ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

1 juli 2010 *

In zaak C-194/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Verwaltungsgerichtshof (Oostenrijk) bij beslissing van 28 maart 2008, ingekomen bij het Hof op 9 mei 2008, in de procedure

Susanne Gassmayr

tegen

Bundesminister für Wissenschaft und Forschung,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues, president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, P. Lindh, A. Rosas, A. Ó Caoimh (rapporteur) en A. Arabadjiev, rechters,

* Procestaal: Duits.

advocaat-generaal: M. Poiares Maduro,
griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 20 mei 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Winkler als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door V. Kreuschitz en M. van Beek als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 september 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB L 348, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Susanne Gassmayr en de Bundesminister für Wissenschaft und Forschung (bondsminister van Wetenschap en Onderzoek; hierna: „Bundesminister") over diens weigering om haar de beschikbaarheidsdiensttoelage te blijven betalen tijdens de periodes waarin zij, wegens haar zwangerschap en vervolgens haar bevallingsverlof, van de uitoefening van haar beroepsactiviteit was vrijgesteld of het haar verboden was die activiteit uit te oefenen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 De negende, zestiende en achttiende overweging van de considerans van richtlijn 92/85 luiden als volgt:

„Overwegende dat de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie geen afbreuk mag doen aan de plaats van de vrouw op de arbeidsmarkt en evenmin afbreuk mag doen aan de richtlijnen van de Raad op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen;

[...]

Overwegende dat de maatregelen inzake de arbeidsorganisatie ter bescherming van de gezondheid van de werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie geen nuttige werking zouden hebben indien zij niet gepaard gaan met de handhaving van de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering;

[...]

Overwegende dat het begrip adequate uitkering bij zwangerschapsverlof moet worden beschouwd als een technisch referentiepunt dat dient om het niveau van de minimale bescherming te bepalen en in geen geval in die zin mag worden uitgelegd dat zwangerschap gelijk wordt gesteld met ziekte, [...]"

4 Artikel 2 van die richtlijn bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) *zwangere werkneemster* of *werkneemster tijdens de zwangerschap*: elke zwangere werkneemster die de werkgever in kennis stelt van haar toestand, overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken;

b) *werkneemster na de bevalling*: elke werkneemster die is bevallen in de zin van de nationale wetten en/of praktijken, en die de werkgever in kennis stelt van haar toestand, overeenkomstig deze wetten en/of praktijken;

c) *werkneemster tijdens de lactatie*: elke werkneemster tijdens de lactatie in de zin van de nationale wetten en/of praktijken die de werkgever in kennis stelt van haar toestand, overeenkomstig deze wetten en/of praktijken."

5 Artikel 4 van die richtlijn, met als opschrift „Evaluatie en informatie", bepaalt in lid 1 ervan:

„Voor alle werkzaamheden waarbij zich een specifiek risico kan voordoen van blootstelling aan de agentia, procedés of arbeidsomstandigheden waarvan een niet-limitatieve lijst in bijlage I is opgenomen, moeten de aard, de mate en de duur van de blootstelling in de betrokken onderneming en/of inrichting van de werkneemsters in de zin van artikel 2 rechtstreeks door de werkgever of door bemiddeling van de in artikel 7 van richtlijn 89/391/EEG [van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PB L 183, blz. 1)] bedoelde beschermings- en preventiediensten worden geëvalueerd, teneinde:

— ieder risico voor de veiligheid of de gezondheid, alsmede iedere terugslag op de zwangerschap of de lactatie van de werkneemster in de zin van artikel 2 te kunnen beoordelen;

— te kunnen vaststellen welke maatregelen moeten worden genomen."

6 Artikel 5 van richtlijn 92/85 heeft als opschrift „Consequenties van de resultaten van de evaluatie" en bepaalt in de leden 1 tot en met 3 ervan:

„1. Onverminderd artikel 6 van richtlijn 89/391/EEG neemt de werkgever, indien uit de resultaten van de in artikel 4, lid 1, bedoelde evaluatie een risico voor de veiligheid

of de gezondheid, alsmede een terugslag op de zwangerschap of de lactatie van een werkneemster in de zin van artikel 2 blijkt, de nodige maatregelen opdat door tijdelijke aanpassing van de arbeidsomstandigheden en/of werktijden van de betrokken werkneemster de blootstelling van deze werkneemster aan dit risico wordt vermeden.

2. Indien aanpassing van de arbeidsomstandigheden en/of werktijden technisch en/of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, neemt de werkgever de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de betrokken werkneemster een andere arbeidsplaats krijgt.

3. Indien overplaatsing technisch en/of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, wordt de betrokken werkneemster gedurende de gehele voor de bescherming van haar veiligheid of gezondheid noodzakelijke periode, overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken, vrijgesteld van arbeid."

7 Artikel 8 van die richtlijn, met als opschrift „Zwangerschapsverlof", bepaalt in lid 1:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de werkneemsters in de zin van artikel 2 recht hebben op een overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken vóór en/of na de bevalling te nemen zwangerschapsverlof van ten minste veertien aaneengesloten weken."

8 Artikel 11 van die richtlijn, met als opschrift „Rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst", luidt als volgt:

„Teneinde de werkneemsters in de zin van artikel 2 te waarborgen dat zij de in dit artikel erkende rechten inzake de bescherming van hun veiligheid en gezondheid kunnen doen gelden, wordt het volgende bepaald:

1) in de in de artikelen 5, 6 en 7 bedoelde gevallen moeten de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering, van de werkneemsters in de zin van artikel 2 overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken worden gewaarborgd;

2) in het in artikel 8 bedoelde geval moeten worden gewaarborgd:

   a) de andere dan de hieronder sub b bedoelde rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst van de werkneemsters in de zin van artikel 2;

   b) het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering van de werkneemsters in de zin van artikel 2;

3) de in punt 2, sub b, bedoelde uitkering wordt als adequaat beschouwd, wanneer zij een inkomen waarborgt dat gelijk is aan het inkomen dat de betrokken werkneemster zou ontvangen in geval van een onderbreking van haar werkzaamheden om gezondheidsredenen, binnen de grenzen van een eventueel, door de nationale wetten bepaald maximum;

4) de lidstaten hebben de mogelijkheid om aan het in de punten 1 en 2, sub b, bedoelde recht op bezoldiging of uitkering de voorwaarde te verbinden dat de betrokken werkneemster voldoet aan de door de nationale wetgevingen gestelde voorwaarden voor de opening van het recht op deze inkomsten.

In deze voorwaarden mag in geen geval worden bepaald dat meer dan twaalf maanden, onmiddellijk voorafgaand aan de vermoedelijke datum van de bevalling, moet zijn gewerkt."

Nationale regeling

Wet inzake moederschapsbescherming

9 Krachtens § 3, lid 1, van het Mutterschutzgesetz 1979 (Oostenrijkse wet van 1979 inzake moederschapsbescherming; hierna: „MSchG") mogen zwangere vrouwen tijdens de laatste acht weken vóór de verwachte bevallingsdatum geen arbeid verrichten (hierna: „achtwekentermijn").

