DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 1 juli 2010 *

I mål C-194/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Verwaltungsgerichtshof (Österrike) genom beslut av den 28 mars 2008, som inkom till domstolen den 9 maj 2008, i målet

Susanne Gassmayr

mot

Bundesminister für Wissenschaft und Forschung,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på andra avdelningen J.N. Cunha Rodrigues, tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna P. Lindh, A. Rosas, A. Ó Caoimh (referent) och A. Arabadjiev,

* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: M. Poiares Maduro,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 20 maj 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Österrikes regering, genom M. Winkler, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom V. Kreuschitz och M. van Beek, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 3 september 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 11.1–11.3 i rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Susanne Gassmayr och Bundesminister für Wissenschaft und Forschung (Förbundsminister för vetenskap och forskning) (nedan kallad Bundesminister) angående sistnämnda myndighets beslut att inte medge ersättning för jourtjänstgöring under den tid som Susanne Gassmayr hade beviljats ledigt eller hade arbetsförbud på grund graviditet och därefter under hennes mammaledighet.

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

3 I direktiv 92/85 har skälen nio, sexton och arton följande lydelse:

”Detta skydd av säkerhet och hälsa för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar får inte leda till någon ogynnsam behandling av kvinnor på arbetsmarknaden eller stå i strid med direktiven om lika behandling för kvinnor och män.

…

Åtgärder för att organisera arbetet med hänsyn till hälsoskydd för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar skulle vara verkningslösa, om de inte vore förbundna med bibehållna rättigheter enligt anställningsavtalet, inklusive bibehållen lön eller skälig ersättning.

…

Uttrycket skälig ersättning i samband med barnledighet skall betraktas som en teknisk utgångspunkt för att fastställa en lägsta skyddsnivå och får under inga omständigheter ges innebörden att graviditet skulle kunna jämställas med sjukdom."

4 Artikel 2 i direktivet har följande lydelse:

"I detta direktiv avses med

a) *gravid arbetstagare*: arbetstagare, som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis,

b) *arbetstagare som nyligen har fött barn*: arbetstagare som nyligen har fött barn enligt definitionen i nationell lagstiftning eller praxis och som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis,

c) *arbetstagare som ammar*: arbetstagare som ammar enligt definitionen i nationell lagstiftning eller praxis och som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis.”

5 Direktivets artikel 4 har rubriken ”Bedömning och information”. I artikel 4.1 anges följande:

”Arbetsgivaren skall bedöma arten, graden och varaktigheten av den exponering som arbetstagare enligt definitionen i artikel 2 utsätts för inom företaget eller verksamheten i fråga om samtliga arbetsuppgifter som kan medföra särskild risk för exponering för agenser, processer eller arbetsförhållanden enligt den icke-uttömmande förteckningen i bilaga 1. Bedömningen får göras självständigt eller med hjälp av utomstående sakkunniga inom området skyddsåtgärder och förebyggande åtgärder enligt artikel 7 i [rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet [EGT L 183, s.1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146] och ska ske i syfte att

— bedöma varje risk för säkerhet och hälsa och varje möjlig inverkan på graviditet eller amning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2,

— avgöra vilka åtgärder som bör vidtas.”

6 Artikel 5 i direktiv 92/85 har rubriken ”Åtgärder med anledning av resultatet av bedömningen”. I artikel 5.1–5.3 anges följande:

”1. Utan att detta påverkar tillämpningen av artikel 6 i direktiv 89/391/EEG, skall arbetsgivaren, om resultatet av den bedömning som avses i artikel 4.1 visar på risk för säkerhet och hälsa eller inverkan på graviditet eller amning för någon arbetstagare

enligt definitionen i artikel 2, vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att denna risk undanröjs genom en tillfällig ändring av arbetsförhållandena eller arbetstiden för arbetstagaren i fråga.

2. Om det av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt att ändra arbetstagarens arbetsförhållanden eller arbetstid, eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, skall arbetsgivaren vidta nödvändiga åtgärder för att ge arbetstagaren i fråga andra arbetsuppgifter.

3. Om det av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter, eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, skall arbetstagaren i fråga beviljas ledighet enligt nationell lagstiftning eller praxis under så lång tid som detta är nödvändigt för att skydda hennes säkerhet och hälsa."

