qui deviendront les articles 136 à 143) par le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et non encore entré en vigueur.

Cette directive a été modifiée et étendue au Royaume-Uni par la directive 97/75/CE⁵, qui impartit à cet État membre, pour l'adaptation de son droit interne, un délai qui expirera le 15 décembre 1999.

en vertu d'une déclaration de volonté unilatérale de l'employeur, celui-ci n'y étant tenu ni par la loi ni par le contrat de travail. Ce qui est déterminant, c'est qu'il s'agit d'une prestation financière versée dans le cadre de la relation de travail.

IV — Les observations présentées dans le cadre de la procédure préjudicielle

10. Des observations écrites ont été présentées, dans le délai imparti à cet effet par l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, par la demanderesse et le défendeur au principal, les gouvernements allemand et du Royaume-Uni et la Commission.

Lors de l'audience, qui s'est tenue le 28 janvier 1999, des observations orales ont été présentées par les représentants de la demanderesse et du défendeur au principal, du gouvernement allemand, du gouvernement du Royaume-Uni et de la Commission.

11. La demanderesse estime que la prime de Noël qu'elle réclame fait partie de la rémunération au sens de l'article 119 du traité, même si l'employeur l'accorde comme un encouragement pour le travail futur et pour la fidélité à l'entreprise, et ce sans aucun égard au fait qu'elle est versée

A son avis, le fait que l'employeur n'a pas pris en compte, pour le versement de la prime litigieuse, la période au cours de laquelle elle a bénéficié du congé de maternité constitue une discrimination directe fondée sur le sexe; en même temps, le refus par l'employeur de verser cette prime pour l'année 1996 à toutes les salariées qui bénéficiaient d'un congé parental constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe puisque, alors même que la possibilité de bénéficier de ce congé est ouverte tant aux hommes qu'aux femmes, ce sont ces dernières qui, aujourd'hui encore, s'occupent majoritairement de la garde et de l'éducation des enfants; la preuve en est que, en Allemagne, plus de 90 % des travailleurs bénéficiant du congé parental sont des femmes. En outre, le congé parental prévu par la loi allemande, qui peut durer jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de trois ans, est semblable au congé parental prévu par la directive 96/34, en vertu de laquelle les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin de ce congé. Cela signifie, dans son cas, qu'elle a acquis rétroactivement, à la date du versement de la prime, un droit qui était né au début de 1996 et qui correspondait, au minimum, à la période pendant laquelle elle se trouvait en situation d'activité.

⁵ — Directive du Conseil du 15 décembre 1997, modifiant et étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 96/34 (JO 1998, L 10, p. 24).

12. Le défendeur affirme que la prime litigieuse ne constitue pas une rémunération au sens de l'article 119 du traité et qu'il n'était pas tenu d'annoncer, un an à l'avance, qu'il ne verserait pas la prime aux salariés dont le contrat se trouverait suspendu, et ce pour plusieurs raisons: en premier lieu, ni la convention collective qui régit son secteur d'activité ni les clauses des contrats de ses salariés ne lui imposent une obligation quelconque de leur verser une prime de Noël; s'il l'a versée en 1996 à ceux qui se trouvaient en activité, il l'a fait dans le but de les motiver afin qu'ils exécutent bien leur travail au cours des mois suivants; les salariés qui, à cette date, effectuaient leur service militaire ou le service civil de substitution n'ont pas perçu cette prime, pas plus que ceux qui avaient résilié leur contrat. En second lieu, en versant cette prime au cours des années antérieures, il a précisé clairement par écrit, dans la déclaration que devaient signer les salariés, qu'il s'agissait d'une prestation sociale unique, volontaire et révocable à tout moment, limitée aux fêtes de Noël de l'année en question. Cette déclaration précisait, de même, que son versement pour l'année en question n'impliquait aucun droit ni quant à sa perception dans l'avenir ni quant à son montant. Enfin, il entend se réserver le droit de décider librement, à la fin de chaque année, en fonction de la situation de l'entreprise, s'il versera une prime, quel en sera le montant et qui en seront les bénéficiaires.

13. Le gouvernement allemand estime que la prime litigieuse constitue une rémunération au sens de l'article 119 du traité et que, à ce titre, le fait que l'employeur n'a pas décidé avant le 1^{er} décembre 1996 qu'il verserait cette prime et à quelles conditions est sans importance.

Il soutient cependant que les travailleurs dont le contrat se trouve suspendu ne peuvent revendiquer le paiement d'un salaire comme s'ils étaient en activité et que le même raisonnement s'applique aux femmes pendant qu'elles bénéficient du congé de maternité. Ainsi, étant donné que les salariées ne travaillent pas au cours de cette période ni au cours du congé parental, l'employeur ne saurait être tenu, en vertu du principe de l'égalité de rémunération, de leur verser la prime de Noël puisque celle-ci ne constitue pas une augmentation de salaire avec effet rétroactif, mais une récompense supplémentaire accordée pour le travail accompli à la date du versement et en vue d'encourager la fidélité future à l'entreprise. En outre, eu égard au fait qu'il s'agit d'une prestation de nature volontaire dans le chef de l'employeur, M^{me} Lewen, lorsqu'elle a entamé son congé parental, n'avait pas droit à la prime et ne pouvait alléguer qu'il s'agissait d'un droit en cours d'acquisition. Il ajoute que, en l'absence de dispositions législatives ou conventionnelles, ou même contractuelles, l'employeur est le seul à pouvoir décider s'il verse la prime et à quelles conditions, sans qu'un juge puisse examiner si le versement de la prime intégrale à un travailleur commençant à travailler au mois de décembre peut être justifié.