10 Volgens § 3, lid 3, MSchG, mag een zwangere vrouw buiten de achtwekentermijn tevens geen arbeid verrichten, wanneer blijkens een door haar overgelegd attest van een arts van de arbeidsinspectie of van een arts bij de openbare gezondheidsdienst het leven of de gezondheid van moeder of kind bij voortduring van de arbeid gevaar loopt.

11 § 5 MSchG, met als opschrift „Arbeidsverboden na de bevalling", bepaalt in lid 1:

„Werkneemsters mogen tot acht weken na hun bevalling geen arbeid verrichten. [...] Indien de achtwekentermijn vóór de bevalling is ingekort, dan wordt de beschermingstermijn na de bevalling verlengd naar evenredigheid van deze inkorting, echter tot hooguit 16 weken. [...]"

12 § 14 MSchG, met als opschrift „Doorbetaling van de bezoldiging", luidt in de door BGBl. 833/1992 en 434/1995 gewijzigde versie:

„1. Indien de toepassing van § 2b, § 4, § 4a, § 5, leden 3 en 4, of § 6, voor zover § 10a, lid 3, niet anders bepaalt, noodzaakt tot een wijziging van de werkzaamheden in het bedrijf, heeft de werkneemster recht op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon gedurende de laatste 13 weken van de arbeidsverhouding vóór deze wijziging. Heeft de werkneemster binnen deze periode gedurende bepaalde tijdvakken wegens ziekte of deeltijdwerk niet de volledige bezoldiging ontvangen, dan wordt deze periode van dertien weken met de duur van deze tijdvakken verlengd; deze tijdvakken blijven bij de berekening van het gemiddelde loon buiten beschouwing. [...]

2. Werkneemsters die op grond van § 3, lid 3, geen arbeid mogen verrichten, en werkneemsters voor wie op grond van § 2b, § 4, § 4a, § 5, leden 3 en 4, of § 6 geen arbeidsmogelijkheid binnen het bedrijf bestaat, hebben recht op een bezoldiging voor de berekening waarvan lid 1 dienovereenkomstig moet worden toegepast."

De salariswet

13 Krachtens § 3, leden 1 en 2, van het Gehaltsgesetz 1956 (Oostenrijkse salariswet; hierna: „GehG"), dat van toepassing is op federale ambtenaren zoals verzoekster in het hoofdgeding, heeft de ambtenaar recht op een maandelijkse bezoldiging die bestaat uit een salaris en eventuele toelagen.

14 In § 13c GehG, met als opschrift „Rechten in geval van arbeidsongeschiktheid", is bepaald:

„(1) De ambtenaar die zijn werkzaamheden niet kan verrichten als gevolg van een ongeval (behoudens in het geval van een arbeidsongeval) of van ziekte ontvangt na een periode van arbeidsongeschiktheid van 182 dagen 80 % van het bedrag van de maandelijkse bezoldiging waarop hij recht zou hebben gehad indien hij niet arbeidsongeschikt zou zijn. De kinderbijslag wordt niet gekort.

[...]

(3) De vermindering uit hoofde van lid 1 wordt gereduceerd met 80 % van het bedrag dat overeenstemt met de in lid 4 bedoelde berekeningsbasis, zonder dat de reductie hoger kan zijn dan het totaalbedrag van de in lid 1 bedoelde vermindering.

(4) Onder berekeningsbasis in de zin van lid 3 wordt verstaan: het bedrag van de toelagen (met uitzondering van uitzonderlijke betalingen), premies, vergoedingen en extra beloningen (met uitzondering van deze bedoeld in §§ 19, 20b of 20c) die de ambtenaar zou hebben ontvangen indien hij niet verhinderd was, zijn werkzaamheden te verrichten, en waarop hij, gelet op zijn afwezigheid van de dienst, niet langer gerechtigd is. In het geval van niet-forfaitaire extra beloningen in de zin van de eerste

volzin, moet bij de berekening worden uitgegaan van een twaalfde van het bedrag van de extra beloningen die de ambtenaar heeft ontvangen in de twaalf maanden voorafgaand aan het begin van de eerste ziekteperiode van de overeenkomstig lid 2 samen te tellen ziekteperioden.

(5) De vermindering van de maandelijkse bezoldiging gaat in op de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid, maar niet vroeger dan de dag na het verstrijken van de in lid 1 vermelde termijn van 182 dagen, en eindigt op de dag die onmiddellijk voorafgaat aan de dag waarop de ambtenaar zijn werkzaamheden hervat.

[...]

(8) Tijdens een arbeidsverbod op grond van het [MSchG] (zowel vóór als na de bevalling) vinden de leden 1 tot en met 6 geen toepassing. Een dergelijk arbeidsverbod schort alle in de leden 1 tot en met 6 vermelde termijnen op."

15 § 15 GehG, met als opschrift „Extra beloningen", bepaalt in de leden 1, 2 en 5:

„(1) Onder extra beloningen worden verstaan:

1. de premie voor overuren (§ 16),

[...]

4. de beschikbaarheidsdiensttoelage (§ 17a),

[...]

Aanspraak op extra beloning kan slechts bestaan voor tijdvakken waarin er tevens recht op salaris bestaat.

(2) De in lid 1, punten 1, 4 tot en met 6 en 8 tot en met 11 vermelde extra beloningen alsook de in lid 1, punt 3, bedoelde premies voor werk op zondag of op feestdagen kunnen de vorm aannemen van een forfaitair bedrag wanneer de arbeidsprestaties die aanspraak verlenen op een dergelijke extra beloning voortdurend of zo regelmatig worden verricht dat een maandelijks gemiddelde kan worden berekend (specifiek forfait). De vaststelling van een forfaitair bedrag moet in de in lid 1, punten 1, 3 tot en met 6 en 10 bedoelde gevallen door de Bondskanselier worden goedgekeurd. Voor diensten die in wezen gelijkaardig zijn kan een uniform forfait worden vastgesteld (gemeenschappelijk forfait). Bij forfaitaire extra beloningen wegens overuren moet worden bepaald welk deel van de beloning de premie voor overuren vormt.

[...]

(5) Aan het recht op forfaitaire extra beloningen wordt niet afgedaan door een verlof tijdens hetwelk de ambtenaar zijn recht op een maandelijkse bezoldiging behoudt, of door een arbeidsongeval dat hem verhindert zijn werkzaamheden te verrichten. Indien de ambtenaar op andere gronden meer dan één maand van de dienst afwezig is, wordt de forfaitaire extra beloning opgeschort met ingang van de dag volgend op

het verstrijken van die termijn tot en met de laatste dag van zijn afwezigheid van de dienst."