7 Direktivets artikel 8 har rubriken "Barnledighet". I artikel 8.1 anges följande:

"Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de arbetstagare som avses i artikel 2 är berättigade till sammanhängande barnledighet under minst 14 veckor under tiden före eller efter förlossningen enligt nationell lagstiftning eller praxis."

8 Artikel 11 i direktivet, som har rubriken ”Arbetstagarnas rättigheter”, har följande lydelse:

”För att garantera att de arbetstagare som avses i artikel 2 skall kunna åtnjuta de rättigheter till skydd av säkerhet och hälsa som erkänns i denna artikel fastställs följande:

1. I de fall som avses i artik[larna] 5–7 skall de rättigheter som följer av anställningsavtalet, även i fråga om bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning, säkerställas i nationell lagstiftning eller praxis för sådana arbetstagare som avses i artikel 2.

2. I det fall som avses i artikel 8 skall följande säkerställas:

   a) Rättigheter enligt anställningsavtal, utöver dem som avses i punkt b, för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2.

   b) Bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2.

3. Den ersättning som avses i punkt 2 b skall anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som arbetstagaren i fråga skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll av hälsoskäl, med förbehåll för eventuellt tak för ersättningen som fastställts i nationell lagstiftning.

4. Medlemsstaterna får ställa som villkor för den rätt till lön eller ersättning som avses i punkterna 1 och 2 b att arbetstagaren i fråga skall uppfylla de villkor för rätt till sådana förmåner som fastställs i nationell lagstiftning.

Det får under inga omständigheter ställas som villkor att arbetstagaren skall ha varit anställd viss tid som överstiger tolv månader omedelbart före den förväntade förlossningstiden."

De nationella bestämmelserna

Lag om skydd vid moderskap

9 Enligt 3 § första stycket i lag från 1979 om skydd vid moderskap (Mutterschutzgesetz 1979, nedan kallad MSchG) får gravida kvinnor inte arbeta under de sista åtta veckorna före den planerade förlossningen (åttaveckorsfristen).

10 I 3 § tredje stycket MSchG anges att en gravid kvinna utöver åttamånadersfristen inte heller får arbeta om det framgår av ett av kvinnan ingivet läkarintyg som utfärdats av en läkare vid arbetsinspektionen eller företagsläkare att fortsatt arbete skulle kunna äventyra moderns eller barnets liv eller hälsa.

11 5 § MSchG har rubriken ”Arbetsförbud efter förlossningen” och i första stycket anges följande:

”Arbetstagare får inte arbeta under åtta veckor efter förlossningen. … Om åttaveckorsfristen … före förlossningen har förkortats, så förlängs skyddsperioden efter förlossningen i motsvarande mån som förkortningen, dock högst sammanlagt sexton veckor. …”

12 14 § MSchG, med rubriken ”Fortsatt utbetalning av lön”, i dess lydelse enligt BGBl. nr 833/1992 och 434/1995, har följande lydelse:

”1. Om en tillämpning av 2b §, 4 §, 4a §, 5 § tredje och fjärde stycke[na] eller 6 §, såvitt inget annat anges i 10a § tredje stycket, gör det nödvändigt med en ändring av arbetet inom företaget, har arbetstagaren rätt till lön motsvarande den genomsnittliga lön som hon uppburit under de senaste tretton veckorna av anställningsförhållandet före ändringen. Om arbetstagaren under denna period till följd av sjukdom eller deltidsarbete inte har uppburit full lön förlängs perioden på tretton veckor med sådana tidsperioder. Dessa tidsperioder beaktas emellertid inte vid beräkningen av den genomsnittliga inkomsten. ...

2. Arbetstagare som inte får arbeta enligt 3 § tredje stycket och arbetstagare som enligt 2b §, 4 §, 4a §, 5 § tredje och fjärde stycke[na] eller 6 § saknar möjlighet att arbeta i företaget har rätt till lön, vilken ska beräknas i enlighet med första stycket.”

