

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 4 marzo 1999 *

1. L'Arbeitsgericht di Gelsenkirchen (Germania) ha sottoposto alla Corte, in forza dell'art. 177 del Trattato CE, tre questioni pregiudiziali con le quali chiede un'interpretazione degli artt. 119 del Trattato, 11, sub 2), della direttiva 92/85/CEE¹ (in prosieguo: la «direttiva 92/85»), nonché della clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34/CE² (in prosieguo: la «direttiva 96/34»), a sua volta in attesa di trasposizione nel diritto interno al momento della redazione dell'ordinanza di rinvio.

I — I fatti della causa principale

2. Tali questioni d'interpretazione del diritto comunitario sono sorte nell'ambito di una controversia di cui il predetto organo giurisdizionale è investito ed in cui le parti sono la signora Lewen, ricorrente, ed il suo datore di lavoro, signor Lothar Denda, titolare dell'impresa Denda Zahn-technik di Gelsenkirchen, convenuto. La ricorrente chiede il versamento di una

gratifica natalizia per l'anno 1996, per un importo pari a 5 500 DM, che il convenuto rifiuta di corrisponderle, in quanto nel corso dell'anno ella aveva fruito di un congedo di maternità e al momento del pagamento di tale gratifica si trovava in congedo parentale per accudire alla figlia.

3. La signora Lewen prestava la sua attività dal 1° ottobre 1990 fino al 6 settembre 1996 come odontotecnico presso il convenuto, alle cui dipendenze sono impiegati anche lavoratori di sesso maschile, con stipendio mensile lordo pari a 5 500 DM e con una settimana lavorativa di 39,25 ore.

Nel 1995 la ricorrente restava incinta. Nel 1996 ella occupava il proprio posto di lavoro dal 1° gennaio fino alla metà di aprile circa. Ella fruiva poi di un mese di ferie. Il 16 maggio ella iniziava il periodo di congedo di maternità, che terminava il 6 settembre. Dal giorno seguente aveva inizio un congedo parentale che durava sino al giorno del compimento, da parte della figlia, nata il 12 luglio 1996, dell'età di tre anni; durante tale periodo la lavoratrice percepiva il cosiddetto «assegno

* Lingua originale: lo spagnolo.

1 — Direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE (GU L 348, pag. 1).

2 — Direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES (GU L 145, pag. 4).

parentale», a carico dello Stato, il cui importo varia in funzione del reddito³.

4. Secondo quanto precisato dal giudice nazionale nell'ordinanza di rinvio, negli anni precedenti il convenuto aveva versato a tutti i suoi dipendenti, il 1° dicembre di ogni anno, una gratifica natalizia pari ad una mensilità di stipendio. Per potere ricevere la detta gratifica i dipendenti dovevano sottoscrivere una dichiarazione con cui accettavano le condizioni alle quali essa era versata. In tale dichiarazione si precisava che la gratifica costituiva una prestazione sociale una tantum, volontaria e revocabile in ogni momento, limitata alle festività natalizie di ciascun anno, il cui versamento non faceva sorgere alcun diritto per il futuro, né in ordine al principio né in ordine all'ammontare della gratifica così come alle sue modalità di pagamento o al modo di calcolo della gratifica stessa. Quest'ultima veniva concessa ogni anno a condizione che prima del 1° luglio dell'anno seguente il lavoratore non presentasse le dimissioni, né desse luogo ad un motivo di giusta causa di licenziamento senza preavviso da parte dell'impresa. In questi casi, nonché in caso in inadempimento del contratto di lavoro, il lavoratore avrebbe dovuto rimborsare integralmente la gratifica al momento della cessazione del rapporto di lavoro. Non risulta che in tale dichiarazione figurasse che la gratifica avrebbe dovuto essere restituita anche nel caso in cui il rapporto di lavoro rimanesse

sospeso prima di tale data a seguito, per esempio, dell'inizio del servizio di leva o della richiesta di un congedo parentale da parte del lavoratore.

5. Sulla base di questa dichiarazione, il convenuto negava alla ricorrente, nonché ad altre due lavoratrici in congedo parentale nel dicembre 1996, i cui dati non risultano dall'ordinanza di rinvio e che non sono parti nella causa principale, il pagamento della gratifica natalizia per l'anno 1996, senza averne data comunicazione nell'anno 1995.

II — Le questioni pregiudiziali

6. Al fine di risolvere la presente controversia, l'Arbeitsgericht di Gelsenkirchen ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se una gratifica natalizia costituisca retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato CE o dell'art. 11, sub 2), lett. b), della direttiva 92/85/CEE, per le prestazioni lavorative effettuate nel corso dell'anno di concessione della gratifica, anche nel caso in cui essa venga erogata dal datore di lavoro, in modo prevalente o esclusivo, come incentivo per prestazioni lavorative future e/o per la fedeltà all'azienda. Se un tale carattere di retribuzione debba quantomeno essere riconosciuto qualora il datore di lavoro non abbia annunciato, prima dell'inizio dell'anno di concessione della gratifica, che per le

3 — Tale prestazione tedesca è stata considerata dalla Corte una «prestazione familiare» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. h), del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408 (GU L 149, pag. 2), nonché un «vantaggio sociale» ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612 (GU L 257, pag. 2). V. sentenze 10 ottobre 1996, cause riunite C-245/94 e C-312/94, Hoever e Zachow (Racc. pag. I-4895), e 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala (Racc. pag. I-2691).

festività natalizie dell'anno successivo intende basarsi unicamente sulle prestazioni lavorative future, escludendo in tal modo i lavoratori i cui rapporti di lavoro siano sospesi alla data di versamento della gratifica e oltre.

zionale la prestazione, dei seguenti periodi:

- 2) Se si configuri violazione degli artt. 119 del Trattato CE e 11, sub 2), della direttiva 92/85/CEE, nonché della clausola 2, punto 6, dell'allegato della direttiva (in via di attuazione) 96/34/CE, qualora un datore di lavoro escluda completamente dalla gratifica natalizia le donne che alla data del versamento di quest'ultima si trovino in congedo parentale, senza tener conto delle prestazioni lavorative effettuate nel corso dell'anno di concessione della gratifica né dei periodi di tutela della maternità (divieti di prestare attività lavorativa).

— periodi di congedo parentale;

— periodi di tutela della maternità (divieti di prestare attività lavorativa)».

- 3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione:

III — La normativa comunitaria

7. L'art. 119 del Trattato sancisce il principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. Ai sensi del secondo e del terzo comma di tale norma:

Se sussista violazione degli artt. 119 del Trattato CE e 11, sub 2), lett. b), della direttiva 92/85/CEE, nonché della clausola 2, punto 6, dell'allegato della direttiva 96/34/CE, qualora un datore di lavoro, nella concessione di una gratifica natalizia ad una donna che si trovi in congedo parentale, tenga conto, così da ridurre in modo propor-

«Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

- a) che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura,
- b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale».

