DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

1. juli 2010 *

I sag C-194/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Verwaltungsgerichtshof (Østrig) ved afgørelse af 28. marts 2008, indgået til Domstolen den 9. maj 2008, i sagen:

Susanne Gassmayr

mod

Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, J.N. Cunha Rodrigues, som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne P. Lindh, A. Rosas, A. Ó Caoimh (referererende dommer) og A. Arabadjiev,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: M. Poiares Maduro
justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 20. maj 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

— den østrigske regering ved M. Winkler, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved V. Kreuschitz og M. van Beek, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 3. september 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 11, nr. 1)-3), i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1).

2 Anmodningen er blevet fremsat i en sag mellem Susanne Gassmayr og Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung (Forbundsministeren for videnskab og forskning, herefter »forbundsministeren«) vedrørende sidstnævntes afslag på fortsat at udbetale sagsøgeren et tillæg for journaltjeneste i de perioder, hvor hun på grund af graviditeten var fritaget for at arbejde eller af samme grund underlagt et forbud mod at udøve sin faglige beskæftigelse, og efterfølgende under barselsorloven.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

3 Niende, sekstende og attende betragtning til direktiv 92/85 har følgende ordlyd:

»Foranstaltninger til beskyttelse af sikkerheden og sundheden for arbejdstagere, som er gravide, som ammer, eller som lige har født, må ikke føre til forringelse af kvindernes stilling på arbejdsmarkedet, og må ikke berøre bestemmelserne i direktiverne om ligebehandling af mænd og kvinder.

[…]

Foranstaltningerne til tilrettelæggelse af arbejdet med henblik på beskyttelse af sundheden for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, vil være virkningsløse, hvis de ikke knyttes sammen med bevarelse af rettighederne i henhold til arbejdsaftalen, herunder bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse.

[…]

Udtrykket passende ydelse skal i tilfælde af barselsorlov betragtes som et teknisk udgangspunkt med henblik på at fastsætte det laveste beskyttelsesniveau og må under ingen omstændigheder fortolkes, som om graviditet sidestilles med sygdom.«

4 Det anføres i nævnte direktivs artikel 2:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »*gravid arbejdstager*«: enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis

b) »*arbejdstager, som lige har født*«: enhver arbejdstager, som lige har født som defineret efter national lovgivning og/eller praksis, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med denne lovgivning og/eller praksis

c) »*ammende arbejdstager*«: enhver arbejdstager, som ammer som defineret i national lovgivning og/eller praksis, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med denne lovgivning og/eller praksis.«

5 Samme direktivs artikel 4, der har overskriften »Vurdering og underretning«, bestemmer i stk. 1:

»For alle arbejdsopgaver, som kan indebære en specifik risiko for, at arbejdstagere udsættes for de agenser, arbejdsprocesser eller arbejdsforhold, som er opført på en ikke-udtømmende liste i bilag I, skal arbejdsgiveren eller de beskyttelses- og forebyggelsestjenester, som er omhandlet i artikel 7 i direktiv 89/391/EØF (Rådets direktiv 89/391/EØF af 12.6.1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet (EFT L 183, s. 1)), vurdere arten, omfanget og varigheden af den belastning, arbejdstagere som defineret i artikel 2 udsættes for i den pågældende virksomhed og/eller institution, således at man kan:

— foretage en bedømmelse af alle risici for sikkerheden og sundheden samt alle virkninger for de i artikel 2 definerede arbejdstagere under graviditet eller amning

— afgøre, hvilke foranstaltninger der skal træffes.«

6 Artikel 5 i direktiv 92/85, der har overskriften »Konsekvenserne af resultaterne af vurderingen«, bestemmer i stk. 1-3:

»1. Hvis den i artikel 4, stk. 1, omhandlede vurdering viser, at der er risiko for en i artikel 2 defineret arbejdstagers sikkerhed eller sundhed samt risiko for en negativ

indvirkning på den pågældendes graviditet eller amning, træffer arbejdsgiveren, ved en midlertidig ændring af vedkommendes arbejdsforhold og/eller arbejdstid, de nødvendige foranstaltninger til at undgå, at den pågældende arbejdstager udsættes for denne risiko, jf. dog artikel 6 i direktiv 89/391/EØF.

2. Hvis en ændring af arbejdsforhold og/eller arbejdstid ikke er teknisk og/eller objektivt mulig eller ikke med rimelighed kan forlanges, træffer arbejdsgiveren de nødvendige foranstaltninger til at overføre den pågældende arbejdstager til andre arbejdsopgaver.

3. Hvis overførslen til andre arbejdsopgaver ikke er teknisk og/eller objektivt mulig eller ikke med rimelighed kan forlanges, fritages den pågældende arbejdstager i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis for at arbejde, så længe dette er nødvendigt for at beskytte hendes sikkerhed eller sundhed.«

7 Nævnte direktivs artikel 8, der har overskriften »Barselsorlov«, bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2 barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.«

8 Samme direktivs artikel 11, der har overskriften »Rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen«, har følgende ordlyd:

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

1) I de tilfælde, der er omhandlet i artikel 5, 6 og 7, skal de i artikel 2 definerede arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, herunder bevarelse af deres løn og/eller oppebærelse af en passende ydelse, sikres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

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

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

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

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

4) Medlemsstaterne kan gøre retten til den løn eller ydelse, der er omhandlet i nr. 1) og nr. 2), litra b), betinget af, at arbejdstageren opfylder betingelserne for en sådan ret i henhold til den nationale lovgivning.

Det må under ingen omstændigheder kræves, at den pågældende skal have arbejdet mere end tolv måneder umiddelbart inden det for forventede fødselstidspunkt.«

Nationale bestemmelser

Loven om beskyttelse af mødre

9 I medfør af § 3, stk. 1, i loven om beskyttelse af mødre fra 1979 (Mutterschutzgesetz 1979, herefter »MSchG«) må gravide kvinder ikke udøve beskæftigelse i de sidste otte uger før den forventede nedkomst (herefter »8-ugersfristen«).

10 MSchG's § 3, stk. 3, bestemmer, at gravide kvinder heller ikke må udøve beskæftigelse ud over 8-ugersfristen, når det fremgår af en af de pågældende kvinder fremlagt erklæring udfærdiget af en læge tilknyttet arbejdsdirektoratet eller af embedslægen, at moderens eller barnets liv eller helbredstilstand ville blive bragt i fare ved fortsat beskæftigelse.