Lagen om löner

13 Enligt 3 § första och andra styckena i 1956 års lag om löner (Gehaltsgesetz 1956, nedan kallad GehG), som är tillämplig på anställda inom delstatsförvaltningen såsom klaganden i målet vid den nationella domstolen, har en tjänsteman rätt till en månadslön som består av lön och eventuella tillägg.

14 13c § GehG, som har rubriken ”Ersättning vid arbetsoförmåga”, har följande lydelse:

”1. Om en tjänsteman till följd av olycksfall (dock ej olycksfall i tjänsten) eller sjukdom är förhindrad att arbeta har denne vid en arbetsoförmåga som varar i 182 kalenderdagar rätt till en månatlig ersättning på 80 procent av den ersättning som denne skulle ha erhållit om någon arbetsoförmåga inte skulle ha förelegat. Barntillägg är undantaget från denna nedsättning.

…

3. Nedsättningen enligt första stycket minskas med 80 procent av det referensbelopp som avses enligt fjärde stycket, dock ej med mer än det sammanlagda nedsättningsbeloppet enligt första stycket.

4. Referensbeloppet enligt tredje stycket utgör summan av tilläggen (med undantag för särskilda tillägg), bonus, ersättning och extra ersättning (med undantag för extra ersättning enligt 19, 20b eller 20 c §§) som tjänstemannen skulle ha erhållit om han inte hade varit arbetsoförmögen och som han inte erhåller på grund av sin frånvaro

från tjänsten. Beträffande extra ersättning som inte utgår schablonmässigt i den mening som avses i första stycket ska beräkningen grundas på en tolftedel av den sammanlagda extra ersättning som tjänstemannen har erhållit under de tolv senaste månaderna före den första av de sammanlagda sjukperioder som ska beräknas enligt andra stycket.

5. Nedsättningen av månadsersättningen träder i kraft den dag som arbetsoförmågan inträder, tidigast dock dagen efter utgången av den frist på 182 kalenderdagar som anges i första stycket, och upphör dagen omedelbart före den dag då tjänstemannen återinträder i tjänst.

…

8. Under en period av arbetsförbud enligt [MSchG] (såväl före som efter förlossningen) ska första till sjätte stycke[na] inte tillämpas. Ett sådant arbetsförbud medför att alla i första till sjätte stycke[na] angivna frister inte gäller."

15 15 § GehG har rubriken "Extra ersättning". I första, andra och femte styckena anges följande:

"1. Med extra ersättning avses

1. övertidsersättning (16 §),

…

4. ersättning för jourtjänstgöring (17a §),

…

Rätt till extra ersättning kan endast avse perioder för vilka det även föreligger en rätt till lön.

2. Extra ersättning enligt första stycket punkterna 1, 4–6 och 8–11 samt ersättning för arbete på söndagar och helgdagar enligt första stycket punkten 3 kan utgöras av en schablonersättning när tjänstgöring som ligger till grund för en sådan extra ersättning sker stadigvarande eller så regelbundet att det är möjligt att beräkna ett månatligt genomsnittsbelopp (specifikt schablonbelopp). Ett fastställande av ett schablonbelopp kräver i de fall som avses i första stycket punkterna 1, 3–6 och 10 ett godkännande från Förbundskanslern. Det är tillåtet att fastställa enhetliga schablonbelopp för väsenligt likartad tjänstgöring (gruppschablonbelopp). Beträffande schablonmässig extra ersättning för övertid utanför normal arbetstid måste det fastställas vilken del av ersättningen som avser övertidstillägget.

…

5. Rätten till schablonmässig extra ersättning berörs inte av semester under vilken tjänstemannen behåller rätten till månadsersättning eller av arbetsoförmåga på grund av olycksfall i tjänsten. Om tjänstemannen av något annat skäl är frånvarande från tjänsten i mer än en månad upphör utbetalningen av den schablonmässiga extra ersättningen tillfälligt från och med den första dagen i månaden efter utgången av

denna tidsperiod till och med den sista [dagen] i den månad då tjänstemannen återgår i tjänst."