8. L'art. 11 della direttiva 92/85 dispone, al fine di garantire l'esercizio dei diritti di tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento:

« [...]

- 2) nel caso contemplato all'articolo 8 [che riconosce alle lavoratrici il diritto ad un congedo di maternità di almeno quattordici settimane, delle quali due obbligatorie], devono essere garantiti:

- a) i diritti connessi con il contratto di lavoro delle lavoratrici [...], diversi da quelli specificati nella lettera b) del presente punto;

- b) il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata [...].».

9. L'accordo quadro sul congedo parentale è stato dichiarato applicabile agli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito, dalla direttiva 96/34, adottata il 3 giugno 1996 sulla base dell'art. 4, n. 2, dell'accordo sulla politica sociale⁴, che consente alle parti sociali di chiedere congiuntamente l'attuazione degli accordi sul piano comunitario mediante decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il termine per la trasposizione nel diritto interno dell'accordo quadro sul congedo parentale è scaduto il 3 giugno 1998. La clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro, di cui il giudice nazionale chiede l'interpretazione, dispone quanto segue:

«I diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale restano immutati fino alla fine del congedo parentale. Al termine del congedo parentale tali diritti si applicano con le eventuali modifiche derivanti dalla legge, dai contratti collettivi o dalle prassi nazionali.».

4 — Accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati membri della Comunità europea ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, allegato al protocollo n. 14, inserito nel Trattato istitutivo della Comunità europea, dal Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992. Il testo delle disposizioni dell'accordo sulla politica sociale è stato inserito negli artt. 117-120 del Trattato istitutivo della Comunità europea (che diventano gli artt. 136-143) dal Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 e non ancora entrato in vigore.

La suddetta direttiva è stata modificata ed estesa al Regno Unito dalla direttiva 97/75/CE⁵, che concede al detto Stato membro, per l'adeguamento del suo diritto interno, un termine che scadrà il 15 dicembre 1999.

ad una dichiarazione di volontà unilaterale del datore di lavoro, il quale non è tenuto a tale prestazione né per legge né in forza del contratto di lavoro. Ciò che conta è che si tratta di una prestazione economica versata in base al rapporto di lavoro.

IV — Le osservazioni presentate nel procedimento pregiudiziale

10. Nel presente procedimento hanno presentato osservazioni scritte, nel termine al tal fine previsto dall'articolo 20 dello Statuto (CE) della Corte di giustizia, la ricorrente e il convenuto nella causa principale, i governi della Germania e del Regno Unito e la Commissione.

All'udienza, tenutasi il 28 gennaio 1999, sono comparsi per presentare osservazioni orali i rappresentanti della ricorrente e del convenuto nella causa principale, del governo della Germania, del governo del Regno Unito e della Commissione.

11. La ricorrente sostiene che la gratifica natalizia da essa reclamata fa parte della retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato, anche qualora venga concessa dal datore di lavoro come incentivo per le prestazioni lavorative future e per la fedeltà all'azienda e che al riguardo non ha alcuna rilevanza il fatto che venga concessa in base

A suo parere, il fatto che il datore di lavoro non abbia tenuto conto, ai fini del versamento della gratifica controversa, del periodo in cui la ricorrente ha usufruito del congedo di maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso e, negando detta gratifica per l'anno 1996 a tutte le dipendenti in congedo parentale, egli ha inoltre commesso una discriminazione indiretta fondata sul sesso in quanto, benché del suddetto congedo possano fruire sia gli uomini che le donne, sono per lo più queste ultime che provvedono alla cura e all'educazione dei figli, tanto che, in Germania, oltre il 90% dei lavoratori che fruiscono del congedo parentale sono donne. D'altro canto, il congedo parentale previsto dalla legge tedesca, che può durare sino a quando il figlio compie il terzo anno di età, è equiparabile al congedo parentale previsto dalla direttiva 96/34, in forza della quale i diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale restano immutati fino alla fine dello stesso. Ciò significa, nel caso della ricorrente, che al momento in cui è stata versata la gratifica ella aveva acquisito con effetto retroattivo un diritto sorto all'inizio del 1996 e relativo, quanto meno, al periodo in cui era rimasta in servizio attivo.

⁵ — Direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/75/CE, che modifica ed estende la direttiva 96/34/CE concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (GU 1998, L 10, pag. 24).

12. Il convenuto afferma che la gratifica controversa non costituisce retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato, e che egli non era tenuto ad annunciare, con un anticipo di un anno, che non avrebbe versato la gratifica ai lavoratori il cui rapporto di lavoro fosse sospeso, per vari motivi: in primo luogo, perché né il contratto collettivo che disciplina il suo settore di attività né le clausole dei contratti dei suoi dipendenti gli impongono alcun obbligo di versare loro una gratifica natalizia; inoltre, se egli l'ha versata nel 1996 ai dipendenti in servizio attivo lo ha fatto al fine di motivarli a svolgere bene il loro lavoro nei mesi successivi, mentre i dipendenti che in tale periodo avessero prestato il servizio militare o il servizio civile sostitutivo, nonché quelli che avessero risolto il loro contratto, non avrebbero percepito la detta gratifica. In secondo luogo, negli anni precedenti, nel pagare la gratifica, egli aveva messo chiaramente per iscritto, nella dichiarazione che i dipendenti dovevano sottoscrivere, che si trattava di una prestazione sociale una tantum, volontaria e revocabile in qualunque momento, limitata alle festività natalizie dell'anno in corso. In tale dichiarazione si precisava altresì che il fatto che la gratifica fosse erogata in tale anno non faceva sorgere alcun diritto per il futuro, né quanto alla sua corresponsione né quanto al suo ammontare. Infine, egli intende riservarsi il diritto di decidere liberamente, alla fine di ciascun anno, in relazione alla situazione economica, se versare la gratifica, quale ne debba essere l'importo e chi ne siano i beneficiari.

13. Il governo tedesco ritiene che la gratifica controversa costituisca retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e che, pertanto, sia irrilevante il fatto che il datore di lavoro non abbia deciso, sino al 1° dicembre 1996, se avrebbe versato tale gratifica e a quali condizioni.