11 MSchG's § 5, der har overskriften »Beskæftigelsesforbud efter fødsel«, bestemmer i stk. 1:

»Kvindelige arbejdstagere må ikke udøve beskæftigelse, før der er forløbet otte uger efter fødslen. […] Er der indtrådt en forkortelse af 8-ugersfristen før fødslen, forlænges beskyttelsesperioden efter fødslen i tilsvarende omfang, dog højst i 16 uger. […]«

12 MSchG's § 14, der har overskriften »Fortsat udbetaling af løn«, som affattet ved BGBl. nr. 833/1992 og BGBl. nr. 434/1995, har følgende ordlyd:

»1. Nødvendiggør en anvendelse af § 2b, § 4, § 4a, § 5, stk. 3 og 4, eller § 6 – for så vidt som der ikke bestemmes andet i § 10a, stk. 3 – en ændring af beskæftigelsen i virksomheden, har arbejdstageren krav på den løn, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun i de sidste 13 uger af ansættelsesforholdet før denne ændring har oppebåret. Omfatter denne periode tidspunkter, hvor arbejdstageren som følge af sygdom eller deltidsarbejde ikke har oppebåret fuld løn, forlænges 13-ugersperioden med længden af disse tidspunkter. Disse tidspunkter lades ude af betragtning ved opgørelsen af gennemsnitslønnen. [...]

2. Arbejdstagere, der i henhold til § 3, stk. 3, ikke må udøve beskæftigelse, og arbejdstagere, der henset til § 2b, § 4, § 4a, § 5, stk. 3 og 4, eller § 6 ikke har mulighed for at udøve beskæftigelse i virksomheden, har krav på løn, der opgøres som anført i stk. 1.«

Aflønningsloven

13 I henhold til § 3, stk. 1 og 2, i aflønningsloven fra 1956 (Gehaltsgesetz 1956, herefter »GehG«), der finder anvendelse på forbundsansatte i den offentlige sektor, såsom sagsøgeren i hovedsagen, har en tjenestemand ret til et månedligt vederlag, der består af lønnen og diverse tillæg.

14 GehG's § 13c, der har overskriften »Rettigheder i tilfælde af uarbejdsdygtighed«, bestemmer:

»(1) En tjenestemand, der som følge af en ulykke (undtagen arbejdsulykker) eller sygdom er forhindret i at gøre tjeneste, har efter 182 dages uarbejdsdygtighed ret til 80% af det månedlige vederlag, som vedkommende ville have haft ret til, hvis denne ikke var uarbejdsdygtig. Børnetillægget er undtaget fra denne nedsættelse.

[…]

(3) Reduktionen i medfør af stk. 1 nedsættes med 80% af det beløb, der svarer til referencegrundlaget i stk. 4; nedsættelsen kan dog ikke overstige den i stk. 1 fastsatte samlede nedsættelse.

(4) Ved referencegrundlaget i stk. 3's forstand forstås den samlede godtgørelse (ekstraordinære udbetalinger medregnes ikke), tillæg, godtgørelser og biindtægter (undtagen dem, der er angivet i § 19, 20b og 20c), som den ansatte ville have modtaget, hvis vedkommende ikke var forhindret i at udøve sine funktioner, og som den ansatte ikke længere har ret til, når henses til vedkommendes tjenestefravær. I tilfælde af

ikke-faste biindtægter i henhold til første punktum, skal beregningerne baseres på en tolvtedel af det samlede beløb af biindtægter, som den ansatte har modtaget i løbet af de sidste tolv måneder inden begyndelsen af den første af alle de sammenlagte sygeperioder i overensstemmelse med stk. 2.

(5) Nedsættelsen af det månedlige vederlag får virkning fra datoen for uarbejdsdygtighedens begyndelse, dog tidligst fra dagen efter udløbet af fristen på 182 arbejdsdage, som angivet i stk. 1, og ophører øjeblikkeligt på dagen forud for den ansattes genoptagelse af sine funktioner.

[…]

(8) Under varigheden af et beskæftigelsesforbud efter [MSchG] (både hvad angår svangerskabsorlov og barselsorlov) finder stk. 1-6 ikke anvendelse. Et sådant arbejdsforbud suspenderer påbegyndelsen af alle de i stk. 1-6 anførte frister.«

15 GehG's § 15, der har overskriften »Biindtægter«, bestemmer i stk. 1, 2 og 5:

»(1) Ved biindtægter forstås:

1. overarbejdstillæg (§ 16)

[…]

4. tillæg for journaltjeneste (§ 17a)

[…]

Udelukkende perioder, hvor der ligeledes er ret til vederlag, kan give adgang til en ret til biindtægter.

(2) De i stk. 1, nr.1), nr. 4)-6) og nr. 8)-11), anførte biindtægter og søn- og helligdagstillæggene angivet i stk. 1, nr. 3), kan have form af et forudfastsat beløb, når arbejdsydelserne, der giver ret til en sådan biindtægt, foreligger konstant eller regelmæssigt, således at beregningen af et månedligt gennemsnit er mulig (særligt forudfastsat beløb). Fastsættelsen af et forudfastsat beløb kræver Forbundskanslerens samtykke i de tilfælde, der er anført i stk. 1, nr. 1), nr. 3)-6) og nr. 10). Fastsættelsen af et enkelt forudfastsat beløb for ydelser, der i det væsentlige er af samme art (grupperede forudfastsatte beløb), er tilladt. Hvad angår forudfastsatte biindtægter for overarbejdstimer ud over den normale tjenestetid bør den del af indtægten, der udgør tillægget for overarbejdstimerne, fastlægges.

[…]

(5) Retten til forudfastsatte biindtægter berøres ikke af en ferie/orlov, hvorunder tjenestemanden bevarer sin ret til et månedligt vederlag, eller af en arbejdsulykke, der forhindrer vedkommende i at udføre sine funktioner. Hvis tjenestemanden af andre årsager forbliver fraværende fra sin stilling i mere end en måned, suspenderes den

forudfastsatte biindtægt fra dagen efter datoen for udløbet af denne frist indtil datoen for vedkommendes sidste fraværsdag.«

16 GehG's § 17a, der har overskriften »Tillæg for journaltjeneste«, bestemmer:

»1. En tjenestemand, der pålægges at udføre journaltjeneste uden for den tjenestetid, der er fastsat i vagtplanen, modtager for den beredskabstid og den tjenesteydelse, der indgår i journaltjenesten, et tillæg for journaltjeneste i stedet for vederlag efter §§ 16 og 17.