14. Le gouvernement du Royaume-Uni soutient qu'une prime de Noël du type de celle en cause dans le litige au principal constitue une rémunération au sens de l'article 119 du traité, même si elle est versée à titre purement volontaire afin d'encourager le travail futur et la fidélité à l'entreprise. Pour apprécier si la prime de Noël est liée au travail accompli pendant une période déterminée incluant le congé de maternité, il propose deux solutions: si la

prime de 1996 a été versée à titre de récompense pour le travail accompli au cours de cette année, y compris le congé de maternité, elle est un élément de la rémunération au sens de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85. Au contraire, si, comme cela semble être le cas, la prime n'a pas eu cette finalité, mais celle d'encourager le travail futur, elle ne fait pas partie de la rémunération visée par cette disposition, à laquelle ont droit les femmes pendant le congé de maternité.

Il estime que, si la juridiction nationale constate que la prime constitue un encouragement pour le travail futur et pour la fidélité à l'entreprise, la décision d'exclure un groupe déterminé de travailleurs du droit à la prime, qu'il s'agisse de ceux qui bénéficient d'un congé parental ou de ceux dont le contrat se trouve suspendu pour toute autre raison, peut constituer une discrimination indirecte si cette décision affecte un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes. Toutefois, compte tenu de l'objectif poursuivi, la décision de limiter le versement de cette prime à ceux qui travaillent effectivement repose sur une fin légitime, justifiée de façon objective et étrangère à toute discrimination fondée sur le sexe.

Il ajoute que, dans la mesure où la prime n'apparaît pas avoir pour finalité de récompenser le travail effectué avant le début du congé parental, il faut considérer que, à cette date, il n'existait aucun droit acquis ni en cours d'acquisition. Dès lors, il ne pouvait y avoir aucun droit susceptible d'être préservé ou maintenu en vertu de la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental.

15. La Commission observe que la prime litigieuse fait partie de la rémunération au sens de l'article 119 du traité et de l'article 11 de la directive 92/85 et que, en tant que telle, elle tombe sous le coup de l'interdiction de discrimination, même s'il est démontré qu'elle a été versée par l'employeur, à titre principal ou exclusif, pour encourager le travail futur et la fidélité à l'entreprise. A cet égard, elle affirme que les raisons concrètes pour lesquelles l'employeur verse cette prime relèvent des questions de fait qui doivent être appréciées par le juge national, que, selon les informations dont elle dispose, la doctrine et la jurisprudence allemandes considèrent que, en principe, les primes de Noël sont versées tant pour récompenser le travail déjà accompli que pour encourager le travail futur et, enfin, qu'il n'est pas possible d'apprécier, sur la seule base de l'explication avancée par l'employeur au cours du procès, s'il a versé cette prime principalement ou exclusivement à titre d'encouragement pour le travail futur, étant donné qu'il n'avait fait aucune déclaration préalable en ce sens.

Elle soutient que le fait que la période pendant laquelle une travailleuse bénéficie d'un congé parental soit considérée comme une période non travaillée aux fins du calcul de la prime, avec pour conséquence la réduction de son montant, n'apparaît pas contraire à l'article 119 du traité. Toutefois, il n'en va pas de même en ce qui concerne le refus de verser la totalité de la prime au motif que la travailleuse bénéficie d'un congé parental au moment de son versement, refus qui pourrait constituer une discrimination interdite par l'article 119 s'il n'est pas tenu compte du travail que ces personnes ont déjà effectué ou qu'elles vont effectuer au cours de la période à laquelle la prime se rapporte. Étant donné

que la proportion des femmes qui prennent un congé parental pour s'occuper des enfants est considérablement plus élevée que celle des hommes, il s'agirait d'une discrimination indirecte.

ensuite de déterminer si elle constitue une rémunération au sens de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85.

V — Examen des questions préjudicielles

A — Sur la première question

16. Par la première de ses trois questions préjudicielles, l'*Arbeitsgericht Gelsenkirchen* souhaite savoir si une prime versée par l'employeur, à l'occasion des fêtes de Noël, principalement ou exclusivement à titre d'encouragement pour le travail futur et/ou pour la fidélité à l'entreprise peut constituer une rémunération du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la prime, aux fins de l'article 119 du traité ou de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85. Il souhaite également être éclairé sur la question de savoir s'il faut, à cet égard, attacher une quelconque importance au fait que l'employeur n'a pas annoncé dûment à l'avance que, lors des fêtes de Noël suivantes, il fixerait le montant de la prime exclusivement en fonction du travail futur et qu'il ne la verserait pas aux travailleurs dont le contrat se trouverait suspendu à la date du versement.

17. Je me pencherai tout d'abord sur la question de savoir si la prime litigieuse relève de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité; je m'efforcerai

18. Le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail, inscrit à l'article 119 du traité, fait partie des fondements de la Communauté⁶. Cet article donne une définition large de la notion de rémunération, à savoir: «... le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier».