Esso sostiene, tuttavia, che i lavoratori il cui rapporto di lavoro è sospeso non possono pretendere che venga loro versata una retribuzione come se fossero in attività, e che il medesimo ragionamento si applica alle donne in congedo di maternità. Così, poiché le dipendenti non lavorano né durante tale periodo né durante il congedo parentale, non si può obbligare il datore di lavoro, invocando il principio della parità di retribuzione, a versare loro la gratifica natalizia, in quanto quest'ultima non costituisce un aumento retributivo con effetto retroattivo, bensì un compenso supplementare per il lavoro svolto al momento in cui viene versata e volto ad incentivare la fedeltà futura all'azienda. Inoltre, tenendo conto del fatto che per il datore di lavoro si tratta di una prestazione volontaria, quando ha iniziato il suo congedo parentale la signora Lewen non aveva diritto alla gratifica, né può far valere che si trattasse di un diritto in via di acquisizione. Il governo tedesco aggiunge che, in mancanza di disposizioni di carattere normativo o convenzionale, o addirittura contrattuale, il datore di lavoro è l'unico a poter decidere se versare o meno la prestazione e a quali condizioni, senza che nessun giudice possa interferire nella valutazione se sia o meno giustificato il versamento dell'intera gratifica ad un lavoratore che inizi a lavorare nel mese di dicembre.

14. Il governo del Regno Unito sostiene che una gratifica natalizia come quella controversa nella causa principale costituisce retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato, anche qualora sia versata in via del tutto volontaria al fine di incentivare le prestazioni lavorative future e la fedeltà all'azienda. Per accertare se la gratifica natalizia vada collegata al lavoro svolto durante un determinato periodo comprendente il congedo di maternità, esso propone

due soluzioni: se la gratifica del 1996 è stata erogata come compenso per il lavoro svolto durante tale anno, compreso il congedo di maternità, essa costituirebbe un elemento della retribuzione ai sensi dell'art. 11, sub 2), lett. b) della direttiva 92/85. Per contro, se la gratifica, come sembra, non aveva questa finalità, ma era intesa ad incentivare le prestazioni future, essa non farebbe parte della retribuzione prevista dalla suddetta disposizione, a cui hanno diritto le donne in congedo di maternità.

Esso considera che, qualora il giudice nazionale dimostri che la gratifica costituisce un incentivo alle prestazioni lavorative future e alla fedeltà all'azienda, la decisione di escludere un determinato gruppo di lavoratori dal diritto alla gratifica, sia nel caso dei lavoratori che fruiscono di un congedo parentale che in quello dei lavoratori il cui rapporto di lavoro è sospeso per qualsiasi altra ragione, può costituire una discriminazione indiretta qualora pregiudichi un numero notevolmente più elevato di donne che di uomini. Orbene, tenendo conto dell'obiettivo che persegue, la decisione di limitare il versamento della gratifica a coloro che, di fatto, siano in servizio attivo, si basa su un fine legittimo, obiettivamente giustificato ed estraneo a qualunque discriminazione fondata sul sesso.

Esso aggiunge che, nei limiti in cui la gratifica non pare avere lo scopo di compensare il lavoro svolto prima dell'inizio del congedo parentale, occorre ritenere che a tale data non esistesse alcun diritto acquisito né in via di acquisizione. Pertanto, non poteva sussistere alcun diritto che dovesse essere tutelato o mantenuto in forza della clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale.

15. La Commissione rileva che la gratifica controversa forma parte della retribuzione ai sensi degli artt. 119 del Trattato e 11 della direttiva 92/85 e che, in quanto tale, è soggetta al divieto di discriminazioni, anche ove sia dimostrato che è stata versata dal datore di lavoro, principalmente o esclusivamente, al fine di incentivare le prestazioni lavorative future e la fedeltà all'azienda. A tale proposito, essa asserisce che i motivi concreti per i quali il datore di lavoro corrisponde la detta gratifica riguardano il contesto di fatto, la cui valutazione compete al giudice nazionale, che, in base alle informazioni di cui essa dispone, secondo la dottrina e la giurisprudenza tedesche, in via di principio, le gratifiche natalizie vengono versate tanto per premiare il lavoro già svolto quanto per incentivare le future prestazioni lavorative, e che non è possibile valutare sulla sola base della spiegazione fornita dal datore di lavoro nel corso del procedimento se la gratifica di cui trattasi sia stata versata principalmente o esclusivamente come incentivo per le prestazioni future, dato che questi non aveva fatto alcuna previa dichiarazione in tal senso.

Essa sostiene che il fatto che il periodo in cui una lavoratrice fruisce di un congedo parentale sia considerato come periodo non lavorato al momento del calcolo della gratifica, con conseguente riduzione dell'importo di questa, non risulta in contrasto con l'art. 119 del Trattato. Lo stesso non vale, invece, per il rifiuto di corrispondere l'intera gratifica per il fatto che al momento in cui essa viene versata la lavoratrice fruisce di un congedo parentale, il che potrebbe costituire una discriminazione vietata dall'art. 119 se non si tiene conto delle prestazioni che tali persone hanno già effettuato o effettueranno nel periodo cui si riferisce la gratifica. Poiché la percentuale

delle donne che usufruiscono di un congedo parentale per occuparsi dei figli è notevolmente superiore a quella degli uomini, si sarebbe in presenza di una discriminazione indiretta.

se costituisca retribuzione agli effetti dell'art. 11, sub 2), lett. b), della direttiva 92/85.

V — Esame delle questioni pregiudiziali

A — Sulla prima questione

16. Con la prima delle sue tre questioni pregiudiziali, l'Arbeitsgericht di Gelsenkirchen desidera sapere se una gratifica concessa in occasione delle festività natalizie, principalmente o esclusivamente, come incentivo per prestazioni lavorative future e/o per la fedeltà all'azienda, possa costituire retribuzione per le prestazioni effettuate nel corso dell'anno in cui si concede, ai sensi dell'art. 119 del Trattato o dell'art. 11, sub 2), lett. b), della direttiva 92/85/CEE. Esso intende inoltre accertare se abbia qualche rilevanza al riguardo il fatto che il datore di lavoro non abbia annunciato con il dovuto anticipo che per le festività natalizie dell'anno successivo avrebbe fissato l'importo della gratifica unicamente in relazione alle prestazioni lavorative future e che non avrebbe versato la gratifica stessa ai dipendenti i cui rapporti di lavoro fossero sospesi alla data del versamento.

17. Mi occuperò di verificare, anzitutto, se la gratifica controversa rientri nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e, successivamente,

18. Il principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro, sancito all'art. 119 del Trattato, è uno dei principi fondamentali della Comunità⁶. Tale articolo definisce, in senso lato, cosa vada inteso per retribuzione, stabilendo che va considerato tale «[...] il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo».

Questa definizione è stata completata dalla giurisprudenza della Corte, la quale, a partire dal 1971, ha incluso in questa nozione i vantaggi «attuali o futuri»⁷ e, nel 1990, ha aggiunto che le prestazioni corrisposte dal datore di lavoro al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro rientrano nella nozione di retribuzione «[...] a prescindere dal fatto che siano corrisposte in forza di un contratto di lavoro, di disposizioni di legge o volontariamente»⁸.

6 — Sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne (Racc. pag. 455, punto 12).

7 — Sentenza 25 maggio 1971, causa 80/70, Defrenne (Racc. pag. 445, punto 6).