16 In § 17a GehG, met als opschrift „Beschikbaarheidsdiensttoelage", staat:

„1. De ambtenaar die buiten de in het dienstrooster voorgeschreven diensturen beschikbaarheidsdienst heeft, ontvangt voor de tijd waarin hij zich gedurende de beschikbaarheidsdienst beschikbaar heeft gehouden en diensten heeft verricht, in plaats van de vergoedingen in de zin van de §§ 16 en 17 een beschikbaarheidsdiensttoelage.

2. Bij de vaststelling van de hoogte van de beschikbaarheidsdiensttoelage wordt rekening gehouden met de duur van de beschikbaarheidsdienst en de gemiddelde hoeveelheid werk gedurende deze dienst [...]; de berekening ervan dient door de Bondskanselier te worden goedgekeurd."

17 Uit het dossier blijkt dat de Republiek Oostenrijk ter uitvoering van § 17 bis GehG de Pauschalierungsverordnung für Journaldienstzulage für Ärzte an Universitätskliniken (besluit betreffende de forfaitaire berekening van de beschikbaarheidsdiensttoelage voor artsen in de universitaire ziekenhuizen; BGBl. II, 202/2000) heeft vastgesteld, die als beloning voor ieder uur beschikbaarheidsdienst voorziet in een bepaald percentage van een standaardsalaris.

Wat betreffende het ambtenarenstatuut

18 Krachtens § 50, lid 1, van het Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (Oostenrijkse wet van 1979 betreffende het ambtenarenstatuut) kan om redenen verband houdend met de dienst van een ambtenaar worden verlangd dat hij buiten de in het dienstrooster voorgeschreven diensturen beschikbaar is op de werkplek of op een andere welbepaalde plaats, en dat hij waar nodig of op verzoek zijn dienstwerkzaamheden hervat (diensturen, beschikbaarheidsdienst).

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

19 Verzoekster in het hoofdgeding is sinds 1 januari 1995 als arts-assistente werkzaam in de Universiteitskliniek voor Anesthesie van de Universiteit Graz (hierna: „werkgever"). Zij ontving een beschikbaarheidsdiensttoelage voor de uren die zij verrichte boven de in het dienstrooster vastgestelde normale uren.

20 Met ingang van 4 december 2002 was verzoekster in het hoofdgeding afwezig, aanvankelijk op basis van § 3, lid 3, MSchG (arbeidsverbod bij overlegging van een attest van een arts volgens hetwelk het leven of de gezondheid van moeder of kind in gevaar kan worden gebracht door voortzetting van de beroepsactiviteit), vervolgens op basis van § 3, lid 1, MSchG (arbeidsverbod gedurende de achtwekentermijn), en ten slotte op grond van § 5, lid 1, van die wet (arbeidsverbod gedurende acht weken na de bevalling).

21 Bij brief van 9 februari 2004 aan haar werkgever stelde verzoekster in het hoofdgeding zich op het standpunt, dat zij voor de duur van het aan haar zwangerschap respectievelijk bevalling gerelateerde verbod om beschikbaarheidsdiensten te verrichten, niettemin recht had op betaling van een vergoeding die overeenkwam met het gemiddelde van de verrichte beschikbaarheidsdiensten. Zij verzocht derhalve om uitbetaling van die vergoedingen.

22 Bij beschikking van 31 augustus 2004 wees haar werkgever dat verzoek af, op grond dat de vergoedingen die in de maanden voorafgaand aan het arbeidsverbod waren betaald op grond van diverse beschikbaarheidsdiensten, niet onder de clausule inzake het behoud van bezoldiging van § 14 MSchG vielen en evenmin een forfaitaire extra beloning vormden als bedoeld in § 15 GehG. De werkgever heeft met name aangevoerd dat de bezoldiging, te weten maandsalaris en toelagen, overeenkomstig § 3, lid 2, GehG, gedurende het arbeidsverbod onverkort aan verzoekster in het hoofdgeding was betaald. Zij mocht daarentegen op grond van het arbeidsverbod geen beschikbaarheidsdiensten meer verrichten, en kon daarom voor deze periode geen aanspraak maken op vergoeding van beschikbaarheidsdiensten. Volgens de werkgever moet het bedrag van de beschikbaarheidsdiensttoelage concreet overeenkomen met de omvang van de daadwerkelijk verrichte diensten, en vormen deze toelagen geen forfaitaire extra beloningen. In geen geval kon een dergelijke toelage aanleiding geven tot een maandelijkse berekening op basis van een gemiddelde.

23 Verzoekster in het hoofdgeding heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen het besluit van de Bundesminister van 9 mei 2005 tot weigering van doorbetaling van de betrokken toelage, en beriep zich daarbij op het recht van de Unie betreffende de gelijke beloning van mannen en vrouwen.

24 Voor de verwijzende rechter betoogt de Bundesminister dat de onverkorte doorbetaling aan verzoekster in het hoofdgeding van het met haar rang van universiteitsassistente overeenkomende salaris en van de in § 3, lid 2, GehG, bedoelde toelagen voor de duur van het voor haar geldende arbeidsverbod, volledig in overeenstemming is met artikel 141 EG en artikel 1 van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45, blz. 19). Weliswaar heeft het arrest van 30 maart 2004, Alabaster (C-147/02, Jurispr. blz. I-3101), het non-discriminatiebeginsel verduidelijkt in de context van algemene loonsverhogingen, maar de aanspraak die verzoekster doet gelden, heeft geen betrekking op haar reguliere maandloon, dit is haar referentieloon, of op een algemene verhoging hiervan.

25 Evenzo wijst verweerder in het hoofdgeding erop, dat in tegenstelling tot de eindejaarspremie die aan de orde was in de zaak naar aanleiding waarvan het arrest van 21 oktober 1999, Lewen (C-333/97, Jurispr. blz. I-7243), is gewezen, de onderhavige zaak een beschikbaarheidsdiensttoelage betreft die telkens concreet aan de hand van de daadwerkelijk verrichte diensten wordt betaald. Een dergelijke extra vergoeding naast het salaris beoogt uitsluitend de hogere werklast te vergoeden die voor de werknemer voortvloeit uit de concrete oproep tot het verrichten van dergelijke diensten buiten de in het dienstrooster vastgestelde normale diensturen. Wordt een werknemer niet opgeroepen tot het verrichten van beschikbaarheidsdiensten, dan kan hij geen aanspraak maken op vergoeding uit dien hoofde, en dit los van de arbeidsprestaties die hij in het kader van zijn normale dienst levert.

26 Niet in geschil is dat verzoekster in het hoofdgeding beschikbaarheidsdiensten heeft verricht binnen het referentietijdvak als bedoeld in § 14, lid 1, MSchG, vóór de aanvang van het haar uit hoofde van § 3, lid 3, MSchG, opgelegde arbeidsverbod, en evenmin dat zij voor die prestaties een overeenkomstig § 17a GehG berekende vergoeding heeft ontvangen.