Cette définition a été complétée par la jurisprudence de la Cour, qui, depuis 1971, a inclus dans cette notion les avantages «actuels ou futurs»⁷ et a ajouté en 1990 que les prestations versées par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier relevaient de la notion de rémunération, «que celles-ci soient versées en vertu d'un contrat de travail, de dispositions législatives ou à titre volontaire»⁸.

6 — Arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455, point 12).

7 — Arrêt du 25 mai 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445, point 6).

8 — Arrêt du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889, point 20). Dans cette affaire, l'employeur avait, outre l'indemnisation couverte par les prestations en espèces prévues dans les modalités de licenciement et par un montant égal à l'indemnité légale de licenciement, versé au travailleur au moment du licenciement, de gratia et amore, une somme en numéraire, non imposable, représentant la moitié du montant brut de l'indemnisation.

19. Par exemple, et sans que cette énumération prétende être exhaustive, la Cour a, au cours des années, considéré comme relevant de la notion de rémunération tant les avantages en matière de transport consentis par une entreprise de chemins de fer à ses salariés après leur admission à la retraite et étendus aux membres de leur famille⁹ que la réduction sur le prix des transports accordée par un employeur, sur la base du contrat de travail, en faveur du conjoint ou de la personne de sexe opposé avec laquelle le travailleur entretient une relation stable hors mariage¹⁰, l'indemnité temporaire accordée par l'employeur au travailleur à l'occasion de la cessation de la relation de travail, versée au moment de cette cessation dans le but de faciliter son adaptation aux circonstances nouvelles¹¹, l'indemnisation versée aux membres du comité d'entreprise, sous forme de congés rémunérés ou de rémunération d'heures supplémentaires, en raison de leur participation à des stages leur apportant les connaissances nécessaires pour l'activité des comités d'entreprise alors même que, durant ces stages, ils n'exercent aucune activité prévue par leur contrat de travail¹², les indemnités octroyées au travailleur à l'occasion de son licenciement¹³, le maintien de la rémunération du travailleur en cas de maladie¹⁴, y compris lorsque l'incapacité de travail de la femme enceinte est causée par la grossesse¹⁵, et la prestation que l'employeur verse, en vertu des dispositions législatives ou en raison des

conventions collectives, à un travailleur féminin pendant son congé de maternité¹⁶.

20. La Cour a également jugé que, en raison de son caractère impératif, la prohibition de discrimination entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, inscrite à l'article 119 du traité, s'imposait non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étendait également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers¹⁷.

21. Faut-il considérer que la définition légale de la rémunération, telle qu'elle a été interprétée et complétée par la jurisprudence de la Cour, englobe une prime versée par l'employeur au travailleur, principalement ou exclusivement comme un encouragement pour le travail futur et/ou pour la fidélité à l'entreprise, à l'occasion des fêtes de Noël?

22. J'ai la conviction que la réponse doit être affirmative. En effet, il s'agit d'une prime en espèces, versée directement et volontairement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

9 — Arrêt du 9 février 1982, *Garland* (12/81, Rec. p. 359, point 9).

10 — Arrêt du 17 février 1998, *Grant* (C-249/96, Rec. p. I-621, point 14).

11 — Arrêt du 27 juin 1990, *Kowalska* (C-33/89, Rec. p. I-2591, point 11).

12 — Arrêts du 4 juin 1992, *Bötel* (C-360/90, Rec. p. I-3589, points 14 et 15), et du 6 février 1996, *Lewark* (C-457/93, Rec. p. I-243, point 23).

13 — Arrêt *Barber*, précité à la note 8, point 14.

14 — Arrêt du 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn* (171/88, Rec. p. 2743, point 7).

15 — Arrêt du 19 novembre 1998, *Høj Pedersen e.a.* (C-66/96, Rec. p. I-7327, point 33).

16 — Arrêt du 13 février 1996, *Gillespie e.a.* (C-342/93, Rec. p. I-475, point 14).

17 — Arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne*, précité à la note 6, point 39.

S'agissant de sommes versées volontairement par l'employeur, la Cour a jugé que l'article 119 du traité s'appliquait également dans le cas d'avantages qu'un employeur accorde aux travailleurs sans y être tenu par contrat¹⁸.

23. Toutefois, le droit communautaire, dans son état actuel, ne permet pas de déterminer si la prime constitue la rémunération du travail accompli au cours de l'année de son octroi ou si elle est destinée, comme semble l'affirmer le défendeur au principal, à encourager le travail futur et la fidélité à l'entreprise; ces questions doivent être tranchées conformément au droit interne.

En tout état de cause, la motivation qui conduit l'employeur à verser cette prime ne saurait modifier son caractère de rémunération au sens de l'article 119 du traité, avec pour conséquence qu'elle doit être accordée, dans les mêmes conditions, aux hommes et aux femmes, sans discrimination fondée sur le sexe.

24. La prime litigieuse constitue-t-elle également une rémunération au sens de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85?

25. A mon avis, la réponse doit être ici négative. En effet, cette disposition exige que, tant que dure le congé de maternité de la travailleuse — dont la durée est fixée par l'article 8 de la même directive à au moins quatorze semaines continues, dont deux sont obligatoires —, le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate soient assurés. Dans l'arrêt Gillespie e.a.¹⁹, la Cour a affirmé que, étant fondée sur la relation de travail, la prestation que l'employeur verse, en vertu des dispositions législatives ou en raison des conventions collectives, à un travailleur féminin *pendant* son congé de maternité constituait une rémunération au sens de l'article 119 du traité.