2. Størrelsen af journaltillægget fastsættes under hensyntagen til tjenestens længde og den gennemsnitlige tjenestetid [...]; beregningen heraf kræver Forbundskanslerens samtykke.«

17 Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Republikken Østrig i forbindelse med gennemførelsen af GehG's § 17a har vedtaget en forordning vedrørende beregning af forudfastsatte tillæg for journaltjeneste for læger på universitetshospitaler (Pauschalierungsverordnung für Journaldienstzulage für Ärzte an Universitätskliniken, BGBl. II, 202/2000), som med henblik på godtgørelsen af hver times journaltjeneste angiver en nøjagtig procentsats af den normale løn.

Tjenestemandsloven

18 I medfør af § 50, stk. 1, i tjenestemandsloven fra 1979 (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979) kan tjenestemanden af arbejdsmæssige grunde være forpligtet til at være til rådighed på arbejdsstedet eller på et andet nøjagtigt angivet sted uden for de i arbejdsplanen fastsatte normale timer og om nødvendigt eller på opfodring genoptage sine tjenesteaktiviteter (vagter, journaltjeneste).

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

19 Sagsøgeren i hovedsagen har siden den 1. januar 1995 arbejdet som assisterende læge ved Universitetshospitalets afdeling for anæstesi under Graz Universitet (herefter »arbejdsgiveren«). Hun oppebar et tillæg for journaltjeneste for overarbejde, som hun udførte ud over de i arbejdsplanen fastsatte normale timer.

20 Sagsøgeren i hovedsagen ophørte den 4. december 2002 med sin beskæftigelse, først i henhold til § 3, stk. 3, i MSchG (beskæftigelsesforbud ved fremlæggelse af lægeerklæring, hvoraf det fremgår, at moderens eller barnets liv eller helbredstilstand muligvis kan være i fare ved fortsat beskæftigelse), dernæst i henhold til samme § 3's stk. 1 (beskæftigelsesforbud i løbet af 8-ugersfristen), og endelig i henhold til nævnte lovs § 5, stk. 1 (beskæftigelsesforbud i otte uger efter fødslen).

21 Ved skrivelse af 9. februar 2004 til arbejdsgiveren gav sagsøgeren udtryk for, at hun under den periode, hvorunder hun som følge af graviditet og barselsorlov havde forbud mod at arbejde og derfor ikke havde kunnet udføre journaltjeneste, har krav på udbetaling af et vederlag svarende til en gennemsnitlig journaltjeneste. Hun anmodede derfor om udbetaling af et beløb svarende til et sådan vederlag.

22 Ved afgørelse af 31. august 2004 meddelte arbejdsgiveren afslag på denne anmodning. Ifølge arbejdsgiveren falder vederlagene for journaltjeneste, der i anledning af konkrete tilfælde af præsteret journaltjeneste var blevet udbetalt i månederne forud for beskæftigelsesforbuddet, ikke ind under bevarelsesklausulen i MSchG's § 14, og udgør ikke faste biindtægter som omhandlet i GehG's § 15. Arbejdsgiveren gjorde bl.a. gældende, at sagsøgeren i hovedsagen under beskæftigelsesforbuddet i henhold til MSchG's § 3, stk. 3, havde fået udbetalt sin løn uden begrænsninger, dvs. det månedlige vederlag og tillæg i medfør af GehG's § 3, stk. 2. Derimod havde sagsøgeren på grund af beskæftigelsesforbuddet ikke kunnet udføre journaltjeneste, hvorfor der heller ikke var krav på vederlag for journaltjeneste i denne periode. Ifølge arbejdsgiveren skal tillægget for journaltjenesten udbetales konkret i forhold til den faktisk udførte tjeneste og har ikke karakter af forudfastsatte biindtægter. Dette tillæg kan under ingen omstændigheder beregnes ud fra et månedligt gennemsnit.

23 Appellanten i hovedsagen har indgivet søgsmål for den forelæggende ret til prøvelse af forbundsministerens afgørelse af 9. maj 2005 vedrørende afslag på bibeholdelse af det omtvistede tillæg, idet appellanten har påberåbt sig det EU-retlige princip om lige løn til mænd og kvinder.

24 For den forelæggende ret har forbundsministeren gjort gældende, at den ubegrænsede fortsatte udbetaling til sagsøgeren i hovedsagen af løn svarende til hendes løntrin som universitetsassistent samt udbetalingen af tillæggene i henhold til GehG's § 3, stk. 2, under perioden med beskæftigelsesforbud fuldt ud er i overensstemmelse med artikel 141 EF og artikel 1 i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 42, s. 19). Selv om dommen af 30. marts 2003, Alabaster (sag C-147/02, Sml. I, s. 3101), afklarede forbuddet mod forskelsbehandling i forbindelse med generelle lønstigninger, er det krav, som appellanten har fremsat, imidlertid ikke støttet på hendes løbende månedsløn, dvs. hendes referenceløn, eller på en almindelig forhøjelse af denne.

25 Sagsøgte i hovedsagen har anført, at i modsætning til det omtvistede nytårsgratiale i sagen, der førte til dommen af 21. oktober 1999, Lewen (sag C-333/97, Sml. I, s. 7243), vedrører nærværende sag et tillæg for journaltjeneste, der i hvert enkeltstående tilfælde udbetales på grundlag af den tjeneste, der rent faktisk er ydet. En sådan supplerende udbetaling tilsigter blot at vederlægge den forøgede arbejdsbyrde, der opstår ved et konkret pålæg om at præstere tjenesteydelser, der går ud over den tjenestetid, der er fastsat i arbejdsplanen. Pålægges en arbejdstager således ikke at udføre journaltjeneste, kan vedkommende ikke have en berettiget forventning om vederlag herfor, og dette gælder uafhængigt af vedkommendes udførelse af de normale arbejdsopgaver.

26 Det er ubestridt, at sagsøgeren i hovedsagen inden for det i henhold til MSchG's § 14, stk. 1, relevante tidsrum, før påbegyndelsen af beskæftigelsesforbuddet, der blev pålagt hende i henhold til samme lovs § 3, stk. 3, udførte journaltjeneste, og det er heller ikke omtvistet, at hun i den anledning oppebar et individuelt beregnet løntillæg for journaltjeneste i henhold til GehG's § 17a.