27 Van oordeel dat de in de voor hem dienende zaak opgeworpen vragen met betrekking tot met name artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 niet duidelijk konden worden beantwoord, heeft het Verwaltungsgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) a) Heeft artikel 11, punten 1, 2 en 3, van richtlijn [92/85] rechtstreekse werking?

b) Moeten de genoemde bepalingen — indien zij rechtstreekse werking hebben — aldus worden uitgelegd dat er gedurende de periode van een arbeidsverbod voor aanstaande moeders en/of gedurende het zwangerschapsverlof een recht bestaat op doorbetaling van een beschikbaarheidsdiensttoelage?

c) Geldt dit hoe dan ook wanneer de lidstaat kiest voor een stelsel van doorbetaling van ‚een bezoldiging' die in beginsel het totale inkomen omvat, met uitzondering echter van de zogeheten [in § 15 van het GehG genoemde] ‚extra beloning' die verschuldigd is naargelang gebruik wordt gemaakt van de diensten (dus afhangt van de afgenomen diensten) zoals de in casu aan de orde zijnde beschikbaarheidsdiensttoelage?

2) Moeten de genoemde bepalingen in het andere geval — indien zij geen rechtstreekse werking hebben — door de lidstaten aldus in nationaal recht worden omgezet dat een werkneemster die gedurende de periode van een arbeidsverbod voor aanstaande moeders en/of gedurende het zwangerschapsverlof niet langer beschikbaarheidsdiensten mag verrichten, recht heeft op doorbetaling van een toelage voor zulke diensten?"

Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing betreffende artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85

28 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen de ontvankelijkheid betwist van de prejudiciële vragen voor zover zij artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 betreffen, en daartoe vraagtekens plaatst bij de relevantie van die vragen voor de beslechting van het hoofdgeding. Zij is van mening dat die bepaling in casu niet relevant is, aangezien de vraag die in het hoofdgeding rijst niet de rechten betreft die in de artikelen 5, 6 en 7 van de richtlijn zijn geregeld, maar slechts het bedrag van de aan verzoekster verschuldigde bezoldiging voor de periode waarin zij wegens haar zwangerschap en vervolgens bevalling niet aanwezig was op het werk.

29 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt (zie met name arresten van 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59, en 26 juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., C-305/05, Jurispr. blz. I-5305, punt 18).

30 Niettemin heeft het Hof geoordeeld dat het geen uitspraak op een prejudiciële vraag van een nationale rechter kan doen wanneer duidelijk blijkt dat de door die rechter gestelde vraag over de uitlegging of de geldigheid van een unierechtelijk voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de hem gestelde vragen (zie arrest Bosman, reeds aangehaald, punt 61, en arrest van 13 juli 2000, Idéal tourisme, C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punt 20).

31 Bovendien is het onontbeerlijk dat de nationale rechter minstens beknopt uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde unierechtelijke voorschriften verzoekt en dat hij aangeeft welk verband hij ziet tussen deze bepalingen en de in het hoofdgeding toepasselijke wettelijke regeling (zie met name arrest van 6 maart 2007, Placanica e.a., C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891, punt 34).

32 In het hoofdgeding stelt de verwijzingsbeslissing vast dat verzoekster tijdens haar zwangerschap ophield met werken op basis van § 3, lid 3, MSchG, volgens welke bepaling een zwangere vrouw tijdens haar zwangerschap geen arbeid mag verrichten wanneer uit een door haar overgelegd attest van een arts van de arbeidsinspectie of van een arts bij de openbare gezondheidsdienst blijkt dat het leven of de gezondheid van moeder of kind in gevaar worden gebracht indien zij blijft werken.

33 Met zijn vragen, die artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 betreffen, wenst de verwijzende rechter het inkomen vast te stellen waarop die werkneemster aanspraak kan maken voor de periode waarin zij tijdens haar zwangerschap overeenkomstig artikel 5, lid 3, van deze richtlijn van de arbeid afwezig was, alsook voor de duur van het in artikel 8 van die richtlijn bedoelde zwangerschapsverlof.

34 Er zij aan herinnerd dat de artikelen 4, lid 1, en 5 van richtlijn 92/85 tot doel hebben, werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie een bijzondere bescherming te bieden met betrekking tot alle werkzaamheden die een specifiek risico voor hun veiligheid of gezondheid of negatieve gevolgen voor de zwangerschap of de lactatie kunnen meebrengen (arrest van 27 februari 2003, Busch, C-320/01, Jurispr. blz. I-2041, punt 42). De Uniewetgever heeft met de vaststelling van die richtlijn een systeem van evaluatie en van mededeling van risico's, alsmede het verbod voor een dergelijke werkneemster om bepaalde werkzaamheden uit te oefenen, ingesteld (zie in die zin arrest van 1 februari 2005, Commissie/Oostenrijk, C-203/03, Jurispr. blz. I-935, punt 44).

35 Wanneer uit de resultaten van de overeenkomstig artikel 4 van richtlijn 92/85 uitgevoerde risicobeoordeling een risico voor de veiligheid of de gezondheid, alsmede een terugslag op de zwangerschap of de lactatie van de werkneemster blijkt, dient de werkgever volgens artikel 5, leden 1 en 2, van deze richtlijn de arbeidsomstandigheden en/of werktijden tijdelijk aan te passen, dan wel, indien dit technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, te voorzien in een andere arbeidsplaats.

36 Slechts indien ook een overplaatsing onmogelijk blijkt, wordt de betrokken werkneemster volgens artikel 5, lid 3, van die richtlijn gedurende de gehele voor de bescherming van haar veiligheid of gezondheid noodzakelijke periode, overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken, vrijgesteld van arbeid (arrest van 19 november 1998, Høj Pedersen e.a., C-66/96, Jurispr. blz. I-7327, punt 57, alsook arrest van heden, Parviainen, C-471/08, Jurispr. blz. I-6533, punt 32).

37 In de verwijzingsbeslissing heeft het Verwaltungsgerichtshof verwezen naar de bepalingen van artikelen 4 en 5 van richtlijn 92/85 betreffende de beoordeling van de risico's en de naar aanleiding van een dergelijke beoordeling vast te stellen maatregelen, en heeft het de prejudiciële vragen in verband met artikel 11, punt 1, van deze richtlijn gesteld, waarin wordt verwezen naar voormeld artikel 5.

38 Ter terechtzitting heeft de Oostenrijkse regering in antwoord op vragen van het Hof bevestigd dat zwangere vrouwen overeenkomstig § 3, lid 3, MSchG, niet mogen werken wanneer de voortzetting van hun beroepswerkzaamheden de gezondheid of het leven van moeder of kind in gevaar brengt. Volgens die regering wordt deze bepaling vaak toegepast op zwangere vrouwen die ouder zijn dan 30 of 35 jaar, en maakt zij het mogelijk geruime tijd vóór het begin van het normale zwangerschapsverlof op te houden met werken, teneinde complicaties te voorkomen. Het gaat niet om een verbod dat verband houdt met de beroepsactiviteit, maar veeleer is er sprake van een verbod dat afhangt van de persoonlijke situatie van de zwangere vrouw en van haar gezondheidstoestand.