16 17 § GehG, som har rubriken "Ersättning för jourtjänstgöring", har följande lydelse:

"1. Arbetstagare som utöver den tjänstgöringstid som anges i arbetsbeskrivningen utför jourarbete erhåller, i stället för ersättning enligt 16 § och 17 §, ersättning för jourtjänstgöring för sådan beredskapstid och tjänstgöring som ingår [i] jourtjänstgöringen.

2. Ersättningen för jourtjänstgöring beräknas på grundval av tjänstgöringens varaktighet och den genomsnittliga insatsen under tjänstgöringen ... Beräkningen kräver Förbundskanslerns godkännande."

17 Av handlingarna framgår att Republiken Österrike i syfte att genomföra 17a § GehG har antagit förordningen om beräkningen av ersättning för jourtjänstgöring för läkare vid universitetssjukhus (Pauschalierungsverordnung für Journaldienstzulage für Ärzte an Universitätskliniken, BGBl. II, 202/2000), enligt vilken en viss procentsats av den normala lönen ska utgöra ersättning för varje jourtjänsttimme som utförs.

Lagen om tjänsteföreskrifter för tjänstemän

18 Enligt 50 § första stycket i lag 1979 om tjänsteföreskrifter för tjänstemän (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979) kan en tjänsteman på grund av tjänsten vara skyldig att utanför ordinarie arbetstid stå till förfogande på arbetsstället eller på någon annan angiven ort och vid behov eller på begäran träda i tjänst (beredskap på arbetsstället, jourtjänstgöring).

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19 Klaganden i målet vid den nationella domstolen har sedan den 1 januari 1995 arbetat som underläkare vid universitetskliniken för anestesi vid Universitetet i Graz (nedan kallad arbetsgivaren). Hon erhöll ersättning för jourtjänstgöring avseende tjänstgöring utöver den arbetstid som föreskrivs enligt arbetstidsplanen.

20 Klaganden i målet vid den nationella domstolen slutade arbeta den 4 december 2002 först i enlighet med 3 § tredje stycket MSchG (arbetsförbud efter företeende av läkarintyg som visar att fortsatt yrkesverksamhet kan utgöra en fara för moderns eller barnets liv eller hälsa), därefter enligt 3 § första stycket MSchG (arbetsförbud under åttaveckorsperioden) och slutligen enligt 5 § första stycket MSchG (arbetsförbud under åtta veckor efter förlossningen).

21 I en skrivelse till arbetsgivaren av den 9 februari 2004 gjorde klaganden i målet vid den nationella domstolen gällande att hon hade rätt till ersättning för genomsnittlig jourtjänstgöring för de perioder under vilka hon inte hade fått utföra jourarbete med anledning av graviditet eller barnledighet. Hon begärde att de belopp som motsvarade sådan ersättning skulle betalas ut.

22 I beslut av den 31 augusti 2004 avslog arbetsgivaren hennes begäran. Arbetsgivaren ansåg att den ersättning för jourtjänstgöring som hade utbetalats för faktiskt utförd jourtjänst under månaderna före arbetsförbudet inte omfattades av undantagsbestämmelsen i 14 § MSchG och inte utgjorde en schablonmässig extra ersättning i den mening som avses i 15 § GehG. Arbetsgivaren gjorde bland annat gällande att under den period då arbetsförbud rådde erhöll klaganden i målet vid den nationella domstolen ersättning utan inskränkning i enlighet med 3 § andra stycket GehG, det vill säga månadslön och tillägg. Däremot kunde nämnda klagande på grund av arbetsförbudet inte utföra någon jourtjänstgöring varvid hon heller inte hade någon rätt till ersättning för jourtjänstgöring under denna tidsperiod. Enligt arbetsgivaren utgår ersättning för jourtjänstgöring med ett belopp som i det konkreta fallet motsvarar faktiskt utförd tjänstgöring och utgör inte någon schablonmässig extra ersättning. En sådan ersättning kan inte i något fall ligga till grund för en månatlig beräkning av genomsnittsbeloppet.

23 Klaganden i målet vid den nationella domstolen väckte talan vid den hänskjutande domstolen mot det beslut som Bundesminister fattade den 9 maj 2005 om att inte medge utbetalning av den aktuella ersättningen och åberopade därvid den unionsrättsliga principen om lika lön för män och kvinnor.