8 — Sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889, punto 20). In detta causa, al momento del licenziamento oltre all'indennità costituita dalle prestazioni per contante previste nelle condizioni di licenziamento e dell'indennità legale di licenziamento, il datore di lavoro aveva versato al lavoratore, *de gratia et amore*, un importo supplementare, non imponibile, pari alla metà dell'importo lordo dell'indennità.

19. A mo' d'esempio e senza pretese di esaustività, nel corso degli anni la Corte ha ritenuto incluse nella nozione di retribuzione tanto le agevolazioni in materia di trasporti concesse dalle imprese di trasporto ferroviario ai dipendenti al momento del collocamento a riposo⁹ ed estese ai loro familiari, quanto la riduzione del prezzo dei trasporti concessa da un datore di lavoro, in forza del contratto di lavoro, a favore del coniuge o della persona di sesso opposto con cui il lavoratore intrattiene una relazione stabile fuori dal matrimonio¹⁰; l'indennità temporanea versata dal datore di lavoro al lavoratore in ragione della cessazione del rapporto di lavoro allo scopo di rendere più agevole il suo adattamento alla nuova situazione derivante da tale cessazione¹¹; la compensazione corrisposta, sotto forma di ferie o ore straordinarie retribuite, ai membri di una commissione interna aziendale, in ragione della partecipazione a corsi di formazione che impartiscono le cognizioni necessarie per l'attività delle commissioni interne, anche se, durante tali corsi di formazione, essi non svolgono alcuna attività prevista dal contratto di lavoro¹²; le indennità concesse al lavoratore all'atto del licenziamento¹³; la salvaguardia della retribuzione del lavoratore in caso di malattia¹⁴, anche quando l'incapacità lavorativa risulti da uno stato patologico legato alla gravidanza¹⁵, nonché la prestazione che il datore di lavoro corrisponde, in virtù della legge o di convenzioni collettive, ad

una lavoratrice durante il congedo di maternità¹⁶.

20. La Corte ha anche dichiarato che, avendo natura imperativa, il divieto di discriminazioni tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile di cui all'art. 119 del Trattato riguarda non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli¹⁷.

21. Si deve ritenere che la definizione giuridica di retribuzione, così come interpretata e integrata dalla giurisprudenza della Corte, comprenda una gratifica versata dal datore di lavoro ad un lavoratore, prevalentemente o esclusivamente, come incentivo per prestazioni lavorative future e/o per la fedeltà all'azienda, in occasione delle festività natalizie?

22. Sono convinto che la risposta debba essere affermativa. Si tratta, infatti, di una gratifica in denaro, corrisposta direttamente e volontariamente dal datore di lavoro al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro.

9 — Sentenza 9 febbraio 1982, causa 12/81, Garland (Racc. pag. 359, punto 9).

10 — Sentenza 17 febbraio 1998, causa C-249/96, Grant (Racc. pag. I-621, punto 14).

11 — Sentenza 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska (Racc. pag. I-2591, punto 11).

12 — Sentenze 4 giugno 1992, causa C-360/90, Boetel (Racc. pag. I-3589, punti 14 e 15), e 6 febbraio 1996, causa C-457/93, Newark (Racc. pag. I-243, punto 23).

13 — Sentenza Barber, citata alla nota 8, punto 14.

14 — Sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner Kuehn (Racc. pag. 2743, punto 7).

15 — Sentenza 19 novembre 1998, causa C-66/96, Høj Pedersen e a. (Racc. pag. I-7327, punto 35).

16 — Sentenza 13 febbraio 1996, causa C-342/93, Gillespie e a. (Racc. pag. I-475, punto 14).

17 — Sentenza Defrenne, citata alla precedente nota 6, punto 39.

A fronte di somme versate volontariamente dal datore di lavoro, la Corte ha dichiarato che l'art. 119 si applica anche alle gratifiche che un datore di lavoro concede ai lavoratori senza esservi contrattualmente obbligato¹⁸.

23. Tuttavia, allo stato attuale, il diritto comunitario non consente di stabilire se la gratifica costituisca un compenso per il lavoro svolto durante l'anno in cui viene concessa ovvero se sia diretta, come sembra affermare il convenuto nella causa principale, a incentivare le prestazioni lavorative future e la fedeltà all'azienda, questioni che andranno decise conformemente al diritto interno.

In ogni caso, i motivi che inducono il datore di lavoro a versare tale gratifica non possono modificarne la natura di retribuzione ai fini dell'art. 119 del Trattato, con la conseguenza che essa dev'essere concessa alle stesse condizioni a uomini e donne, senza discriminazioni fondate sul sesso.

24. La gratifica controversa costituisce anche retribuzione ai sensi dell'art. 11, sub 2), lett. b), della direttiva 92/85?

25. Nella fattispecie, a mio parere, la risposta dev'essere negativa. Infatti, tale disposizione impone di garantire alle lavoratrici, durante il congedo di maternità — la cui durata è fissata dall'art. 8 della direttiva medesima in almeno quattordici settimane ininterrotte, delle quali due obbligatorie — il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata. Nella sentenza Gillespie¹⁹, la Corte ha dichiarato che, essendo fondata sul rapporto di lavoro, la prestazione che il datore di lavoro corrisponde, in virtù della legge o di convenzioni collettive, ad una lavoratrice *durante* il congedo di maternità costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato.

Nella sentenza Boyle²⁰, la Corte, pronunciandosi direttamente sulla nozione di retribuzione figurante all'art. 11 della direttiva 92/85, ha dichiarato che detta nozione comprende, alla stessa stregua della definizione contenuta nell'art. 119 del Trattato, tutti i vantaggi pagati direttamente o indirettamente dal datore di lavoro *durante* il congedo di maternità in ragione dell'attività lavorativa svolta dalla lavoratrice e che la nozione di indennità cui si riferisce altresì tale disposizione comprende qualsiasi reddito che la lavoratrice percepisca *durante* il congedo di maternità e che non le sia versato dal datore di lavoro in forza del rapporto di lavoro.

È pacifico quindi che la retribuzione di cui all'art. 11, sub 2), lett. b), della direttiva, la cui definizione coincide con quella dell'art. 119 del Trattato, è soltanto quella

19 — Citata alla nota 16, punto 14.

20 — Sentenza 27 ottobre 1998, causa C-411/96, Boyle e a. (Racc. pag. I-6401), punto 31.

18 — Sentenza Barber, citata alla precedente nota 8, punto 19.

versata dal datore di lavoro e percepita dalla lavoratrice *durante* il congedo di maternità.

Poiché la gratifica controversa non è destinata a garantire un determinato livello di reddito alla lavoratrice nel corso del congedo di maternità, essa non può, a mio parere, essere considerata come retribuzione di cui debba essere garantito il mantenimento durante il suddetto periodo.