39 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of verzoekster in het hoofdgeding tijdens haar zwangerschap aan een ziekte leed of te maken had met zwangerschapscomplicaties, dan wel of zij van het verrichten van arbeid was vrijgesteld om haar veiligheid of haar gezondheid te beschermen tegen blootstelling aan een eventueel beroepsrisico dat gevaar opleverde voor haar eigen veiligheid of gezondheid of voor de gezondheid van haar kind.

40 Evenwel moet worden opgemerkt dat in die twee gevallen de grond voor de afwezigheid van de arbeid tijdens de zwangerschap hoe dan ook dezelfde is, namelijk de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de zwangere werkneemster of van haar kind. Artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 is bovendien de enige bepaling van die richtlijn die voorziet in een regeling betreffende het inkomen waarop een zwangere werkneemster tijdens haar zwangerschap recht heeft.

41 Aangezien, enerzijds, niet duidelijk blijkt dat de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, en anderzijds, het Hof over voldoende gegevens beschikt om de in die richtlijn neergelegde regels uit te leggen tegen de achtergrond van de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, kunnen de prejudiciële vragen, anders dan de Commissie betoogt, worden geacht ontvankelijk te zijn voor zover zij die bepaling betreffen.

42 Onder deze omstandigheden moet het verzoek om een prejudiciële beslissing, voor zover het artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 betreft, ontvankelijk worden verklaard.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag, sub a, betreffende de rechtstreekse werking van artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85

43 Met zijn eerste vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 rechtstreekse werking kan hebben en ten gunste van particulieren rechten in het leven kan roepen die zij kunnen inroepen tegenover een lidstaat die deze richtlijn niet of op onjuiste wijze in nationaal recht heeft omgezet, en die de nationale rechter moet handhaven.

44 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen particulieren, in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, zich voor de nationale rechter op die bepalingen beroepen tegenover de staat, wanneer deze hetzij heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan (zie met name arresten van 19 januari 1982, Becker, 8/81, Jurispr. blz. 53, punt 25; 17 september 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e.a., C-246/94–C-249/94, Jurispr. blz. I-4373, punt 17, en 17 juli 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07, Jurispr. blz. I-5999, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Een unierechtelijke bepaling is onvoorwaardelijk, wanneer zij een verplichting oplegt die aan geen enkele voorwaarde is gebonden en die voor haar uitvoering of werking niet afhangt van een handeling van de instellingen van de Unie of van de lidstaten. Een bepaling is voldoende nauwkeurig om door een justitiabele te kunnen worden ingeroepen en door de rechter te kunnen worden toegepast, wanneer de erin vervatte verplichting in ondubbelzinnige bewoordingen is geformuleerd (zie met name arrest

Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e.a., reeds aangehaald, punt 19, en arrest van 26 oktober 2006, Pohl-Boskamp, C-317/05, Jurispr. blz. I-10611, punt 41).

46 Artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 voldoet aan die criteria, aangezien het in ondubbelzinnige bewoordingen de lidstaten een nauwkeurige resultaatsverplichting oplegt, die erin bestaat, na een aanpassing van de arbeidsomstandigheden of na een tijdelijke overplaatsing naar een andere arbeidsplaats, en tijdens de in de artikelen 5 tot en met 7 van die richtlijn bedoelde periodes van afwezigheid van de arbeid tijdens de zwangerschap, alsook tijdens het in artikel 8 van die richtlijn bedoelde zwangerschapsverlof, de rechten te waarborgen verbonden aan de arbeidsovereenkomst van de werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling of tijdens de lactatie, alsook de doorbetaling van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering.

47 Het is juist dat artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 bepaalt dat, ten aanzien van zwangere werkneemsters in de in artikel 5 van deze richtlijn bedoelde gevallen — te weten de werkneemsters voor wie de arbeidsomstandigheden tijdelijk zijn aangepast, die tijdelijk een andere arbeidsplaats hebben gekregen of die, als ultieme mogelijkheid, zijn vrijgesteld van het verrichten van arbeid —, bedoeld inkomen overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken moet worden gewaarborgd.

48 Door de verwijzing naar de nationale wetten en praktijken wordt evenwel niet afgedaan aan de nauwkeurigheid en onvoorwaardelijkheid van artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85. Hoewel die bepaling de lidstaten een zekere beoordelingsmarge laat bij de vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen ervan, zet die omstandigheid het nauwkeurige en onvoorwaardelijke karakter van die bepaling niet op losse schroeven. De modaliteiten van een dergelijke uitvoering kunnen in geen geval betrekking hebben op de inhoud van het in artikel 11, punt 1, neergelegde recht, en bijgevolg kunnen zij het bestaan van dat recht niet aan voorwaarden binden noch de draagwijdte ervan beperken (zie arrest Parviainen, reeds aangehaald, punt 55, en, wat artikel 10 van richtlijn 92/85 betreft, arrest van 4 oktober 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, Jurispr.

blz. I-6915, punten 33 en 34; zie eveneens, naar analogie, arresten van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 105, en 15 april 2008, Impact, C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punt 67).

49 Evenzo bepaalt artikel 11, punt 3, van richtlijn 92/85 met betrekking tot de in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde werkneemsters tijdens het zwangerschapsverlof, dat de uitkering waarnaar in punt 2, sub b, van artikel 11 wordt verwezen als adequaat wordt beschouwd, wanneer zij inkomsten waarborgt die ten minste gelijk zijn aan de inkomsten die de betrokken werkneemster zou ontvangen in het geval van een onderbreking van haar werkzaamheden om gezondheidsredenen.

50 De omstandigheid dat in artikel 11, punt 3, van richtlijn 92/85 is bepaald dat voor die inkomsten kan worden voorzien in een door de nationale wet bepaald maximum, waardoor het bedrag van een dergelijke uitkering per lidstaat kan verschillen, doet evenmin af aan het nauwkeurige en onvoorwaardelijke karakter van die bepaling of van punt 2 van artikel 11. Aangezien de inkomsten die aan een werkneemster met zwangerschapsverlof moeten worden gewaarborgd bij wet zijn vastgesteld, heeft de toepassing van het in artikel 11, punt 3 bedoelde maximum niet tot gevolg, dat de punten 2 en 3 van deze bepaling door een rechter niet kunnen worden toegepast op de gegevens van het geschil waarvan hij kennis moet nemen, en dat deze bepaling dus onvoldoende nauwkeurig is (zie naar analogie, arrest Impact, reeds aangehaald, punt 61).

51 Wat de mogelijkheid betreft waarover de lidstaten overeenkomstig artikel 11, punt 4, van richtlijn 92/85 beschikken om aan het in de punten 1 en 2, sub b, van dit artikel bedoelde recht op bezoldiging of uitkering de voorwaarde te verbinden dat de betrokken werkneemster voldoet aan de door de nationale wetgevingen gestelde voorwaarden voor de opening van het recht op deze inkomsten, moet worden opgemerkt dat bedoelde voorwaarden niet afdoen aan de minimumbescherming van artikel 11, punten 1 tot en met 3, en hoe dan ook door de rechter kunnen worden getoetst.