24 Bundesminister hävdade vid den hänskjutande domstolen att den fortsatta utbetalningen utan inskränkning av ersättningen till klaganden i målet vid den nationella domstolen i enlighet med hennes lönegrad som underläkare vid en universitetsklinik och de lönetillägg som avses i 3 § andra stycket GehG under den period av arbetsförbud som hon omfattades av var helt i överensstämmelse med artikel 141 EG och artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78). Även om domstolen i dom av den 30 mars 2004 i mål C-147/02, Alabaster (REG 2004, s. I-3101), fastställde att icke-diskrimineringsprincipen gäller i samband med allmänna lönehöjningar, avser den ersättning som den berörda personen anser sig ha rätt till varken hennes normala månadslön, det vill säga referenslönen, eller en allmän höjning av denna.

25 Motparten i målet vid den nationella domstolen har vidare framhållit att förevarande mål, i motsats till det jultillägg som var aktuellt i dom av den 21 oktober 1999 i mål C-333/97, Lewen (REG 1999, s. I-7243), rör en ersättning för jourtjänstgöring som utgår till följd av faktiskt utfört arbete i varje enskilt fall. En sådan extra ersättning vid sidan om lönen syftar enbart till att ersätta arbetstagaren för det extra arbete som arbetstagaren utför när det i det konkreta fallet begärs att denne ska utföra sådant arbete utanför den normala arbetstiden enligt arbetstidsplanen. Om det inte begärs att en arbetstagare ska utföra jourtjänstgöring, kan denne inte kräva någon ersättning för sådant arbete, och detta oberoende av det arbete som utförts inom ramen för dennes normala tjänstgöring.

26 Det är utrett att klaganden i målet vid den nationella domstolen har haft jourtjänstgöring under referensperioden enligt 14 § första stycket MSchG, som föregick den arbetsförbudsperiod som klaganden omfattades av i enlighet med 3 § tredje stycket MSchG, och att hon inte erhöll någon ersättning för sådan tjänstgöring i enlighet med 17a § GehG.

27 Verwaltungsgerichtshof fann att det inte var möjligt ge ett klart svar på de frågor som uppkommit i det vid denna domstol anhängiggjorda målet när det gäller artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 och beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) a) Har artikel 11.1–11.3 i [direktiv 92/85] direkt effekt?

b) Om svaret är jakande: Ska ovannämnda bestämmelser tolkas så, att kvinnor har rätt till fortsatt utbetalning av ersättning för jourtjänstgöring under perioder under vilka arbetsförbud råder på grund av graviditet och/eller under mammaledighet?

c) Gäller detta även när medlemsstaten har antagit ett beslut om fortsatt utbetalning av ’lön’ som i princip omfattar hela arbetsinkomsten, dock med undantag för så kallad extra ersättning för utfört arbete (enligt 15 § [GehG]), såsom den här aktuella ersättningen för jourtjänstgöring?

2) Ska nämnda bestämmelser – för det fall de inte har direkt effekt – införlivas med nationell rätt på ett sätt som innebär att arbetstagare som inte utför jourarbete under en period under vilken arbetsförbud råder på grund av graviditet och/eller under mammaledighet likväl har rätt till fortsatt utbetalning av ersättning för sådant arbete?”

Upptagande till sakprövning av begäran om förhandsavgörande såvitt avser artikel 11.1 i direktiv 92/85

28 Det ska inledningsvis konstateras att Europeiska gemenskapernas kommission har ifrågasatt huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning när det gäller artikel 11.1 i direktiv 92/85, eftersom den tvivlar på att bestämmelsen är relevant för att avgöra målet vid den nationella domstolen. Kommissionen anser att denna bestämmelse inte är relevant i förevarande fall, eftersom den fråga som uppkommit i det aktuella målet inte rör de rättigheter som föreskrivs i artiklarna 5, 6 och 7 i direktivet, utan enbart storleken på det belopp som ska betalas ut till klaganden för den period under vilken hon var frånvarande från arbetet på grund av graviditet och därefter på grund av mammaledighet.

29 Enligt fast rättspraxis ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som om de frågor som ställs till domstolen är relevanta. (se bland annat dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman, REG 1995, s. I-4921, punkt 59, och av den 26 juni 2007 i mål C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones m.fl., REG 2007, s. I-5305, punkt 18).