Dans l'arrêt Boyle e.a.²⁰, la Cour, se prononçant directement sur la notion de rémunération utilisée à l'article 11 de la directive 92/85, a jugé que cette notion englobait, à l'instar de la définition de la rémunération figurant à l'article 119 du traité, tous les avantages que l'employeur paie directement ou indirectement *pendant* le congé de maternité en raison de l'emploi de la travailleuse et que la notion de prestation à laquelle se réfère également cette disposition comprenait tout revenu que la travailleuse perçoit *durant* son congé de maternité et qui ne lui est pas versé directement par son employeur au titre de la relation de travail.

Il est dès lors constant que la rémunération au sens de l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85, dont la définition

¹⁹ — Précité à la note 16, point 14.

²⁰ — Arrêt du 27 octobre 1998 (C-411/96, Rec. p. I-6401, point 31).

¹⁸ — Arrêt Barber, précité à la note 8, point 19.

concorde avec celle de l'article 119 du traité, est limitée à celle versée par l'employeur à la travailleuse *pendant* le congé de maternité.

Étant donné que la prime litigieuse n'est pas destinée à assurer un niveau déterminé de revenus à la travailleuse pendant la durée de son congé de maternité, elle ne peut, à mon avis, être considérée comme une rémunération dont le maintien doit être assuré au cours de cette période.

26. L'interprétation que je propose ne signifie pas, tant s'en faut, que le droit à cette prime se trouvera en dehors du champ d'application de la directive 92/85, qui vise à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

27. L'article 11, point 2, sous a), de cette directive exige que soient assurés, pendant le congé de maternité, outre le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate, les droits liés au contrat de travail. A mon avis, le droit à la prime litigieuse fait partie de ces droits.

28. La qualification de cette prime à la fois comme rémunération au sens de l'article 119 du traité et comme droit lié au contrat de travail au sens de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85, et non comme rémunération au sens du point b), apparaît parfaitement cohérente

et est, en outre, conforme à la jurisprudence de la Cour.

En effet, les conditions au respect desquelles l'employeur subordonne l'admission de ses employés à un régime de pensions d'entreprise relèvent du champ d'application de l'article 119 du traité²¹ et les pensions payées par les régimes professionnels privés²² relèvent de la notion de rémunération, puisqu'il s'agit d'avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. Or, cela n'a pas empêché que l'acquisition de droits à pension dans le cadre d'un plan de pensions entièrement financé par l'employeur ait été considérée par la Cour comme faisant partie des droits liés au contrat de travail des travailleuses au sens de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85²³, dont le maintien doit être assuré pendant le congé de maternité.

29. A la lumière de ce qui précède, je peux d'ores et déjà affirmer, d'une part, que la prime litigieuse relève de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité, avec pour conséquence qu'elle doit être versée dans les mêmes conditions aux hommes et aux femmes, sans discrimina-

21 — Arrêt du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607). Dans cette affaire, les salariés à temps partiel n'avaient droit au bénéfice du régime de pensions d'entreprise que s'ils avaient travaillé à temps complet pendant au moins quinze ans sur une période totale de vingt ans. Voir également les arrêts du 28 septembre 1994, Vroege (C-57/93, Rec. p. I-4541) et Fisscher (C-128/93, Rec. p. I-4583), et du 24 octobre 1996, Dietz (C-435/93, Rec. p. I-5223).

22 — Voir, outre les arrêts Barber, précité à la note 8, et Vroege, Fisscher et Dietz, précités à la note 21, les arrêts du 6 octobre 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879); du 14 décembre 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591); du 28 septembre 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389) et Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471), et du 17 avril 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Rec. p. I-2057).

23 — Arrêt Boyle e.a., précité à la note 20, point 82.

tion fondée sur le sexe, et, d'autre part, que, pour l'application de la directive 92/85, elle doit être qualifiée de droit lié au contrat de travail, dont l'acquisition doit être assurée pendant le congé de maternité de la travailleuse, prévu à l'article 8 de cette même directive.

phe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34, s'opposent à ce qu'un employeur exclue intégralement du bénéfice de la prime litigieuse une femme qui, au moment du versement de celle-ci, se trouve en congé parental, sans tenir compte du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la prime ni de la période de congé de maternité dont elle a bénéficié.

30. Il découle de ce raisonnement que le but poursuivi par l'employeur au moyen du versement de cette prime est dépourvu de pertinence, tout comme le fait qu'il n'a pas annoncé suffisamment à l'avance que, lors des fêtes de Noël suivantes, il fixerait le montant de la prime exclusivement en fonction du travail futur et ne la verserait pas aux travailleurs dont la relation de travail se trouverait suspendue à la date du paiement et ultérieurement. Il s'agit, en tout état de cause, de questions de fait dont l'appréciation incombe au juge national, à l'aide des indications qui lui sont fournies par la Cour, puisqu'on se trouve en présence d'une prime non régie par la loi ni par la convention collective, qui n'est pas non plus prévue par le contrat de travail et sur la finalité et les conditions d'octroi de laquelle les juridictions de l'État membre concerné ne tombent pas d'accord.