26. L'interpretazione da me proposta non implica, tuttavia, che il diritto a percepire tale gratifica resti per tale motivo escluso dal campo di applicazione della direttiva 92/85, diretta a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. Niente di più lontano dalla realtà.

27. L'art. 11, sub 2), lett. a), di tale direttiva impone di garantire, durante il congedo di maternità, oltre al mantenimento di una retribuzione e/o al versamento di un'indennità adeguata, i diritti connessi al contratto di lavoro. A mio modo di vedere, tra tali diritti rientra il diritto alla gratifica controversa.

28. Considerare la gratifica controversa, nel contempo, come retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e come diritto connesso al contratto di lavoro ai sensi dell'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85, anziché come retribuzione ai sensi della lett. b) del medesimo articolo, risulta

perfettamente coerente ed è, inoltre, conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Infatti, le condizioni alle quali il datore di lavoro subordina l'ammissione dei dipendenti ad un regime pensionistico aziendale rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 119 del Trattato²¹, e le pensioni erogate dai regimi professionali privati²² rientrano nella nozione di retribuzione in quanto costituiscono vantaggi corrisposti dal datore di lavoro al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro. Ciò non ha impedito tuttavia alla Corte di classificare l'acquisizione di diritti a pensione nell'ambito di un regime previdenziale interamente finanziato dal datore di lavoro tra i diritti dei lavoratori connessi al rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85²³, di cui dev'essere garantito il mantenimento durante il congedo di maternità.

29. Alla luce delle considerazioni che precedono, posso già affermare, da un lato, che la gratifica controversa rientra nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato, con la conseguenza

21 — Sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607). Nel caso di specie, i dipendenti a tempo parziale avevano diritto a beneficiare del regime pensionistico aziendale unicamente nel caso in cui avessero lavorato a tempo pieno per almeno quindici anni su un periodo complessivo di venti anni. V. anche sentenze 28 settembre 1994, causa C-57/93, Vroege (Racc. pag. I-4541) e causa C-128/93, Fisscher (Racc. pag. I-4583), e 24 ottobre 1996, causa C-435/93, Dietz (Racc. pag. I-5223).

22 — V., oltre alle sentenze Barber, citata alla precedente nota 8, e Vroege, Fisscher e Dietz, citate alla precedente nota 21, sentenze 6 ottobre 1993, causa C-109/91, Ten Oever (Racc. pag. I-4879); 14 dicembre 1993, causa C-110/91, Moroni (Racc. pag. I-6591); 28 settembre 1994, causa C-200/91, Coloroll (Racc. pag. I-4389); causa C-7/93, Beune (Racc. pag. I-4471), e 7 aprile 1997, causa C-147/95, Evrenopoulos (Racc. pag. I-2057).

23 — Sentenza Boyle, citata alla nota 20, punto 82.

che essa dev'essere corrisposta alle medesime condizioni a uomini e donne, senza discriminazioni fondate sul sesso e, dall'altro, che, ai fini dell'applicazione della direttiva 92/85, essa va considerata come un diritto connesso al rapporto di lavoro, la cui acquisizione dev'essere garantita durante il congedo di maternità della lavoratrice, disciplinato dall'art. 8 della medesima direttiva.

30. Da questo ragionamento deriva che al riguardo non hanno alcuna rilevanza né il fine che il datore di lavoro persegue versando la detta prestazione né il fatto che questi non abbia annunciato con sufficiente anticipo che, in occasione delle festività natalizie dell'anno successivo avrebbe fissato l'importo della gratifica esclusivamente in funzione delle prestazioni lavorative future e non avrebbe corrisposto la gratifica stessa ai lavoratori i cui rapporti di lavoro fossero sospesi alla data del versamento e oltre. Si tratta, in ogni caso, di questioni di fatto il cui accertamento spetta al giudice nazionale, sulla base delle indicazioni fornitegli dalla Corte, in quanto ci si trova di fronte ad una gratifica non disciplinata dalla legge né da un contratto collettivo, non prevista neppure dal contratto di lavoro, e sulle cui finalità e nelle cui condizioni di concessione non esiste nemmeno accordo tra i giudici dello Stato membro.

B — *Sulla seconda questione*

31. Con la seconda delle questioni pregiudiziali da lui proposte, il giudice a quo intende sapere se una o più delle disposizioni comunitarie da esso citate, ossia

l'art. 119 del Trattato, l'art. 11, sub 2), della direttiva 92/85, e la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34, ostino a che un datore di lavoro escluda completamente dal beneficio della gratifica controversa una donna che alla data del versamento della stessa si trovi in congedo parentale, senza tener conto delle prestazioni lavorative effettuate nel corso dell'anno né del congedo di maternità di cui ella ha fruito.

32. L'art. 119 del Trattato sancisce il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per uno stesso lavoro e, secondo quanto è stato dimostrato nell'ambito della soluzione della prima questione, la gratifica controversa rientra nella nozione di retribuzione ai sensi di tale norma. Pertanto, essa dev'essere concessa alle stesse condizioni a uomini e donne, senza alcuna discriminazione fondata sul sesso.

33. L'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85 impone il mantenimento dei diritti connessi al rapporto di lavoro durante il congedo di maternità della lavoratrice, disciplinato dall'art. 8 della direttiva stessa. Come ho già rilevato nella soluzione della prima questione pregiudiziale, ritengo che la gratifica controversa formi parte di tali diritti.

34. Il giudice nazionale chiede altresì alla Corte di interpretare la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34, alle cui disposizioni il diritto interno non era ancora stato adeguato, obiettivo che gli

Stati membri erano tenuti a realizzare entro un termine che scadeva il 3 giugno 1998. Rilevo tuttavia che il legislatore tedesco ha anticipato di diversi anni quello comunitario avendo già disciplinato la concessione ai lavoratori di un congedo parentale in occasione della nascita di un figlio, congedo che può durare sino a che questi compia il terzo anno di età. Di conseguenza, nulla pare ostare a che la Corte fornisca qualche indicazione utile al giudice chiamato a decidere la controversia nella causa principale, affinché esso possa interpretare il diritto nazionale in conformità del contenuto e della finalità del suddetto accordo quadro.

La clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34, impone che i diritti acquisiti o in via di acquisizione da parte del lavoratore alla data d'inizio del congedo parentale restino immutati sino alla fine del congedo parentale.

Dato il tenore di questa disposizione, e visto che il giudice nazionale intende chiarire, con la seconda questione, le conseguenze del calcolo dell'importo della gratifica effettuato senza tener conto né del periodo di lavoro compiuto né del congedo di maternità, mentre, con la terza questione, pone direttamente un problema relativo al calcolo della gratifica effettuato senza tener conto dei periodi relativi al congedo parentale, mi occuperò dell'interpretazione da dare alla detta disposizione nella soluzione della terza questione.