30 Domstolen har likväl ansett att den inte kan avgöra en fråga som en nationell domstol har ställt, när det på ett uppenbart sätt framgår att den tolkning eller bedömning av en unionsrättslig bestämmelses giltighet som den nationella domstolen har begärt inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk och domstolen inte förfogar över de sakförhållanden eller rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att på ett ändamålsenligt sätt besvara de frågor som har ställts till den (se domen i det ovannämnda målet Bosman, punkt 61, och dom av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, Idéal tourisme, REG 2000, s. I-6049, punkt 20).

31 Det är vidare nödvändigt att den nationella domstolen ger en viss förklaring till varför den begär tolkning av de aktuella bestämmelserna i unionsrätten och till det samband som den anser föreligger mellan dessa bestämmelser och de nationella bestämmelser som är tillämpliga i målet vid den nationella domstolen (se, bland annat, dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkt 34).

32 I begäran om förhandsavgörande konstaterades att klaganden i målet vid den nationella domstolen slutade arbeta under graviditeten i enlighet med 3 § tredje stycket MSchG, enligt vilken en gravid kvinna inte får arbeta under graviditeten om det framgår av ett av kvinnan ingivet läkarintyg som utfärdats av en läkare vid arbetsinspektionen eller företagsläkare att fortsatt arbete skulle kunna äventyra moderns eller barnets liv eller hälsa.

33 Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor rörande artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 i syfte att fastställa den inkomst som denna arbetstagare har rätt till under ledighet i enlighet med artikel 5.3 i detta direktiv samt under mammaledighet i enlighet med artikel 8 i direktivet.

34 Artiklarna 4.1 och 5 i direktiv 92/85 syftar till att ge arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar ett särskilt skydd med avseende på alla arbetsuppgifter som medför en särskild risk vad avser arbetstagarens säkerhet eller hälsa eller som kan ha en negativ inverkan på graviditet eller amning (dom av den 27 februari 2003 i mål C-320/01, Busch, REG 2003, s. I-2041, punkt 42). Unionslagstiftaren har genom att anta direktiv 92/85 etablerat ett system för utvärdering av och upplysning om risker samt förbud för en sådan arbetstagare mot att utöva vissa verksamheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 februari 2005 i mål C-203/03, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-935, punkt 44).

35 När resultaten av riskutvärderingen enligt artikel 4 i direktiv 92/85 visar på risk för säkerhet och hälsa eller inverkan på graviditet eller amning för en arbetstagare, föreskrivs det i artikel 5.1 och 5.2 i detta direktiv att arbetsgivaren är skyldig att vidta en tillfällig ändring av arbetsförhållandena eller arbetstiden, eller, om detta av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter.

36 Det är endast för det fall en sådan ändring visar sig vara omöjlig som det i direktivets artikel 5.3 föreskrivs att arbetstagaren i fråga ska beviljas ledighet enligt nationell lagstiftning eller praxis under så lång tid som det är nödvändigt för att skydda hennes säkerhet och hälsa (dom av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl., REG 1998, s. I-7327, punkt 57, och av den 1 juli 2010 i mål C-471/08, Parviainen, REU 2010, s. I-6533, punkt 32).

37 I begäran om förhandsavgörande har Verwaltungsgerichtshof hänvisat till artiklarna 4 och 5 i direktiv 92/85 angående riskutvärdering och vidtagande av åtgärder med anledning av en sådan utvärdering samt ställt tolkningsfrågor rörande direktivets artikel 11.1, i vilken det hänvisas till nämnda artikel 5.

38 Vid förhandlingen i domstolen besvarade den österrikiska regeringen domstolens frågor och bekräftade därvid att det enligt 3 § tredje stycket MSchG är förbjudet för gravida kvinnor att arbeta om den fortsatta yrkesverksamheten hotar att skada moderns eller barnets hälsa eller liv. Enligt denna regering är det fråga om en bestämmelse som ofta tillämpas på kvinnor över 30 eller 35 år och som gör det möjligt att sluta arbeta långt före den normala mammaledigheten för att undvika komplikationer. Det är inte fråga om ett förbud som är kopplat till yrkesverksamheten, utan snarare ett förbud som beror på den gravida kvinnans personliga situation och hennes hälsotillstånd.