52 Derhalve moet worden vastgesteld dat de bepalingen van artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 aan alle voorwaarden voldoen om rechtstreekse werking te hebben.

53 In die omstandigheden moet op de eerste vraag, sub a, worden geantwoord dat artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 rechtstreekse werking heeft en ten gunste van particulieren rechten in het leven roept die dezen kunnen inroepen tegenover een lidstaat die deze richtlijn niet of op onjuiste wijze in nationaal recht heeft omgezet, en die de nationale rechter moet handhaven.

Eerste vraag, sub b en c, betreffende het recht op betaling van de beschikbaarheidsdiensttoelage

54 Met zijn eerste vraag, sub b en c, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85 aldus moet worden uitgelegd dat gedurende de periode van afwezigheid van de arbeid of van het arbeidsverbod voor zwangere vrouwen en/of vrouwen met zwangerschapsverlof een recht bestaat op doorbetaling van de beschikbaarheidsdiensttoelage. In dat verband wenst de verwijzende rechter met name te vernemen of het antwoord op die vraag wordt beïnvloed door het feit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling bepaalt dat de zwangere werkneemster die tijdens de zwangerschap van arbeid is vrijgesteld of met zwangerschapsverlof is, recht heeft op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode voorafgaand aan haar afwezigheid van de arbeid tijdens de zwangerschap en aan het begin van haar zwangerschapsverlof, met uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

55 Vooraf moet worden gepreciseerd dat de verwijzende rechter met deze vraag wenst te vernemen, wat de omvang is van het recht op een inkomen van een zwangere werkneemster in twee verschillende periodes, te weten, enerzijds, de periode van afwezigheid van het werk tijdens de zwangerschap, en anderzijds, de met het zwangerschapsverlof overeenstemmende periode van het arbeidsverbod.

56 Gelet op het feit dat die twee periodes worden beheerst door verschillende bepalingen van richtlijn 92/85, moet de vraag van de verwijzende rechter afzonderlijk worden beantwoord naargelang hij betrekking heeft op het recht op bezoldiging van een werkneemster tijdens de zwangerschap dan wel tijdens het zwangerschapsverlof.

Het recht op de beschikbaarheidsdiensttoelage van een zwangere werkneemster die tijdens de zwangerschap wegens risico's voor de veiligheid of de gezondheid van arbeid is vrijgesteld

57 Blijkens artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 moeten, in de gevallen bedoeld in de artikelen 5 tot en met 7 van deze richtlijn, de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering, van de werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken worden gewaarborgd.

58 In tegenstelling tot de in artikel 5, leden 1 en 2, van richtlijn 92/85 bedoelde zwangere werkneemsters, die daadwerkelijk blijven werken en de arbeidsprestaties blijven verrichten waarmee zij door hun werkgever worden belast, wordt een zwangere werkneemster als bedoeld in lid 3 van dat artikel vrijgesteld van arbeid gedurende de gehele periode die noodzakelijk is om de bescherming van haar veiligheid en gezondheid, en impliciet die van haar kind, te verzekeren.

59 Daarbij zij aangetekend dat de beschermingsmaatregelen waarnaar in artikel 5 van richtlijn 92/85 wordt verwezen, niet op verzoek van de zwangere werkneemster worden genomen, maar om reden van haar zwangere toestand. Zij vloeien voort uit een in voormeld artikel 5 en in de relevante bepalingen van het nationale recht voorgeschreven risicobeoordeling en wettelijk verbod, en strekken ertoe elk risico voor de veiligheid of de gezondheid van die werkneemster of haar kind te voorkomen. Ofschoon het resultaat van de risicobeoordeling die de werkgever op grond van artikel 4 van die richtlijn dient te verrichten verschillend uitvalt naargelang van het lid van artikel 5 dat van toepassing blijkt te zijn, blijft bijgevolg de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling van bescherming van de in dat artikel bedoelde zwangere werkneemsters ongewijzigd. Zoals blijkt uit de bewoordingen van dat artikel, dient de werkgever zich bovendien te houden aan de uitdrukkelijke volgorde voor het nemen van de beschermingsmaatregelen waarin dat artikel voorziet, en dient hij de voorwaarden die deze volgorde regelen, in acht te nemen.

60 Uit een onderzoek van de bewoordingen van artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 en van de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling, of tijdens de lactatie, blijkt dat een zwangere werkneemster zoals verzoekster in het hoofdgeding, die tijdelijk van het verrichten van arbeid is vrijgesteld, en van wie de bezoldiging over de periode vóór die vrijstelling bestaat uit een basissalaris, bepaalde premies, en een beschikbaarheidsdiensttoelage voor extra uren die worden verricht boven de in het dienstrooster vastgestelde normale uren, op grond van die bepaling geen recht heeft op betaling van een dergelijke toelage.

61 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat ofschoon de beschikbaarheidsdiensttoelage, aangezien zij op de arbeidsbetrekking berust, een beloning vormt in de zin van artikel 141 EG, het een feit blijft dat artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85, in de meeste ten tijde van de vaststelling ervan bestaande taalversies, verwijst naar het behoud van „een" bezoldiging en niet naar „de" bezoldiging van de betrokken werkneemster.

62 Bovendien bepaalt artikel 11, punt 4, van die richtlijn dat de lidstaten de mogelijkheid hebben om aan het in de punten 1 van dat artikel bedoelde recht op bezoldiging of uitkering de voorwaarde te verbinden dat de betrokken werkneemster voldoet aan de door de nationale wetgevingen gestelde voorwaarden voor de opening van het recht op deze inkomsten.

63 Voorts heeft het Hof reeds vastgesteld dat feitelijke gegevens betreffende de aard van de betrokken arbeid en de arbeidsomstandigheden in voorkomend geval kunnen worden beschouwd als objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht en die eventuele verschillen in beloning tussen verschillende groepen werknemers kunnen rechtvaardigen (zie in die zin, in het kader van artikel 141 EG, arrest van 30 maart 2000, JämO, C-236/98, Jurispr. blz. I-2189, punt 52).

64 Volgens de gegevens waarover het Hof beschikt, wordt in het hoofdgeding de beschikbaarheidsdiensttoelage echter aan de werknemers betaald in verhouding tot de duur van de tijdens de overuren verrichte dienst en tot de gemiddelde hoeveelheid werk van de betrokken werknemer tijdens die dienst. Vaststaat dat een zwangere werkneemster voor de duur van het arbeidsverbod tijdens haar zwangerschap geen prestaties levert die recht geven op betaling van die toelage.