27 Da de spørgsmål, der er opstået i sagen for retten navnlig vedrørende artikel 11, nr. 1), 2) og 3), i direktiv 92/85, efter rettens opfattelse ikke kan besvares klart, har Verwaltungsgerichtshof besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Er artikel 11, nr. 1), 2) og 3), i […] direktiv 92/85[…] […] direkte anvendelig?

b) Såfremt dette er tilfældet, skal de nævnte bestemmelser da fortolkes således, at den berørte kvinde har krav på fortsat udbetaling af et tillæg for journaltjeneste i den periode, hvor der gælder et beskæftigelsesforbud for vordende mødre og/eller under barselsorloven?

c) Gælder dette i hvert fald i tilfælde, hvor medlemsstaten træffer en såkaldt systembeslutning om fortsat udbetaling af løn, der indebærer, at principielt hele indkomsten, dog med undtagelse af de såkaldte (i § 15 i den østrigske aflønningslov opregnede) anvendelsesbetingede biindtægter (som det i sagen omtvistede tillæg for journaltjeneste), er omfattet?

2) Såfremt disse bestemmelser ikke er direkte anvendelige, skal de da gennemføres i medlemsstaterne således, at en kvindelig arbejdstager, der under en periode med beskæftigelsesforbud for vordende mødre og/eller under barselsorloven ikke længere udfører journaltjeneste, har krav på fortsat udbetaling af et tillæg for sådanne tjenester?«

Om formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse med hensyn til artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85

28 Indledningsvis kan det fastslås, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har rejst tvivl om, hvorvidt de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som de vedrører artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85, idet den finder deres relevans for løsningen af tvisten i hovedsagen tvivlsom. Kommissionen har anført, at denne bestemmelse ikke er relevant i den foreliggende sag, da det spørgsmål, som opstår i nævnte retssag, ikke vedrører rettighederne i direktivets artikel 5, 6 og 7, men udelukkende størrelsen på det vederlag, der skal betales til appellanten for den periode, hvor hun var fraværende fra sit arbejde på grund af graviditeten og den følgende barselsorlov.

29 Det skal i denne henseende bemærkes, at ifølge fast retspraksis tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, og relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. bl.a. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59, og af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 18).

30 Domstolen har imidlertid anført, at den ikke kan træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den af den nationale ret ønskede fortolkning eller vurdering af en EU-bestemmelses gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en brugbar besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. Bosman-dommen, præmis 61, og dom af 13.7.2000, sag C-36/99, Idéal tourisme, Sml. I, s. 6049, præmis 20).

31 Det er desuden nødvendigt, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for udvælgelsen af de EU-bestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter rettens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i hovedsagen (jf. bl.a. dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 34).

32 I hovedsagen konstateres det i forelæggelseskendelsen, at sagsøgeren ophørte med sin beskæftigelse under graviditeten i medfør af MSchG's § 3, stk. 3, der er en bestemmelse, hvorefter en gravid kvinde ikke må arbejde under sin graviditet, når det fremgår af en af kvinden fremlagt erklæring fra en arbejdslæge eller en læge, der er tilknyttet arbejdstilsynet, at moderens eller barnets liv eller helbredstilstand bringes i fare ved fortsat beskæftigelse.

33 Med spørgsmålene, der angår artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85, ønsker den forelæggende ret fastlagt, hvilken indkomst denne arbejdstager kan gøre krav på under arbejdsophøret som følge af graviditeten i overensstemmelse med dette direktivs artikel 5, stk. 3, og under den i direktivets artikel 8 nævnte barselsorlov.

34 Det skal bemærkes, at artikel 4, stk. 1, og artikel 5 i direktiv 92/85 har til formål at sikre, at arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, gives en særlig beskyttelse i relation til alle arbejdsopgaver, som kan indebære en specifik risiko for deres sikkerhed eller sundhed eller kan have en negativ indvirkning på deres graviditet eller amning (dom af 27.2.2003, sag C-320/01, Busch, Sml. I, s. 2041, præmis 42). EU-lovgiver har med vedtagelsen af direktiv 92/85 indført en ordning til vurdering af og oplysning om disse risici og et forbud for en sådan arbejdstager mod at udføre visse former for arbejde (jf. i denne retning dom af 1.2.2005, sag C-203/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 935, præmis 44).

35 Når resultatet af bedømmelsen af risici, der fortages i overensstemmelse med artikel 4 i direktiv 92/85, fremviser en risiko for sikkerheden eller sundheden såvel som virkninger for arbejdstageren under graviditet eller amning, fastsætter direktivets artikel 5, stk. 1 og 2, at arbejdsgiveren er forpligtet til at iværksætte en midlertidig ændring af vedkommendes arbejdsforhold og/eller arbejdstid, eller hvis dette ikke er teknisk eller objektivt muligt eller ikke med rimelighed kan forlanges, en overførsel af den pågældende til andre arbejdsopgaver.

36 Kun hvis overførslen til andre arbejdsopgaver heller ikke er mulig, fastslår nævnte direktivs artikel 5, stk. 3, at den pågældende arbejdstager i overensstemmelse med national lovgivning eller praksis fritages for at arbejde, så længe dette er nødvendigt for at beskytte hendes sikkerhed eller sundhed (dom af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 57, og dom af dags dato, sag C-471/08, Parviainen, Sml. I, s. 6533, præmis 32).

37 Verwaltungsgerichtshof har i forelæggelseskendelsen henvist til bestemmelserne i artikel 4 og 5 i direktiv 92/85, der vedrører bedømmelsen af risici og de foranstaltninger, der skal træffes som følge af en sådan bedømmelse, og har forelagt de præjudicielle spørgsmål vedrørende dette direktivs artikel 11, nr. 1), der henviser til nævnte artikel 5.

38 Den østrigske regering har under retsmødet for Domstolen, som svar på de af Domstolen fremsatte spørgsmål, bekræftet, at det i overensstemmelse med MSchG's § 3, stk. 3, er forbudt for gravide kvinder at arbejde, når den faglige beskæftigelse er til fare for eget eller deres barns liv eller sundhed. Ifølge denne regering er der tale om en bestemmelse, der ofte anvendes over for gravide kvinder over 30 eller 35 år, idet den med henblik på at undgå komplikationer tillader et arbejdsophør, længe inden den normale barselsorlov begynder. Der er ikke tale om et forbud, der har sammenhæng med den faglige beskæftigelse, men nærmere et forbud, der afhænger af den gravides personlige situation og vedkommendes fysiske tilstand.