B — *Sur la deuxième question*

31. Par la deuxième de ses questions préjudicielles, la juridiction nationale souhaite savoir si une ou plusieurs des dispositions communautaires qu'elle cite, à savoir l'article 119 du traité, l'article 11, point 2, de la directive 92/85 et la clause 2, paragra-

32. L'article 119 du traité consacre le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail; or, ainsi qu'il a été démontré dans le cadre de la réponse à la première question, la prime litigieuse relève de la notion de rémunération au sens de cet article. Dès lors, elle doit être accordée, dans les mêmes conditions, aux hommes et aux femmes, sans aucune discrimination fondée sur le sexe.

33. L'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85 exige que, pendant le congé de maternité de la travailleuse, prévu dans son article 8, le maintien des droits liés au contrat de travail lui soit assuré. Comme je l'ai déjà indiqué dans le cadre de la réponse à la première question préjudicielle, je considère que la prime litigieuse fait partie de ces droits.

34. La juridiction nationale demande également à la Cour d'interpréter la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34, aux dispositions de laquelle le droit interne n'avait pas encore été adapté;

les États membres disposaient à cet effet d'un délai qui a expiré le 3 juin 1998. Je constate toutefois que, en Allemagne, le législateur a devancé de quelques années le législateur communautaire, en prévoyant l'octroi d'un congé parental en faveur des travailleurs à l'occasion de la naissance d'un enfant, congé pouvant durer jusqu'à ce que celui-ci atteigne l'âge de trois ans. Dans ces conditions, rien ne semble s'opposer à ce que la Cour fournisse quelques indications utiles au juge saisi de l'instance au principal, afin que celui-ci puisse effectuer une interprétation du droit national conforme au contenu et à la finalité de cet accord-cadre.

La clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34, impose le maintien dans leur état, jusqu'à la fin du congé parental, des droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental.

Étant donné le libellé de cette disposition et le fait que la juridiction nationale s'intéresse, par cette deuxième question, aux conséquences du calcul du montant de la prime effectué sans tenir compte ni de la période travaillée ni de la période de congé de maternité tandis que, dans le cadre de la troisième question, il s'interroge directement sur le calcul de la prime effectuée sans prendre en considération les périodes de congé parental, je me pencherai sur l'interprétation qu'appelle cette disposition dans le cadre de la réponse à la troisième question.

35. Au regard de l'article 119 du traité et de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85, un employeur peut-il exclure intégralement du bénéfice de la prime litigieuse une femme qui, au moment du paiement de celle-ci, à savoir le 1^{er} décembre, se trouve en congé parental, sans tenir compte de la période travaillée au cours de l'année d'octroi de la prime et de la période de congé de maternité dont elle a bénéficié?

36. La réponse à cette question dépendra, entièrement, des modalités d'acquisition du droit en question par les travailleurs; or, j'ai déjà souligné précédemment que la Cour ne disposait pas des éléments factuels nécessaires pour donner une réponse concrète, puisque la prime litigieuse n'est pas prévue par la loi, ni par une convention collective, et ne figure même pas dans le contrat individuel de travail. En outre, les parties ne sont pas non plus d'accord entre elles sur le point de savoir si cette prime est destinée à récompenser le travail et la fidélité à l'entreprise pour l'année écoulée ou si elle vise à encourager le travail et la fidélité à l'entreprise dans le futur, pendant une période qui semble aller jusqu'au 1^{er} juillet de l'année suivante, ou si ces deux finalités se combinent dans des proportions qui ne sont pas non plus fixées.

37. Compte tenu de cette situation, il appartiendra au juge national de déterminer, après avoir examiné les modalités d'acquisition par les travailleurs du droit à la prime de Noël, s'il est contraire au droit communautaire que l'employeur exclue de son versement une femme qui se trouve en congé parental, sans tenir compte du travail accompli au cours de l'année d'octroi de la

prime et d'une période de congé de maternité. A cet effet, il devra prendre en compte les orientations suivantes:

- Si l'on suppose que la période de référence est la période écoulée de l'année et s'il est démontré que la prime est destinée, exclusivement, à récompenser le travail et la fidélité à l'entreprise pendant cette période, le droit à la prime s'acquerra progressivement au cours de l'année et il ne sera pas possible de pénaliser quelqu'un dans la situation de M^{me} Lewen, qui a travaillé une partie de cette année, en l'excluant totalement du bénéfice de la prime, à moins qu'il ne soit établi que, en cas de résiliation ou de suspension du contrat avant le 1^{er} décembre, le travailleur perd tout droit au bénéfice du prorata qu'il a acquis au moment de la résiliation ou du début de la suspension. Pour décider si telle est la finalité poursuivie par l'employeur au moyen du versement de la prime, le juge national pourra rechercher si un travailleur dont la relation de travail a commencé au cours de la période de référence percevait, le 1^{er} décembre, la totalité de la prime ou le prorata correspondant aux mois travaillés.