35. Alla luce dell'art. 119 del Trattato e dell'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85, un datore di lavoro può escludere completamente dal beneficio della gratifica controversa una donna che alla data del versamento, vale a dire il 1° dicembre, si trova in congedo parentale, senza tenere conto delle prestazioni di lavoro effettuate nel corso dell'anno di concessione della gratifica né del congedo di maternità goduto dalla lavoratrice?

36. La soluzione di questa questione dipenderà interamente dalle modalità di acquisizione del diritto da parte dei lavoratori; ho già in precedenza rilevato che la Corte non dispone degli elementi di fatto necessari per fornire una soluzione concreta dato che la gratifica controversa non è disciplinata dalla legge, né da un contratto collettivo, e non è nemmeno prevista nel contratto individuale di lavoro. Inoltre, non è pacifico nemmeno tra le parti se essa sia diretta a compensare le prestazioni lavorative effettuate e la fedeltà all'azienda per l'anno trascorso o se sia intesa ad incentivare le prestazioni lavorative future e la fedeltà all'azienda per un periodo che sembra estendersi sino al 1° luglio dell'anno successivo, o se queste due finalità siano combinate tra loro in proporzioni neppure esse precisate.

37. Tenendo conto di questa situazione, spetterà al giudice nazionale stabilire, una volta accertate le modalità di acquisizione del diritto alla gratifica natalizia da parte dei lavoratori, se risulti in contrasto con il diritto comunitario il fatto che il datore di lavoro escluda dalla sua concessione una donna che si trovi in congedo parentale, senza tener conto delle prestazioni lavorative effettuate nel corso dell'anno di con-

cessione della gratifica né del congedo di maternità. A tal fine occorre prendere in considerazione i seguenti orientamenti:

— Supponendo che il periodo di riferimento sia il periodo dell'anno già trascorso e sia dimostrato che la gratifica è diretta esclusivamente a compensare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda nel detto periodo, il diritto alla gratifica verrà acquisito gradualmente nel corso dell'anno, e non si potrà quindi penalizzare chi, come la signora Lewen, ha lavorato per una parte di tale anno, escludendolo totalmente dal beneficio della gratifica, a meno che non si sia stabilito che, in caso di risoluzione o di sospensione del rapporto di lavoro prima del 1° dicembre, il lavoratore perde qualunque diritto alla quota parte maturata sino al momento della risoluzione o dell'inizio della sospensione. Nel decidere se sia questo lo scopo perseguito dal datore di lavoro con il versamento della gratifica, il giudice nazionale potrà tener conto del fatto che un lavoratore, il cui rapporto di lavoro sia iniziato durante il periodo di riferimento, percepisca, al 1° dicembre, l'intera gratifica ovvero la quota proporzionale corrispondente ai mesi lavorati.

— Supponendo che il periodo di riferimento sia l'anno successivo, e si dimostri che la gratifica è diretta, esclusivamente, ad incentivare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda per detto periodo, la conseguenza sarà che il lavoratore non in servizio attivo nel periodo di riferimento non avrà diritto alla gratifica. Tuttavia, non mi è facile credere che un datore di lavoro, in occasione delle festività natalizie di un determinato anno, voglia incentivare *unicamente* le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda per l'anno seguente.

Nel decidere se sia questo lo scopo perseguito dal datore di lavoro con il versamento della gratifica, il giudice nazionale potrà tener conto del fatto che un lavoratore, il cui rapporto di lavoro inizi il 1° dicembre, percepisca l'intera gratifica, ovvero solo una parte di essa o nulla, e del fatto che un lavoratore il cui congedo parentale debba iniziare ai primi di gennaio percepisca la gratifica intera ovvero solo una parte di essa, dato che nel documento che i lavoratori dovevano sottoscrivere alla riscossione di tale gratifica per gli anni precedenti, la sospensione del rapporto di lavoro non era prevista tra le cause che comportavano per il lavoratore l'obbligo di restituire la gratifica stessa.

— Vi è una terza ipotesi, che coincide in parte con le due precedenti, secondo la quale si può ritenere che il periodo di riferimento vada dal luglio di un anno al giugno dell'anno seguente. Questa possibilità è suggerita dalla condizione, imposta al lavoratore che ha percepito la gratifica e che risolve il proprio contratto prima del 1° luglio dell'anno successivo, di restituire la somma ricevuta. In tal caso, lo scopo della gratifica potrebbe consistere, in parte, nel premiare il lavoro e la fedeltà all'azienda per il periodo dell'anno già trascorso al momento del versamento (tra luglio e novembre) e, in parte, nell'incentivare le prestazioni lavorative future e la fedeltà all'azienda sino alla fine di giugno dell'anno successivo. Nel decidere se sia questo lo scopo perseguito dal datore di lavoro con il versamento della gratifica, il giudice nazionale dovrà tener conto, quali indizi della questione se un lavoratore il cui rapporto di lavoro sia iniziato in gennaio ed un altro il cui rapporto di lavoro sia iniziato dopo il mese di luglio e prima del mese di dicembre percepiscano l'intera gratifica, ovvero se il secondo abbia diritto

soltanto ad una quota proporzionale di essa; se un lavoratore il quale entri in servizio il 1° dicembre percepisca l'intera gratifica ovvero una quota proporzionale di essa; se un dipendente assunto tra gennaio e luglio dell'anno seguente percepisca la quota proporzionale della detta gratifica e se un lavoratore il cui rapporto di lavoro debba essere sospeso prima del luglio dell'anno seguente, vuoi per l'assolvimento degli obblighi di leva, vuoi per una domanda di aspettativa o per l'inizio di un congedo parentale, percepirà l'intera gratifica e, in caso affermativo, se dovrà restituirla, in tutto o in parte.

38. Ritengo che l'unico modo per giustificare l'esclusione di una lavoratrice come la signora Lewen dal beneficio dell'intera gratifica controversa o di una parte di essa sarebbe che il datore di lavoro ne subordinasse il versamento alla sola condizione che il lavoratore sia in servizio attivo il 1° dicembre. Tuttavia, non sono convinto, alla luce dei documenti agli atti, del fatto che il datore di lavoro convenuto nella causa a qua corrisponda il medesimo importo tanto ai lavoratori il cui rapporto di lavoro è iniziato nel corso dell'anno e hanno lavorato soltanto per un breve periodo intorno a Natale quanto a quelli che hanno lavorato tutto l'anno o per la maggior parte di esso; mi riesce arduo credere che esso versi a questi ultimi la medesima somma che corrisponde ai dipendenti che iniziano a lavorare il 1° dicembre.

39. Mi rimane da esaminare la questione se, nel caso in cui siano esclusi dal beneficio della gratifica i lavoratori il cui rapporto di lavoro sia sospeso alla data del versamento di quest'ultima, fra i quali figurano i lavoratori che si trovano in congedo paren-

tale, si verifichi una discriminazione, diretta o indiretta, fondata sul sesso.