39 Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, om sagsøgeren i hovedsagen under sin graviditet led af en sygdom eller var berørt af komplikationer med tilknytning til graviditeten, eller om hun var blevet fritaget for at arbejde med henblik på at sikre hendes sikkerhed eller sundhed på grund af en mulig beskæftigelsesmæssig risiko, der var til fare for hendes sikkerhed eller hendes eller barnets sundhed.

40 Det skal imidlertid under alle omstændigheder bemærkes, at i disse to tilfælde er begrundelsen for et arbejdsophør under graviditeten identiske, dvs. beskyttelsen af den gravide arbejdstagers og barnets sikkerhed og sundhed. Artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 er desuden den eneste bestemmelse i direktivet, der vedrører den indtægt, som den gravide arbejdstager har ret til under graviditeten.

41 For det første fremgår det således ikke klart, at den fortolkning af artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85, som den forelæggende ret har anmodet om, ikke har nogen forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, og for det andet er Domstolen i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at fortolke de i direktivet fastsatte bestemmelser med hensyn til de forhold, som er genstand for hovedsagen, og de præjudicielle spørgsmål kan herefter, i modsætning til hvad Kommissionen har anført, antages til realitetsbehandling for så vidt angår denne bestemmelse.

42 For så vidt angår artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 må anmodningen om præjudiciel afgørelse herefter antages til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål, litra a), vedrørende den direkte virkning af artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85

43 Med sit første spørgsmål, litra a), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85 har direkte virkning og giver borgerne rettigheder, som de kan gøre gældende over for en medlemsstat, der ikke har gennemført direktivet i national ret eller ikke har gennemført det korrekt, og som de nationale domstole skal beskytte.

44 Ifølge Domstolens faste praksis kan borgerne i alle tilfælde, hvor bestemmelserne i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, ved den nationale domstol påberåbe sig disse bestemmelser over for staten, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt (jf. bl.a. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, af 17.9.1996, forenede sager C-246/94 – C-249/94, Cooperativa Agricola Zootecnica s. Antonio m.fl., Sml. I, s. 4373, præmis 17, og af 17.7.2008, sag C-226/07, Flughafen Köln/Bonn, Sml. I, s. 5999, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

45 En EU-bestemmelse er ubetinget, når den indeholder en forpligtelse, som ikke er undergivet betingelser og ej heller, i henseende til gennemførelse eller virkninger, gjort afhængig af, at institutioner i Unionen eller i medlemsstaterne udsteder retsakter i så henseende. Bestemmelsen er tilstrækkelig præcis til at kunne påberåbes af private og anvendes af en retsinstans, når den indeholder en forpligtelse, der er utvetydigt formuleret (jf. bl.a. dommen i sagen Cooperativa Agricola Zootecnica s. Antonio

m.fl., præmis 19, og dom af 22.10.2006, sag C-317/05, Pohl-Boskamp, Sml. I, s. 10611, præmis 41).

46 Artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85 opfylder imidlertid disse kriterier, eftersom bestemmelsen utvetydigt pålægger medlemsstaterne en pligt til at tilvejebringe et bestemt resultat, der består i, at der efter en ændring af arbejdsforholdene, en midlertidig placering i en anden stilling og i perioder med tjenestefravær på grund af den i samme direktivs artikel 5-7 nævnte graviditet og under den i direktivets artikel 8 nævnte barselsorlov gives sikkerhed for rettighederne i medfør af arbejdskontrakten for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, såvel som sikkerhed for bevarelsen af lønnen og/eller modtagelse af en passende ydelse.

47 Artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 fastsætter ganske vist, at når der er tale om gravide arbejdstagere som nævnt i direktivets artikel 5 – dvs. de arbejdstagere, der berøres af en midlertidig ændring af deres arbejdsvilkår, af en foreløbig placering i en anden stilling eller som sidste udvej af en arbejdsfritagelse – skal indkomsten sikres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

48 Den præcise og ubetingede karakter af artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 berøres imidlertid ikke af henvisningen til national lovgivning og praksis. Selv om bestemmelsen giver medlemsstaterne en vis skønsmargen, når de vedtager de nærmere bestemmelser om dens gennemførelse, kan denne omstændighed ikke anfægte nævnte bestemmelses præcise og ubetingede karakter. De nærmere regler vedrørende en sådan gennemførelse kan på ingen måde angå selve indholdet af den i artikel 11, nr. 1), fastslåede rettighed, og kan ikke betinge eller begrænse denne rettigheds rækkevidde (jf. Parviainen-dommen, præmis 55, og for så vidt angår artikel 10 i direktiv 92/85, dom

af 4.10.2001, sag C-438/99, Jiménez Melgar, Sml. I, s. 6915, præmis 33 og 34; jf. ligeledes analogt dom af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 – C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 105, og af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 67).

49 Artikel 11, nr. 3), i direktiv 92/85 fastsætter på samme måde for så vidt angår arbejdstagere på barselsorlov, som er omhandlet i dette direktivs artikel 8, at ydelsen, som nævnte artikel 11, nr. 2), litra b), henviser til, anses for passende, når den sikrer en indtægt, der mindst svarer til den, som den pågældende arbejdstager ville få under sygeorlov.

50 Den omstændighed, at disse indkomster i medfør af artikel 11, nr. 3), i direktiv 92/85 kan være fastlagt inden for et loft fastsat i henhold til den nationale lovgivning, således at størrelsen på en sådan ydelse kan variere fra én medlemsstat til en anden, anfægter dog heller ikke den præcise og ubetingede karakter af denne bestemmelse eller af samme artikels nr. 2). Hvis de indkomster, der skal sikres en arbejdstager på barselsorlov, er lovbestemte, ændrer anvendelsen af loftet i nævnte artikel 11, nr. 2) og 3), ikke ved denne artikels egnethed til at blive anvendt af en domstol på den tvist, den skal afgøre, og denne omstændighed kan følgelig ikke fratage bestemmelsen dens tilstrækkeligt præcise karakter (jf. analogt Impact-dommen, præmis 61).

51 Hvad angår medlemsstaternes adgang til i overensstemmelse med artikel 11, nr. 4), i direktiv 92/85 at gøre retten til den løn eller ydelse, der er omhandlet i samme artikels nr. 1) og nr. 2), litra b), betinget af, at arbejdstageren opfylder betingelserne for en sådan ret i henhold til den nationale lovgivning, skal det bemærkes, at disse betingelser ikke anfægter den minimumsbeskyttelse, der er fastsat i artikel 11, nr. 1)-3), og som under alle omstændigheder kan underlægges domstolskontrol.