- Si l'on suppose que la période de référence est l'année suivante, et s'il est démontré que la prime est destinée, exclusivement, à encourager le travail et la fidélité à l'entreprise pendant cette période, cela aura pour conséquence que le travailleur qui ne sera pas en activité pendant la période de référence n'aura pas droit au bénéfice de la prime. Toutefois, j'ai du mal à croire qu'un employeur, à l'occasion des fêtes de Noël d'une année donnée, cherche à encourager *uniquement* le travail et la fidélité à l'entreprise pour l'année suivante. Pour décider

si telle est la finalité poursuivie par l'employeur au moyen du versement de la prime, le juge national pourra rechercher si un travailleur dont la relation de travail commence le 1^{er} décembre percevait la totalité de la prime, uniquement une partie de celle-ci ou rien du tout, et si un travailleur dont le congé parental doit commencer début janvier percevra la totalité ou seulement une partie de la prime, étant donné que la suspension du contrat n'était pas prévue, dans le document que devaient signer les salariés lors du versement de la prime les années antérieures, parmi les causes entraînant pour le travailleur l'obligation de rembourser la prime.

- Il existe une troisième hypothèse, qui coïncide, en partie, avec les deux hypothèses précédentes, et selon laquelle on peut considérer que la période de référence va du mois de juillet d'une année au mois de juin de l'année suivante. Cette possibilité est suggérée par la condition, imposée au travailleur ayant perçu la prime et mettant un terme à son contrat avant le 1^{er} juillet de l'année suivante, de rembourser son montant. Dans ce cas, la finalité de la prime pourrait consister, en partie, à récompenser le travail et la fidélité à l'entreprise pour la période de l'année écoulée au moment de son versement (de juillet à novembre) et, en partie, à encourager le travail et la fidélité à l'entreprise jusqu'à la fin du mois de juin de l'année suivante. Pour décider si telle est la finalité poursuivie par l'employeur au moyen du versement de la prime, le juge national devra tenir compte d'indices tels que le point de savoir si un travailleur dont la relation de travail a commencé en janvier et un autre dont la relation de travail a commencé après le mois de juillet et avant le mois de décembre perçoivent la totalité de la prime ou si le deuxième a droit uniquement à un prorata, si un travailleur

qui entre au service de l'entreprise le 1^{er} décembre perçoit la totalité de la prime ou un prorata, si celui qui est embauché entre janvier et juin de l'année suivante reçoit le prorata de cette prime et si un travailleur dont le contrat doit être suspendu avant le mois de juillet de l'année suivante, soit parce qu'il va accomplir ses obligations militaires, soit parce qu'il a demandé un congé de convenance personnelle, soit parce qu'il va entamer un congé parental, percevra la totalité de la prime et, dans l'affirmative, s'il devra la rembourser, en tout ou en partie.

38. Je crois que la seule justification possible de l'exclusion d'une travailleuse dans la situation de M^{me} Lewen du bénéfice de la totalité ou d'une partie de la prime litigieuse serait que l'employeur subordonne son versement à la seule condition que le travailleur se trouve en situation d'activité le 1^{er} décembre. Or, je ne suis pas convaincu, au vu des documents figurant au dossier, que l'employeur défendeur dans la présente affaire verse le même montant aux travailleurs ayant commencé leur relation de travail au cours de l'année et n'ayant travaillé que pendant une courte période au moment de Noël et à ceux qui ont travaillé toute l'année ou la majeure partie de celle-ci; j'ai du mal à croire qu'il verse à ces derniers la même somme qu'à ceux qui commencent à travailler le 1^{er} décembre.

39. Il me reste à examiner si, au cas où les travailleurs dont le contrat se trouve suspendu le jour du versement de la prime, parmi lesquels figurent ceux qui ont entamé un congé parental, sont exclus du bénéfice de celle-ci, on se trouve en présence d'une

discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe.

40. Le congé parental est défini, dans le préambule de l'accord-cadre, comme un moyen important de concilier la vie professionnelle et familiale et de promouvoir l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes. En vertu de cet accord-cadre, un droit individuel à un congé parental est accordé aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois et jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans, à définir par les États membres et/ou les partenaires sociaux. Comme je l'ai déjà indiqué précédemment, alors même que la loi allemande prévoyant le congé parental est antérieure à l'adoption de la directive 96/34, j'ai pu déduire des documents figurant au dossier que sa finalité coïncidait, au moins en partie, avec celle de l'accord-cadre.

41. Tant la demanderesse au principal que la Commission estiment que l'exclusion d'une travailleuse du droit à bénéficier de la prime de Noël au motif qu'elle se trouve en congé parental est, dans une plus ou moins large mesure, discriminatoire. Elles soutiennent que les travailleurs masculins, alors même qu'ils ont le droit, eux aussi, de bénéficier du congé parental, n'en bénéficient pas pour la plupart, de sorte que, en définitive, ce sont majoritairement les femmes qui recourent à cette possibilité pour s'occuper des enfants.

42. Abstraction faite des hypothèses dans lesquelles, au cours de la période de référence, il y a eu des périodes d'activité et de congé de maternité, sur lesquelles je me suis déjà prononcé, je considère qu'il n'apparaît pas discriminatoire d'exclure du bénéfice de la prime de Noël les travailleurs qui se trouvent en congé parental.

43. En effet, comme l'a déclaré la Cour à plusieurs reprises dans sa jurisprudence, une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes²⁴. Or, le travailleur qui bénéficie d'un congé parental se trouve dans une situation spécifique, protégée par le droit communautaire depuis l'adoption de la directive 96/34, qui est prévue en sa faveur en raison de sa paternité ou maternité récente, mais qui ne peut être assimilée à la situation d'un homme ou d'une femme qui travaille, surtout lorsque la prime de Noël vise soit à récompenser le travail et la fidélité à l'entreprise pour le passé, soit à encourager le travail et la fidélité à l'entreprise pour l'avenir, soit à combiner ces deux finalités, puisque le congé parental se caractérise, justement, par la mise en suspens du contrat de travail et de ses obligations respectives de travailler et de rémunérer le travail.