40. Il preambolo dell'accordo quadro definisce il congedo parentale come un mezzo importante per conciliare la vita professionale con quella familiare e per promuovere la pari opportunità e il pari trattamento tra uomini e donne. In forza di tale accordo quadro, ai lavoratori, uomini e donne, viene riconosciuto un diritto soggettivo ad ottenere un congedo parentale a seguito della nascita o dell'adozione di un figlio per accedere a quest'ultimo per un periodo minimo di tre mesi sino ad una età determinata, che può andare sino agli otto anni, la cui fissazione è rimessa agli Stati membri o alle parti sociali. Come ho già rilevato in precedenza, sebbene la legge tedesca che disciplina il congedo parentale sia entrata in vigore prima dell'adozione della direttiva 96/34, da quanto ho potuto dedurre dai documenti agli atti, la sua finalità coincide, almeno in parte, con quella dell'accordo quadro.

41. Sia la ricorrente nella causa principale che la Commissione ritengono che negare ad una lavoratrice il diritto a fruire della gratifica natalizia per il fatto che essa si trovi in congedo parentale sia, in maggiore o minor misura, discriminatorio. Esse sostengono che i lavoratori di sesso maschile, pur avendo anch'essi diritto a fruire del congedo parentale, per lo più non se ne avvalgono, con la conseguenza che alla fine sono soprattutto le donne a ricorrere a tale possibilità per accedere ai figli.

42. Fatte salve le ipotesi in cui durante il periodo di riferimento vi siano stati periodi di attività e di congedo di maternità, sui quali mi sono già pronunciato, ritengo che escludere dal beneficio della gratifica natalizia i lavoratori in congedo parentale non debba ritenersi discriminatorio.

43. Infatti, secondo una costante giurisprudenza della Corte, una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni comparabili o nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse²⁴. Ora, il lavoratore che fruisce di un congedo parentale si trova in una situazione particolare, protetta dal diritto comunitario a partire dall'adozione della direttiva 96/34, che gli viene riconosciuta a seguito della sua recente paternità o maternità, ma che non può essere equiparata alla situazione di un uomo o di una donna in servizio attivo, soprattutto qualora la gratifica natalizia sia diretta vuoi a ricompensare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda per il passato, vuoi ad incentivare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda per il futuro, vuoi a conseguire una combinazione di entrambi gli scopi, in quanto il congedo parentale si caratterizza appunto per il fatto di determinare la sospensione del rapporto di lavoro e dei rispettivi obblighi di lavorare e di retribuire il lavoro prestato.

Secondo le indicazioni del giudice nazionale, il datore di lavoro convenuto nella causa principale asserisce di escludere dal beneficio della gratifica natalizia tutti i lavoratori non in servizio attivo al 1° di-

cembre, compresi quelli il cui rapporto di lavoro è sospeso, tra cui rientrano tanto gli uomini che stiano fruendo di un congedo parentale, assolvendo gli obblighi di leva o siano in aspettativa per motivi personali, quanto le donne che fruiscono di un congedo parentale o si trovino in aspettativa. Tale requisito si applica, quindi, nello stesso modo tanto ai lavoratori di sesso maschile quanto a quelli di sesso femminile, e non può essere considerato come configurante una discriminazione direttamente fondata sul sesso²⁵.

44. La Corte ha altresì dichiarato che vi è discriminazione indiretta quando l'applicazione di un provvedimento nazionale, benché formulato in modo neutro, di fatto sfavorisca un numero molto più alto di donne che di uomini²⁶.

45. Nella sentenza Boyle²⁷, la Corte ha affermato che, benché un numero molto più elevato di lavoratrici che di lavoratori fruisca di congedi non retribuiti nel corso della propria carriera lavorativa per il fatto di aver diritto a congedi di maternità supplementari non retribuiti concessi loro dal datore di lavoro subito dopo il congedo di maternità garantito dall'art. 8 della direttiva 92/85, non si può ritenere che l'applicazione di una clausola contrattuale in forza della quale la maturazione dei diritti alle ferie annuali si interrompe durante un congedo di maternità di questo tipo sfavorisca le donne che fruiscono di tale diritto rispetto agli uomini. La Corte

24 — Sentenze Gillespie, citata alla nota 16, punto 16, e 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker (Racc. pag. I-225, punto 30).

25 — Sentenza Grant, citata alla precedente nota 10, punto 28.

26 — Sentenze 2 ottobre 1997, causa C-1/95, Gerster (Racc. pag. I-5253, punto 30), e causa C-100/95, Kording (Racc. pag. I-5289), punto 16, e Boyle, citata alla nota 20, punto 76.

27 — Ibidem, punti 77-79.

ha rilevato che l'applicazione più frequente di siffatta clausola alle lavoratrici risulta dall'esercizio del diritto al congedo di maternità supplementare non retribuito, che costituisce un vantaggio specifico riservato alle donne, e non può comportare un trattamento discriminatorio nei confronti di queste.

46. Nella fattispecie in esame può ritenersi certo che il numero di donne che durante la loro carriera lavorativa fruiscono di un congedo parentale per prendersi cura dei figli è superiore a quello degli uomini. Di conseguenza, l'esclusione dal beneficio della gratifica natalizia dei lavoratori il cui rapporto di lavoro è sospeso si applicherà, di fatto, ad un numero molto maggiore di donne che di uomini. Ora, l'applicazione più frequente nei confronti di queste ultime deriverà dall'esercizio del diritto al congedo parentale, che non è una condizione di lavoro bensì un vantaggio specifico riservato ai lavoratori a seguito di una loro recente paternità o maternità.

Per tale motivo, ritengo che negare il diritto alla gratifica natalizia ai lavoratori che si avvalgono della facoltà di fruire di un congedo parentale, per l'intera durata di questo, non possa comportare una discriminazione indiretta fondata sul sesso a svantaggio delle donne.

47. Data l'assenza degli elementi di fatto necessari per pronunciarsi in concreto, propongo di risolvere la seconda questione nel senso che spetta al giudice nazionale

chiamato a decidere la controversia nella causa principale stabilire, alla luce delle condizioni cui è subordinata l'acquisizione del diritto a percepire la gratifica natalizia da parte dei lavoratori, e tenendo conto delle indicazioni espresse nell'analisi che precede, se l'art. 119 del Trattato e l'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85 ostino a che un datore di lavoro escluda completamente dal beneficio della gratifica controversa una lavoratrice che ha occupato il proprio posto sino al 15 maggio 1996, ha poi fruito di un congedo di maternità sino al 6 settembre dello stesso anno e, subito dopo, ha iniziato un congedo parentale di durata prevista sino al 12 luglio 1999, per il fatto che alla data del versamento della gratifica natalizia ella stava fruendo del detto congedo parentale.