52 Det må derfor fastslås, at bestemmelserne i artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85 opfylder alle betingelserne for at have direkte virkning.

53 Under disse omstændigheder skal det første spørgsmål, litra a), besvares med, at artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85 har direkte virkning og giver borgerne rettigheder, som de kan gøre gældende over for en medlemsstat, der ikke har gennemført direktivet i national ret eller ikke har gennemført det korrekt, og som de nationale domstole skal beskytte.

Det første spørgsmål, litra b) og c), vedrørende retten til tillæg for journaltjeneste

54 Med sit første spørgsmål, litra b) og c), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 11, nr. 1)-3), i direktiv 92/85 skal fortolkes således, at retten til udbetaling af et tillæg for journaltjeneste bevares i den periode, hvor der gælder et beskæftigelsesforbud for gravide arbejdstagere og/eller arbejdstagere på barselsorlov. Den forelæggende ret har i denne henseende ønsket oplyst, om svaret på dette spørgsmål påvirkes af den omstændighed, at de i hovedsagen omtvistede nationale bestemmelser fastsætter en ret for den gravide arbejdstager, der er fritaget for at arbejde under graviditeten eller under barselsorloven, til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun i en referenceperiode forud for tjenestefraværet under graviditeten og ved påbegyndelsen af barselsorloven har oppebåret, uden at tillægget for journaltjeneste skal medregnes heri.

55 Det skal indledningsvis præciseres, at dette spørgsmål fra den forelæggende ret vedrører omfanget af en gravid arbejdstagers ret til løn i forbindelse med to særskilte perioder, dvs. for det første perioden med beskæftigelsesophør som følge af graviditeten og for det andet den til barselsorloven svarende periode med beskæftigelsesforbud.

56 Henset til det forhold, at disse to perioder er behandlet i forskellige bestemmelser i direktiv 92/85, bør den forelæggende rets spørgsmål besvares separat i forhold til, om der er tale om en arbejdstagers ret til vederlag under graviditeten eller under barselsorloven.

Om ret til udbetaling af et tillæg for journaltjeneste for en arbejdstager, der er fritaget for at arbejde under sin graviditet på grund af risici for sikkerheden eller sundheden

57 Det fremgår af artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85, at i de i direktivets artikel 5-7 nævnte tilfælde skal de rettigheder, der er forbundet med arbejdskontrakten, herunder bevarelsen af et vederlag og/eller en passende ydelse for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, sikres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

58 Til forskel fra de i artikel 5, stk. 1 og 2, i direktiv 92/85 nævnte gravide arbejdstagere, som faktisk fortsætter deres beskæftigelse og udfører de af arbejdsgiveren tildelte arbejdsopgaver, er en gravid arbejdstager, der er omfattet af denne artikels stk. 3, fritaget for at arbejde i løbet af hele den periode, der er nødvendig for at sikre beskyttelsen af arbejdstagerens – og dermed også barnets – sikkerhed og sundhed.

59 På denne baggrund træffes alle de i artikel 5 i direktiv 92/85 nævnte beskyttelsesforanstaltninger ikke på den gravide arbejdstagers anmodning, men som en følge af hendes graviditet. De er resultatet af en risikovurdering og det i artikel 5 fastsatte forbud, såvel som af de relevante bestemmelser i national ret, og tilsigter at undgå enhver risiko for denne arbejdstagers eller hendes barns sikkerhed og sundhed. Selv om resultatet af den risikovurdering, som arbejdsgiveren i medfør af samme direktivs artikel 4 er forpligtet til at udføre, således viser sig at være forskelligt, alt efter hvilket stykke i nævnte artikel 5 der finder anvendelse, forbliver direktivets beskyttelsesformål med hensyn til de i samme artikel nævnte gravide arbejdstagere uændret. Som det fremgår af artiklens ordlyd, påhviler det desuden arbejdsgiveren at overholde det udtrykkelige påbud, hvorefter der skal iværksættes beskyttelsesforanstaltninger, som fastsat i denne artikel, og betingelserne herfor.

60 En undersøgelse af ordlyden i artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 og dette direktivs formål om at beskytte sikkerheden og sundheden for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, viser, at en gravid arbejdstager, såsom sagsøgeren i hovedsagen, der midlertidigt fritages for at arbejde, og hvis løn vedrørende den periode, der ligger forud for denne fritagelse, består af en grundløn, visse tillæg og et godtgørelse for journaltjeneste for overarbejde ud over de i arbejdsplanen fastsatte timer, ikke med hjemmel i denne bestemmelse kan gøre krav på ubetaling af et sådant tillæg.

61 Selv om tillægget for journaltjeneste, for det første, idet det bygger på arbejdsforholdet, udgør løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF, henviser artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 i størstedelen af de sproglige versioner, der forelå på datoen for direktivets vedtagelse, ikke desto mindre til den berørte arbejdstagers bevarelse af »løn« og ikke af »lønnen«.

62 Dette direktivs artikel 11, nr. 4), fastsætter desuden, at medlemsstaterne kan gøre retten til den løn eller ydelse, der er omhandlet i nr. 1) i samme artikel, betinget af, at arbejdstageren opfylder betingelserne for en sådan ret i henhold til den nationale lovgivning.

63 Domstolen har endvidere allerede fastslået, at de faktiske forhold i forbindelse med arten af de former for arbejde, der udføres, og de vilkår, hvorunder de udføres, efter omstændighederne kan antages at udgøre objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, og som kan begrunde eventuelle lønforskelle mellem forskellige grupper af arbejdstagere (jf. i denne retning vedrørende artikel 141 EF, dom af 30.3.2000, sag C-236/98, JämO, Sml. I, s. 2189, præmis 52).

64 I henhold til de oplysninger, som Domstolen råder over, tildeles arbejdstagerne i hovedsagen imidlertid tillægget for journaltjeneste under hensyntagen til det omfang, hvori denne tjeneste er præsteret som overarbejde, samt henset til det omfang, hvori den enkelte medarbejder gennemsnitligt er blevet pålagt sådan tjeneste. Det er ubestridt, at en gravid arbejdstager under perioden med beskæftigelsesforbud som følge af graviditeten ikke udfører de arbejdsopgaver, som giver adgang til udbetaling af dette tillæg.