65 Zoals het Hof in de punten 49 en 61 van het reeds aangehaalde arrest Parviainen heeft geoordeeld met betrekking tot een zwangere werkneemster aan wie uit hoofde van artikel 5, lid 2, van richtlijn 92/85 tijdens en wegens haar zwangerschap tijdelijk een andere werkzaamheid was toegewezen, zijn de lidstaten en in voorkomend geval de sociale partners op grond van artikel 11, punt 1, van deze richtlijn niet verplicht om gedurende deze tijdelijke overplaatsing de bestanddelen van de bezoldiging of de toelagen door te betalen die worden toegekend omdat de betrokken werkneemster welbepaalde functies in bijzondere omstandigheden uitoefent, en die in wezen beogen de ongemakken verbonden aan die uitoefening te compenseren. Hetzelfde geldt voor een zwangere werkneemster die op grond van artikel 5, lid 3, van die richtlijn en van de desbetreffende nationale voorschriften van het verrichten van arbeid is vrijgesteld.

66 Ten slotte verwijst artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 uitdrukkelijk naar de nationale wetgevingen en/of praktijken.

67 Zoals blijkt uit punt 48 van het onderhavige arrest laat die bepaling de lidstaten een zekere beoordelingsmarge bij de vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht op een inkomen van de in artikel 5, lid 3, van richtlijn 92/85 bedoelde zwangere werkneemsters. Het staat dus aan de lidstaten om de toepassingsmodaliteiten van dat recht te bepalen, zonder dat zij echter het ontstaan zelf van dit recht, dat rechtstreeks uit die richtlijn en uit de arbeidsverhouding tussen de zwangere werkneemster en haar werkgever voortvloeit, van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen (zie naar analogie, arrest van 26 juni 2001, BECTU, C-173/99, Jurispr. blz. I-4881, punt 53, alsook arrest Parviainen, reeds aangehaald, punt 55).

68 De gebruikmaking door de lidstaten en, in voorkomend geval, door de sociale partners, van die beoordelingsmarge bij de vaststelling van het inkomen waarop een zwangere werkneemster die tijdens en wegens haar zwangerschap tijdelijk van het verrichten van arbeid is vrijgesteld, recht heeft, mag enerzijds niet afdoen aan de door richtlijn 92/85 nagestreefde doelstelling van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van zwangere werkneemsters, en anderzijds niet voorbijgaan aan het feit dat die vrijstelling een ultieme beschermingsmaatregel is die slechts dient te worden genomen wanneer een tijdelijke overplaatsing naar een andere werkplaats technisch en/of objectief onmogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd.

69 Zoals blijkt uit de zestiende overweging van de considerans van richtlijn 92/85, zouden de maatregelen inzake de arbeidsorganisatie ter bescherming van de gezondheid van de werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie immers geen nuttige werking hebben indien zij niet gepaard gaan met de handhaving van de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering.

70 Ten aanzien van zwangere werkneemsters die als ultieme maatregel krachtens artikel 5, lid 3, van die richtlijn van arbeid zijn vrijgesteld, kunnen de lidstaten of in voorkomend geval de sociale partners de ontvangst van een inkomen waarborgen in de vorm van een adequate uitkering, een bezoldiging of een combinatie van beiden, maar de keuzes die zij dienaangaande maken en het niveau waarop het inkomen wordt vastgesteld mogen niet afdoen aan voormelde nuttige werking.

71 Het is duidelijk dat de nuttige werking van richtlijn 92/85 en de door haar nagestreefde doelstellingen niet verzekerd zouden zijn indien het een werkgever vrij zou staan om, wegens de vaststelling van een gering niveau van inkomsten op grond van artikel 11, punt 1, van deze richtlijn, gebruik te maken van artikel 5, lid 3, ervan, teneinde de financiële schade te beperken die hij zou kunnen lijden als gevolg van de afwezigheid van de zwangere vrouw tijdens haar zwangerschap.

72 Wanneer de lidstaten en, in voorkomend geval, de sociale partners overeenkomstig artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 besluiten om aan een zwangere vrouw die van het verrichten van arbeid is vrijgesteld of voor wie krachtens artikel 5, lid 3, van deze richtlijn een arbeidverbod geldt, een inkomen te waarborgen in de vorm van een bezoldiging, een adequate uitkering, of een combinatie van beiden, dient dat inkomen in elk geval te bestaan uit het basissalaris van die werkneemster alsook uit de bestanddelen van de bezoldiging of van de premies die verband houden met haar beroepsstatuut — waaraan geenszins wordt afgedaan door die vrijstelling van arbeid —, zoals de toelagen voor de uitoefening van een leidinggevende functie, voor haar anciënniteit en voor haar beroepskwalificaties (zie in die zin arrest Parviainen, reeds aangehaald, punt 60).

73 Elke andere uitlegging van artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 betreffende het recht op een inkomen van de in artikel 5 van deze richtlijn bedoelde zwangere werkneemsters zou afbreuk kunnen doen aan de nuttige werking van de richtlijn, en haar een groot deel van haar zin kunnen ontnemen.

74 Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt dat de bezoldiging waarop een zwangere werkneemster ten aanzien van wie tijdens haar zwangerschap op grond van § 3, lid 3, MSchG, een arbeidsverbod is vastgesteld, recht heeft, wordt berekend overeenkomstig § 14, leden 1 en 2, van die wet. Volgens die bepalingen heeft de zwangere werkneemster recht op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon gedurende de laatste 13 weken vóór het arbeidsverbod. De beschikbaarheidsdiensttoelagen waarop de werkneemster gedurende die referentieperiode recht had, worden evenwel niet in aanmerking genomen bij de berekening van dat gemiddelde loon.

75 Om de in de punten 60 tot en met 67 van het onderhavige arrest uiteengezette redenen kan de uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage van de bezoldiging waarop de tijdelijk van het verrichten van arbeid vrijgestelde zwangere werkneemster aanspraak kan maken, niet worden geacht in strijd te zijn met artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85.

76 Uit een en ander volgt dat aan de verwijzende rechter moet worden geantwoord dat artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een zwangere werkneemster die wegens haar zwangerschap tijdelijk van arbeid is vrijgesteld, recht heeft op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode vóór het begin van haar zwangerschap, met uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

Het recht op de beschikbaarheidsdiensttoelage van een werkneemster met zwangerschapsverlof

77 De verwijzende rechter wenst tevens te vernemen of artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een werkneemster met zwangerschapsverlof recht heeft op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode vóór het begin van dat verlof, met uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

78 Zoals blijkt uit de punten 61 en 64 van het onderhavige arrest, vormt de beschikbaarheidsdiensttoelage een „beloning" in de zin van artikel 141 EG, aangezien zij op de arbeidsbetrekking berust en aan de werknemer wordt betaald in verhouding tot de duur van de tijdens de overuren verrichte dienst en tot de gemiddelde hoeveelheid werk van de betrokken werknemer tijdens die dienst.

79 Daaruit volgt evenwel niet dat een werkneemster die wegens zwangerschapsverlof van het werk afwezig is, op grond van artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 recht heeft op alle premies en toelagen die zij maandelijks ontvangt wanneer zij aan het werk is en de prestaties verricht waarmee zij door haar werkgever wordt belast.