Selon les indications de la juridiction nationale, l'employeur défendeur au principal affirme qu'il exclut du bénéfice de la prime de Noël tous les travailleurs qui, le 1^{er} dé-

cembre, ne se trouvent pas en situation d'activité, parmi lesquels figurent ceux dont le contrat de travail est suspendu, notion qui englobe tant les hommes — que ceux-ci bénéficient d'un congé parental, accomplissent leurs obligations militaires ou se trouvent en congé de convenance personnelle — que les femmes qui bénéficient d'un congé parental ou d'un congé de convenance personnelle. Cette condition s'appliquant ainsi de la même manière aux travailleurs de sexe masculin qu'à ceux de sexe féminin, elle ne saurait être considérée comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe²⁵.

44. La Cour a déclaré par ailleurs qu'il y avait discrimination indirecte lorsque l'application d'une norme déterminée, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes²⁶.

45. Dans l'arrêt Boyle e.a.²⁷, la Cour a jugé que, bien que beaucoup plus de femmes que d'hommes prennent des congés non rémunérés au cours de leur carrière parce qu'elles prennent des congés de maternité supplémentaires non rémunérés, accordés par l'employeur à la suite du congé de maternité garanti par l'article 8 de la directive 92/85, on ne pouvait considérer que l'application d'une clause contractuelle en vertu de laquelle l'acquisition de droits au congé annuel est interrompue pendant un congé de maternité de ce type désavan-

25 — Arrêt Grant, précité à la note 10, point 28.

26 — Arrêts du 2 octobre 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253, point 30) et Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, point 16), et Boyle e.a., précité à la note 20, point 76.

27 — Ibidem, points 77 à 79.

24 — Arrêts Gillespie e.a., précité à la note 16, point 16, et du 14 février 1993, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 30).

tage les femmes exerçant ce droit par rapport aux hommes. La Cour a jugé que l'application plus fréquente de cette clause aux femmes résultait de l'exercice du droit au congé de maternité supplémentaire non rémunéré, lequel constitue un avantage spécifique réservé aux femmes, et ne pouvait entraîner une discrimination au détriment de celles-ci.

46. Dans la présente affaire, on peut tenir pour acquis que le pourcentage de femmes qui bénéficient d'un congé parental pour s'occuper d'un enfant au cours de leur carrière est supérieur à celui des hommes. La conséquence en sera que l'exclusion du bénéfice de la prime de Noël des travailleurs dont le contrat de travail se trouve suspendu s'appliquera, en fait, à beaucoup plus de femmes que d'hommes. Or, l'application plus fréquente à celles-ci découlera de l'exercice du droit à bénéficier du congé parental, lequel n'est pas une condition de travail, mais un avantage spécifique réservé aux travailleurs en raison d'une récente paternité ou maternité.

J'estime, pour cette raison, que la privation du droit à la prime de Noël pour les travailleurs qui recourent à la possibilité de bénéficier d'un congé parental, pendant toute la durée de celui-ci, ne peut pas impliquer une discrimination indirecte fondée sur le sexe, au détriment des femmes.

47. Étant donné l'absence des données factuelles nécessaires pour parvenir à une conclusion concrète, je propose qu'il soit répondu à la deuxième question en ce sens

qu'il appartient à la juridiction nationale appelée à statuer sur le litige au principal de déterminer, au vu des conditions auxquelles les travailleurs acquièrent le droit à la prime de Noël, et compte tenu des indications figurant dans le raisonnement qui précède, si l'article 119 du traité et l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85 s'opposent à ce qu'un employeur exclue intégralement du bénéfice de la prime litigieuse une travailleuse qui a occupé son poste jusqu'au 15 mai 1996, qui a bénéficié ensuite d'un congé de maternité jusqu'au 6 septembre de la même année et qui, immédiatement après, a entamé un congé parental dont la durée est prévue jusqu'au 12 juillet 1999, au motif que, au moment du versement de la prime en question, elle bénéficiait de ce congé parental.

C — *Sur la troisième question*

48. Par sa troisième question préjudicielle, la juridiction nationale souhaite savoir, en cas de réponse affirmative à la question précédente, s'il est contraire à l'article 119 du traité, à l'article 11, point 2, sous b), de la directive 92/85 et à la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental que l'employeur tienne compte des périodes de congé de maternité et de la période de congé parental déjà écoulée, dont a bénéficié une femme se trouvant en congé parental, pour le calcul de la prime de Noël qui lui revient, de sorte à diminuer proportionnellement la prestation.

49. J'ai déjà souligné, dans le cadre de l'examen de la deuxième question préjudicielle, que l'absence pratiquement totale de données concrètes sur l'acquisition par les travailleurs du droit à la prime de Noël empêchait la Cour de se prononcer avec certitude sur cette question; dans ces conditions, la réponse que je propose n'est ni affirmative ni négative. Il en va de même en ce qui concerne la troisième question préjudicielle. Je me vois à nouveau obligé de fournir quelques indications afin que le juge national en tienne compte lorsqu'il statuera au fond.