65 Som Domstolen fastslog i præmis 49 og 61 i Parviainen-dommen, er medlemsstaterne og eventuelt arbejdsmarkedets parter i forhold til en gravid arbejdstager, der som følge af sin graviditet midlertidigt varetager en anden stilling i medfør af artikel 5, stk. 2, i direktiv 92/85, ikke forpligtet til i medfør af direktivets artikel 11, nr. 1), i forbindelse med denne midlertidige omplacering at opretholde dele af lønnen eller tillæg, som afhænger af den omhandlede arbejdstagers udførelse af specifikke opgaver under særlige betingelser, og som i det væsentlige tilsigter at kompensere for de ulemper, der er forbundet med denne udførelse. Det samme gælder for en gravid arbejdstager, der er fritaget for at arbejde i medfør af nævnte direktivs artikel 5, stk. 3, og bestemmelserne i national lovgivning herom.

66 Endelig henviser artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 udtrykkeligt til national lovgivning og/eller praksis.

67 Som det fremgår af nærværende doms præmis 48, overlader nævnte bestemmelse en vis margen til medlemsstaterne ved definitionen af betingelserne for udførelsen og gennemførelsen af retten til vederlag for de gravide arbejdstagere, som er nævnt i artikel 5, stk. 3, i direktiv 92/85. Det tilkommer således medlemsstaterne at fastlægge, hvorledes denne ret skal gennemføres, uden at de dog kan opstille nogen form for betingelser for selve stiftelsen af retten, der direkte er fastsat i dette direktiv og i arbejdsforholdet mellem den gravide arbejdstager og arbejdsgiveren (jf. analogt dom af 26.6.2001, sag C-173/99, BECTU Sml. I, s. 4881, præmis 53, og Parviainen-dommen, præmis 55).

68 Når medlemsstaterne og eventuelt arbejdsmarkedets parter udøver dette skøn ved fastlæggelsen af det vederlag, som en gravid arbejdstager, der midlertidigt er fritaget for at arbejde som følge af hendes graviditet, har ret til, må udøvelsen heraf for det første ikke stride mod formålet med direktiv 92/85 om beskyttelse af gravide arbejdstageres sikkerhed og sundhed, og må for det andet ikke se bort fra det forhold, at denne fritagelse udgør en beskyttelsesforanstaltning, som er sidste udvej, og som udelukkende gælder, når en midlertidig omplacering til en anden stilling er teknisk og/eller objektivt umulig eller ikke med rimelighed kan forlanges.

69 Som det fremgår af 16. betragtning til direktiv 92/85, vil foranstaltningerne til tilrettelæggelse af arbejdet med henblik på beskyttelse af sundheden for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, være virkningsløse, hvis de ikke knyttes sammen med bevarelse af rettighederne i henhold til arbejdsaftalen, herunder bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse.

70 Hvad angår gravide arbejdstagere, der som sidste udvej er blevet fritaget for at arbejde i medfør af dette direktiv artikel 5, stk. 3, kan medlemsstaterne eller eventuelt arbejdsmarkedets parter sikre bevarelsen af en indkomst i form af en passende ydelse, et vederlag eller en kombination af begge dele, men de muligheder, de har i denne henseende, og niveauet for fastlæggelsen af indkomsten må ikke stride mod det nævnte princip om den effektive virkning.

71 Det er klart, at den effektive virkning af direktiv 92/85 og opnåelsen af direktivets formål ikke ville være sikret, hvis det var muligt for en arbejdsgiver som følge af fastlæggelsen af et lavt indtægtsniveau i medfør af direktivets artikel 11, nr. 1), at anvende direktivets artikel 5, stk. 3, med henblik på at nedsætte det økonomiske tab, som arbejdsgiveren ville lide som følge af den gravide arbejdstagers fravær under graviditeten.

72 Når medlemsstaterne og eventuelt arbejdsmarkedets parter i overensstemmelse med artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 vælger at sikre en gravid arbejdstager, der er fritaget for arbejde eller er omfattet af et beskæftigelsesforbud i medfør af dette direktivs artikel 5, stk. 3, en indkomst i form af et vederlag, en passende ydelse eller en kombination begge dele, skal denne indkomst under alle omstændigheder bestå af arbejdstagerens månedlige grundløn og de vederlagselementer eller tillæg, der er tilknyttet vedkommendes erhvervsmæssige status – en status, som på ingen måde berøres af denne arbejdsfritagelse – såsom anciennitetstillæg og de tillæg, der knytter sig til hendes ledelsesfunktion, hendes anciennitet og hendes faglige kvalifikationer (jf. i denne retning Parviainen-dommen, præmis 60).

73 Enhver anden fortolkning af artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 vedrørende retten til indkomst for gravide arbejdstagere, der er omfattet af direktivets artikel 5, vil stride mod direktivets effektive virkning og tømme det for en vigtig del af dets indhold.

74 Det fremgår af de oplysninger, som Domstolen råder over, at det vederlag, som en gravid arbejdstager, der er blevet pålagt beskæftigelsesforbud under graviditeten i medfør af MSchG's § 3, stk. 3, har ret til, beregnes i overensstemmelse med samme lovs § 14, stk. 1 og 2. Den gravide arbejdstager har ifølge disse bestemmelser krav på en løn, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun oppebar i de sidste 13 uger før beskæftigelsesforbuddet. Tillæggene for journaltjeneste, som arbejdstageren havde ret til i denne referenceperiode, bliver imidlertid ikke medtaget i beregningen af dette gennemsnitlige vederlag.

75 Af de i nærværende doms præmis 60-67 anførte grunde kan den manglende medregning af tillægget for journaltjeneste i vederlaget, som den gravide arbejdstager, der midlertidigt er fritaget for at arbejde, har krav på under graviditeten, ikke anses for at være i strid med artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85.

76 Henset til ovenstående bemærkninger, skal den forelæggende rets spørgsmål besvares med, at artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en gravid arbejdstager, der midlertidigt er fritaget for at arbejde som følge af graviditeten, har ret til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun har oppebåret i en referenceperiode forud for begyndelsen af graviditeten, uden at tillægget for journaltjeneste medregnes heri.

Om ret til udbetaling af et tillæg for journaltjeneste for en arbejdstager på barselsorlov

77 Endvidere spørger den forelæggende ret, om artikel 11, nr. 2) og 3), skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en arbejdstager på barselsorlov har ret til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun har oppebåret i en referenceperiode forud for påbegyndelsen af nævnte orlov, uden at tillægget for journaltjeneste medregnes heri.

78 Som det fremgår af nærværende doms præmis 61 og 64, er tillægget for journaltjeneste, idet det bygger på arbejdsforholdet og tildeles arbejdstageren under hensyntagen til det omfang, hvori denne tjeneste er præsteret som overarbejde, samt henset til det omfang, hvori den pågældende arbejdstager gennemsnitligt er blevet pålagt en sådan tjeneste, omfattet af begrebet løn i den i artikel 141 EF forudsatte betydning.