C — Sulla terza questione

48. Con la terza questione pregiudiziale il giudice nazionale desidera sapere, in caso di soluzione affermativa della questione precedente, se configuri una violazione degli artt. 119 del Trattato CE, 11, sub 2), lett. b), della direttiva 92/85, nonché della clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, il fatto che un datore di lavoro tenga conto dei periodi di congedo di maternità e del periodo di congedo parentale già trascorso di cui ha goduto una donna che si trovi in congedo parentale, nel calcolare la gratifica natalizia spettante a quest'ultima, così da ridurre in modo proporzionale l'importo.

49. Nell'esaminare la seconda questione pregiudiziale ho già rilevato che l'assenza pressoché totale di dati concreti circa l'acquisizione del diritto alla gratifica natalizia da parte dei lavoratori impedisce alla Corte di pronunciarsi con certezza sulla questione e, di conseguenza, la soluzione da me proposta non è né affermativa né negativa. Lo stesso vale per la terza questione pregiudiziale. Mi vedo di nuovo costretto a fornire al giudice nazionale alcune indicazioni di cui tenere conto per pronunciarsi nel merito.

50. Si è dimostrato che la gratifica controversa fa parte della retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e ho già rilevato che, ai fini dell'applicazione della direttiva 92/85, la gratifica stessa va qualificata come diritto connesso al rapporto di lavoro, la cui acquisizione, a norma dell'art. 11, sub 2), lett. a), della detta direttiva, dev'essere garantita durante il congedo di maternità della lavoratrice.

51. Dal canto suo, la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34, impone che restino immutati fino alla fine del congedo parentale i diritti acquisiti o in via di acquisizione da parte del lavoratore alla data di inizio del congedo stesso.

52. Qualora esso giunga alla conclusione che il periodo di riferimento che dà diritto alla gratifica è il periodo dell'anno già trascorso e che la gratifica è destinata esclusivamente a ricompensare le presta-

zioni lavorative e la fedeltà all'azienda per tale periodo, senza che sia stabilito che, in caso di risoluzione o di sospensione del rapporto prima del 1° dicembre, il lavoratore perde ogni diritto alla quota proporzionale maturata sino alla data della risoluzione o di decorrenza della sospensione, il giudice nazionale dovrà dichiarare, da una parte, che l'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85 osta a che il datore di lavoro tenga conto del periodo di congedo di maternità nel calcolo della gratifica natalizia al fine di ridurre proporzionalmente l'importo di questa.

D'altra parte, considerando il diritto alla gratifica natalizia come un diritto acquisito o in via di acquisizione ai sensi della clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34, il che, sia detto incidentalmente, mi pare più che dubbio, si dovrebbe ritenere che la signora Lewen non dovrebbe percepire la gratifica natalizia per il 1996, per la quale avrebbe acquisito diritti sino al 6 settembre, ma che, rientrando in servizio nel 1999, ricomincerebbe ad acquisire il diritto a tale gratifica che dovrebbe esserle versata integralmente il 1° dicembre 1999.

Ritengo, tuttavia, che la suddetta disposizione non sia stata prevista per tutelare situazioni come queste, e che non sia applicabile al versamento di una prestazione periodica qual'è la gratifica natalizia.

53. Se, per contro, il giudice nazionale giunge alla conclusione che il periodo di riferimento è l'anno seguente, e che la gratifica è destinata esclusivamente ad

incentivare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda per l'anno che inizia alla data del versamento della gratifica, né l'art. 119 del Trattato, né l'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85, né la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, attuato dalla direttiva 96/34, ostano all'esclusione dal diritto alla gratifica di una lavoratrice il cui rapporto di lavoro rimarrà in sospenso per tutto il periodo di riferimento in quanto essa fruisce di un congedo parentale.

54. Qualora, infine, il giudice nazionale giunga alla conclusione che il periodo di riferimento va dal luglio di un anno al giugno dell'anno successivo, e che la fina-

lità della gratifica è, in parte, quella di ricompensare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda per il periodo dell'anno già trascorso alla data del suo versamento e, in parte, quella di incentivare le prestazioni lavorative e la fedeltà all'azienda sino al giugno dell'anno seguente, esso dovrà dichiarare che l'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85 osta a che un datore di lavoro, nel calcolare la gratifica natalizia, tenga conto, per ridurne proporzionalmente l'importo in modo proporzionale, del periodo di congedo di maternità di cui la lavoratrice ha fruito. Per quanto riguarda i periodi di congedo parentale, il diritto comunitario, allo stato attuale, non tutela il diritto del lavoratore a che i detti periodi vengano considerati come periodi di attività ai fini dell'acquisizione di diritti ad una gratifica avente le caratteristiche descritte.

VI — Conclusione

55. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di giustizia di risolvere nei seguenti termini le questioni sottoposte dall'Arbeitsgericht di Gelsenkirchen:

- « 1) Una gratifica come quella controversa rientra nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato CE e va qualificata come diritto connesso al contratto di lavoro ai sensi dell'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 83/391/CEE). Al riguardo non hanno alcuna rilevanza né la finalità

perseguita dal datore di lavoro con il versamento della detta gratifica né il fatto che questi non abbia annunciato con sufficiente anticipo che per le festività natalizie dell'anno successivo avrebbe fissato l'importo della gratifica stessa unicamente in funzione delle prestazioni lavorative future e non avrebbe concesso quest'ultima ai lavoratori i cui rapporti di lavoro fossero sospesi quiescenti.

- 2) Spetta al giudice nazionale chiamato a decidere la controversia nella causa principale stabilire, in base alle condizioni alle quali viene acquisito il diritto alla gratifica controversa, e tenendo conto delle indicazioni di cui ai paragrafi 37 e 38 delle presenti conclusioni, se gli artt. 119 del Trattato e 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85 ostino a che un datore di lavoro escluda completamente dal beneficio della gratifica, per il fatto che ella si trova in congedo parentale alla data di versamento, una lavoratrice che abbia occupato il proprio posto sino al 15 maggio 1996, abbia poi usufruito di un congedo di maternità sino al 6 settembre dello stesso anno e, subito dopo, abbia iniziato un congedo parentale destinato a durare sino al 12 luglio 1999.

- 3) Spetta al giudice nazionale chiamato a decidere la controversia nella causa principale stabilire, in base alle condizioni alle quali viene acquisito il diritto alla gratifica controversa, e tenendo conto delle indicazioni di cui ai paragrafi 52-54 delle presenti conclusioni, se l'art. 119 del Trattato, l'art. 11, sub 2), lett. a), della direttiva 92/85 e la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES ostino a che un datore di lavoro, nel calcolare la gratifica natalizia spettante ad una donna che si trovi in congedo parentale, tenga conto del periodo relativo al congedo di maternità per ridurre proporzionalmente l'importo della prestazione. Il diritto comunitario, allo stato attuale, non tutela il diritto del lavoratore a che i periodi di congedo parentale vengano considerati come periodi di attività ai fini dell'acquisizione di diritti ad una gratifica avente le caratteristiche descritte».