50. Il a été démontré que la prime litigieuse faisait partie de la rémunération au sens de l'article 119 du traité et j'ai déjà indiqué que, pour l'application de la directive 92/85, elle devait être qualifiée de droit lié au contrat de travail, dont l'acquisition, conformément aux dispositions de son article 11, point 2, sous a), doit être assurée pendant le congé de maternité de la travailleuse.

51. La clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34, exige, pour sa part, que les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental soient maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental.

52. Si le juge national parvient à la conclusion que la période de référence donnant droit à la prime est la période déjà écoulée de l'année et que la prime est destinée, exclusivement, à récompenser le travail et

la fidélité à l'entreprise pendant cette période, sans qu'il soit établi que, en cas de résiliation ou de suspension du contrat avant le 1^{er} décembre, le travailleur perd tout droit au prorata qu'il aurait acquis au moment de la résiliation ou du début de la suspension, il y aura lieu de juger, d'une part, que l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85 s'oppose à ce que l'employeur tienne compte de la période de congé de maternité pour calculer le montant de la prime de Noël de façon à le réduire proportionnellement.

D'autre part, si l'on suppose que le droit à la prime de Noël est un droit acquis ou un droit en cours d'acquisition au sens de la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34, ce qui — soit dit en passant — me semble plus que douteux, il y a lieu de juger que M^{me} Lewen ne bénéficie pas de la prime de Noël pour 1996, pour laquelle elle a acquis des droits jusqu'au 6 septembre, mais que, lors de sa réintégration en 1999, elle recommencera à acquérir le droit à cette prime, qui devra lui être versée en totalité le 1^{er} décembre 1999.

J'estime toutefois que cette disposition n'a pas été créée pour protéger des situations comme celles-ci et qu'elle ne devrait pas s'appliquer au paiement d'une prestation périodique telle que la prime de Noël.

53. Si, au contraire, le juge national parvient à la conclusion que la période de référence est l'année suivante et que la prime est destinée, exclusivement, à encourager

rager le travail et la fidélité à l'entreprise pour l'année qui commence le jour de son versement, ni l'article 119 du traité, ni l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85, ni la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34, ne s'opposent à ce que soit exclue du droit à la prime une travailleuse dont le contrat sera suspendu au cours de toute la période de référence du fait qu'elle bénéficie d'un congé parental.

54. Si, enfin, le juge national parvient à la conclusion que la période de référence va du mois de juillet d'une année au mois de juin de l'année suivante et que la finalité de

la prime consiste, en partie, à récompenser le travail et la fidélité à l'entreprise pour la période de l'année écoulée au moment de son versement et, en partie, à encourager le travail et la fidélité à l'entreprise jusqu'au mois de juin de l'année suivante, il y aura lieu de juger que l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85 s'oppose à ce que l'employeur tienne compte de la période de congé de maternité dont a bénéficié la travailleuse, lors du calcul de la prime de Noël, de façon à réduire proportionnellement la prestation. En ce qui concerne les périodes de congé parental, le droit communautaire, dans son état actuel, ne protège pas le droit du travailleur à voir considérer ces périodes comme des périodes d'activité aux fins d'acquérir des droits à une prime ayant les caractéristiques décrites.

VI — Conclusion

55. A la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions posées par l'Arbeitsgericht Gelsenkirchen de la façon suivante:

- « 1) Une prime du type de celle en cause relève de la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité CE et doit être qualifiée de droit lié au contrat de travail au sens de l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive

particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE). Ni le but poursuivi par l'employeur au moyen du versement de cette prime ni le fait qu'il n'a pas annoncé suffisamment à l'avance que, lors des fêtes de Noël suivantes, il en fixerait le montant en fonction du travail futur et ne la verserait pas aux travailleurs dont la relation de travail est suspendue n'ont d'importance à cet égard.

- 2) Il appartient à la juridiction nationale appelée à statuer sur le litige au principal de déterminer, au vu des conditions auxquelles s'acquiert le droit à la prime litigieuse, et compte tenu des indications figurant aux points 37 et 38 des présentes conclusions, si l'article 119 du traité et l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85 s'opposent à ce qu'un employeur exclue intégralement de son bénéfice, au motif qu'elle se trouve en congé parental au moment de son versement, une travailleuse qui a occupé son poste jusqu'au 15 mai 1996, qui a bénéficié ensuite d'un congé de maternité jusqu'au 6 septembre de la même année et qui, immédiatement après, a entamé un congé parental devant durer jusqu'au 12 juillet 1999.

- 3) Il appartient à la juridiction nationale appelée à statuer sur le litige au principal de déterminer, au vu des conditions auxquelles s'acquiert le droit à la prime litigieuse, et compte tenu des indications figurant aux points 52 à 54 des présentes conclusions, si l'article 119 du traité, l'article 11, point 2, sous a), de la directive 92/85 et la clause 2, paragraphe 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, s'opposent à ce que l'employeur tienne compte de la période de congé de maternité, lors du calcul de la prime due à une femme qui se trouve en congé parental, de façon à diminuer proportionnellement la prestation. Le droit communautaire, dans son état actuel, ne protège pas le droit du travailleur à voir considérer les périodes de congé parental comme des périodes d'activité aux fins d'acquérir des droits à une prime ayant les caractéristiques décrites.»