79 Det følger imidlertid ikke heraf, at en arbejdstager, der er fraværende fra arbejdet på grund af barselsorlov, i medfør at artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85 har ret til alle de tillæg og godtgørelser, som hun månedligt oppebærer, når hun er på arbejde og udfører de af arbejdsgiveren tildelte opgaver.

80 Ifølge Domstolens praksis befinder arbejdstagere, som har barselsorlov i henhold til den nationale lovgivning, sig således i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, som en mand, eller en kvinde, som faktisk arbejder eller som er på sygeorlov, befinder sig i (jf. i denne retning dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 17, og af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 40, samt Alabaster-dommen, præmis 46).

81 Den barselsorlov, som en kvindelig arbejdstager har ret til, har til formål for det første at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten såvel som efter fødslen, og for det andet at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen (jf. dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25, og af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 25, samt dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 41).

82 Under disse omstændigheder kan kvindelige arbejdstagere derfor ikke med henvisning til bestemmelserne i traktatens artikel 141 EF eller i artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85 med rette gøre gældende, at de skal bevare fuld løn under barselsorloven, som om de faktisk – ligesom andre arbejdstagere – bestred deres arbejde (jf. i denne retning dommen i sagen Gillispie m.fl., præmis 20, og Alabaster-dommen, præmis 46).

83 Som det fremgår af direktiv 92/85 og af Domstolens retspraksis på området, ønskede EU-lovgiver at sikre, at arbejdstageren under barselsorloven får en indtægt, der mindst svarer til den ydelse, der er fastsat i den nationale lovgivning om social sikring for tilfælde af sygeorlov (dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 32).

84 Det skal sikres, at arbejdstagerne under barselsorlov oppebærer en indtægt af en sådan størrelse, uanset om indtægten i overensstemmelse med artikel 11, nr. 2), litra b), i direktiv 92/85 har form af en ydelse, løn eller en kombination af begge dele (dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 33, og Lewen-dommen, præmis 22).

85 I overensstemmelse med direktivets artikel 11, nr. 2) og 3), skal en arbejdsgiver i forbindelse med en barselsorlov sikre bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse, hvorved den for arbejdstagerne under en sådan orlov garanterede

indtægt i form af en ydelse, en løn eller vederlag eller eventuelt en kombination af dem begge, skal være passende i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte nr. 3) (jf. dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 34).

86 Når en arbejdstager er fraværende fra arbejdet, fordi hun er på barselsorlov, indebærer den minimumsbeskyttelse, der kræves efter artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85, derfor ikke, at vedkommende bevarer retten til fuld løn eller til ubetaling af tillæg for journaltjeneste.

87 I hovedsagen er den forelæggende ret imidlertid i tvivl om, hvilke konsekvenser det vil have for den ret til vederlag, som en arbejdstager på barselsorlov har, at medlemsstaten fastsætter denne arbejdstagers ret til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun har oppebåret i en referenceperiode forud for påbegyndelsen af hendes barselsorlov, men uden at tillægget for journaltjeneste medregnes heri.

88 Det skal i denne henseende bemærkes, at artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85 kun fastsætter en minimumsbeskyttelse med hensyn til retten til vederlag for gravide arbejdstagere, der er fritaget fra arbejde under deres barselsorlov i medfør af dette direktivs artikel 8. Ingen af direktivets bestemmelser er til hinder for, at medlemsstaterne eller eventuelt arbejdsmarkedets parter kan fastsætte regler om opretholdelse af alle dele af vederlaget og alle tillæg, herunder tillægget for journaltjeneste, som den gravide arbejdstager havde ret til før graviditeten og barselsorloven.

89 Direktiv 92/85, som blev vedtaget i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 118 A (EF-traktatens artikel 117-120 er nu erstattet af artikel 136 EF – 143 EF), er nemlig ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater, som det fremgår af artikel 137,

stk. 4, EF, opretholder eller indfører strengere beskyttelsesforanstaltninger, når de er forenelige med bestemmelserne i denne traktat (jf. i denne retning Jiménez Melgar-dommen, præmis 37).

90 Når det ved nationale bestemmelser fastsatte lønsystem, således som det omtvistede system i hovedsagen, udgør en beskyttelsesforanstaltning, der er mere fordelagtig for arbejdstagere på barselsorlov end hvad der kræves i henhold til direktiv 92/85, kan udelukkelsen af visse vederlagselementer fra beregningen af den indtægt, der skal ydes under denne orlov, ikke anses for at være i strid med dette direktivs artikel 11, nr. 2) og 3).

91 Den forelæggende rets spørgsmål skal herefter besvares med, at artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en arbejdstager på barselsorlov har ret til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun har oppebåret i en referenceperiode forud for påbegyndelsen af nævnte orlov, uden at tillægget for journaltjeneste medregnes heri.

Det andet spørgsmål vedrørende konsekvenserne af den manglende direkte virkning

92 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85, såfremt bestemmelserne heri ikke har direkte virkning, skal gennemføres i medlemsstaterne således, at en kvindelig arbejdstager, der under en periode med beskæftigelsesforbud for vordende mødre og/eller under barselsorloven, ikke længere udfører journaltjeneste, har krav på fortsat udbetaling af et tillæg for sådanne tjenester.

93 Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål, litra a), er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

Sagens omkostninger

94 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

1) Artikel 11, nr. 1)-3), i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF), har direkte virkning og giver borgerne rettigheder, som de kan gøre gældende over for en medlemsstat, der ikke har gennemført direktivet i national ret eller ikke har gennemført det korrekt, og som de nationale domstole skal beskytte.

2) Artikel 11, nr. 1), i direktiv 92/85 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en gravid arbejdstager, der midlertidigt er fritaget for at arbejde som følge af graviditeten, har ret til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun har oppebåret i

en referenceperiode forud for begyndelsen af graviditeten, uden at tillægget for journaltjeneste medregnes heri.

3) Artikel 11, nr. 2) og 3), i direktiv 92/85 skal fortolkes således, at den ikke til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en arbejdstager på barselsorlov har ret til et vederlag, der er lig med den gennemsnitsindtægt, som hun har oppebåret i en referenceperiode forud for påbegyndelsen af nævnte orlov, uden at tillægget for journaltjeneste medregnes heri.

Underskrifter