80 Volgens de rechtspraak van het Hof bevinden vrouwen die een in de nationale wettelijke regeling voorzien zwangerschapsverlof genieten, zich immers in een specifieke situatie die bijzondere bescherming verlangt, doch die met name niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man of vrouw die daadwerkelijk arbeid verrichten of ziekteverlof genieten (zie in die zin arresten van 13 februari 1996, Gillespie e.a., C-342/93, Jurispr. blz. I-475, punt 17, en 27 oktober 1998, Boyle e.a., C-411/96, Jurispr. blz. I-6401, punt 40, en arrest Alabaster, reeds aangehaald, punt 46).

81 Doel van het zwangerschapsverlof van de werkneemster is enerzijds de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap, en anderzijds de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de zwangerschap en de bevalling (zie arresten van 12 juli 1984, Hofmann, 184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25, en 30 april 1998, Thibault, C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 25, alsook arrest Boyle e.a., reeds aangehaald, punt 41).

82 In die omstandigheden kunnen werkneemsters zich niet met succes op artikel 141 EG of artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 beroepen om gedurende hun zwangerschapsverlof het behoud van hun volledige bezoldiging te vorderen, alsof zij, net zoals de andere werknemers, daadwerkelijk hun arbeid zouden verrichten (zie in die zin arresten Gillespie e.a., punt 20, en Alabaster, punt 46, beide reeds aangehaald).

83 Zoals blijkt uit richtlijn 92/85 en uit de rechtspraak van het Hof op dat gebied, heeft de Uniewetgever willen garanderen dat de werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof een inkomen geniet, dat ten minste gelijk is aan de uitkering die zij ingevolge de nationale socialezekerheidswetgeving zou ontvangen wanneer zij haar werkzaamheden om gezondheidsredenen onderbreekt (arrest Boyle e.a., reeds aangehaald, punt 32).

84 Gegarandeerd moet zijn, dat de werkneemster gedurende haar zwangerschapsverlof een inkomen van die hoogte ontvangt, ongeacht of dit inkomen overeenkomstig artikel 11, punt 2, sub b, van richtlijn 92/85 wordt betaald in de vorm van een uitkering, loon, dan wel een combinatie van beide (arresten Boyle e.a., punt 33, en Lewen, punt 22, beide reeds aangehaald).

85 Overeenkomstig artikel 11, punten 2 en 3, van de richtlijn, moet een werkgever tijdens het zwangerschapsverlof het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering waarborgen, waarbij het aan de werkneemsters tijdens dat verlof gegarandeerde inkomen, wanneer het in de vorm van een uitkering, loon, of

eventueel een combinatie daarvan wordt betaald, adequaat moet zijn in de zin van voormeld punt 3 (zie arrest Boyle e.a., reeds aangehaald, punt 34).

86 Wanneer een werkneemster afwezig is van de arbeid omdat zij zwangerschapsverlof geniet, houdt de door artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 verlangde minimumbescherming dus niet in dat de bezoldiging van de betrokkene volledig moet worden behouden, en evenmin dat de beschikbaarheidsdiensttoelage moet worden betaald.

87 In het hoofdgeding vraagt de verwijzende rechter zich evenwel af wat de gevolgen voor het recht op bezoldiging van een werkneemster met zwangerschapsverlof zouden kunnen zijn van de omstandigheid dat de lidstaat voorziet in het recht van die werkneemster op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode vóór het begin van haar zwangerschapsverlof, met uitsluiting evenwel van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

88 In dat verband zij eraan herinnerd dat artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 slechts voorziet in een minimumbescherming met betrekking tot het recht op een inkomen voor zwangere werkneemsters die krachtens artikel 8 van deze richtlijn tijdens hun zwangerschapsverlof van het verrichten van arbeid zijn vrijgesteld. Geen enkele bepaling van deze richtlijn staat eraan in de weg dat de lidstaten of in voorkomend geval de sociale partners, vaststellen dat alle bestanddelen van de bezoldiging en alle premies, met inbegrip van de beschikbaarheidsdiensttoelage, waarop de zwangere werkneemster vóór haar zwangerschap en zwangerschapsverlof recht had, moeten worden doorbetaald.

89 Richtlijn 92/85, die is vastgesteld op basis van artikel 118 A van het EG-Verdrag (de artikelen 117 tot en met 120 van het EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG tot en met 143 EG), staat er immers niet aan in de weg dat een lidstaat, zoals blijkt

uit artikel 137, lid 4, EG, maatregelen met een hogere graad van bescherming handhaaft of invoert, mits deze met de bepalingen van dat Verdrag verenigbaar zijn (zie in die zin arrest Jiménez Melgar, reeds aangehaald, punt 37).

90 Aangezien de in een nationale regeling als die in het hoofdgeding vastgestelde loonregeling een beschermingsmaatregel is die voor werkneemsters met zwangerschapsverlof gunstiger is dan op grond van richtlijn 92/85 is vereist, kan de uitsluiting van bepaalde bestanddelen van de bezoldiging uit de berekening van het tijdens dat verlof verschuldigde inkomen, niet worden geacht in strijd te zijn met artikel 11, punten 2 en 3, van deze richtlijn.

91 Derhalve moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord dat artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een werkneemster met zwangerschapsverlof recht heeft op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode vóór het begin van dat verlof, met uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

Tweede vraag, betreffende de gevolgen van het ontbreken van rechtstreekse werking

92 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de bepalingen van artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85, indien zij geen rechtstreekse werking zouden hebben, door de lidstaten aldus in nationaal recht moeten worden omgezet dat een werkneemster die gedurende de periode van een arbeidsverbod voor zwangere vrouwen en/of gedurende het zwangerschapsverlof niet langer beschikbaarheidsdiensten verricht, recht heeft op doorbetaling van een toelage voor zulke diensten.

93 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, sub a, behoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

94 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 11, punten 1 tot en met 3, van richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG), heeft rechtstreekse werking en roept ten gunste van particulieren rechten in het leven die dezen kunnen inroepen tegenover een lidstaat die deze richtlijn niet of op onjuiste wijze in nationaal recht heeft omgezet, en die de nationale rechter moet handhaven.

2) Artikel 11, punt 1, van richtlijn 92/85 moet aldus worden uitgelegd dat deze bepaling niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een zwangere werkneemster die wegens haar zwangerschap tijdelijk van arbeid is vrijgesteld, recht heeft op een bezoldiging die overeenstemt met

haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode vóór het begin van haar zwangerschap, met uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

3) Artikel 11, punten 2 en 3, van richtlijn 92/85 moet aldus worden uitgelegd dat deze bepaling niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan een werkneemster met zwangerschapsverlof recht heeft op een bezoldiging die overeenstemt met haar gemiddelde loon tijdens een referentieperiode vóór het begin van dat verlof, met uitsluiting van de beschikbaarheidsdiensttoelage.

ondertekeningen