39 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka om klaganden i målet vid denna domstol under sin graviditet hade någon sjukdom eller några komplikationer kopplade till graviditeten, eller om hon beviljades ledigt för att garantera hennes säkerhet eller hälsa på grund av eventuella yrkesrelaterade risker som innebär en fara för henne eller hennes barns hälsa.

40 I båda fallen är emellertid skälet för arbetsuppehållet under graviditeten under alla förhållanden detsamma, nämligen skyddet för en gravid arbetstagares eller hennes barns säkerhet och hälsa. Vidare utgör artikel 11.1 i direktiv 92/85 den enda bestämmelsen i direktivet som rör den inkomst som en gravid arbetstagare har rätt till under graviditeten.

41 Det är följaktligen inte uppenbart att den tolkning av artikel 11.1 i direktiv 92/85 som den hänskjutande domstolen har begärt saknar samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, och domstolen förfogar över tillräckliga uppgifter för att tolka bestämmelserna i direktivet i förhållande till föremålet för tvisten vid den nationella domstolen. I motsats till vad kommissionen har påstått finns det således inga skäl att inte uppta tolkningsfrågorna till sakprövning såvitt avser denna bestämmelse.

42 Under dessa omständigheter ska begäran om förhandsavgörande anses kunna tas upp till sakprövning såvitt avser artikel 11.1 i direktiv 92/85.

Prövning av tolkningsfrågorna

Fråga 1 a: Huruvida artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 har direkt effekt

43 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 1 a för att få klarhet i huruvida artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 kan ha direkt effekt och kan skapa rättigheter för enskilda som dessa kan göra gällande gentemot en medlemsstat som inte har införlivat direktivet med nationell rätt eller som har införlivat det på ett oriktigt sätt, rättigheter som de nationella domstolarna är skyldiga att säkerställa.

44 Enligt domstolens fasta rättspraxis har enskilda i alla de fall då bestämmelserna i ett direktiv, med avseende på innehållet, framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa rätt att åberopa dem inför den nationella domstolen gentemot staten dels då medlemsstaten har underlåtit att införliva direktivet med nationell rätt inom tidsfristen, dels då den inte har införlivat det på ett korrekt sätt (se, bland annat, dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker, REG 1982, s. 53, punkt 25, svensk specialutgåva, volym 6, s. 285, av den 17 september 1996 i de förenade målen C-246/94–C-249/94, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio m.fl., REG 1996, s. I-4373, punkt 17, och av den 17 juli 2008 i mål C-226/07, Flughafen Köln mot Bonn, REG 2008, s. I-5999, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

45 En unionsrättslig bestämmelse är ovillkorlig när den medför en skyldighet som inte är förenad med något villkor eller när den, för att kunna verkställas eller medföra verkningar, inte är beroende av att vare sig unionsinstitutionerna eller medlemsstaterna antar någon rättsakt. En bestämmelse är för övrigt tillräckligt preciserad för att kunna åberopas av en enskild och tillämpas av en domstol när det genom bestämmelsen på ett klart sätt föreskrivs en skyldighet (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet

Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio m.fl., punkt 19, och dom av den 26 oktober 2006 i mål C-317/05, Pohl-Boskamp, REG 2006, s. I-10611, punkt 41).

46 Artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 uppfyller dessa krav, eftersom bestämmelserna i klara ordalag ålägger medlemsstaterna en skyldighet att uppnå ett visst resultat, vilket består i att genom en tillfällig ändring av arbetsförhållandena, genom att tillfälligt ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter samt under perioder av ledighet i samband med graviditeten i enlighet med artiklarna 5–7 i direktivet och under mammaledigheten enligt direktivets artikel 8 säkerställa de rättigheter som följer av anställningsavtalet för gravida arbetstagare, arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar, samt säkerställa en bibehållen lön och/eller skälig ersättning.

47 Visserligen föreskrivs i artikel 11.1 i direktiv 92/85 beträffande gravida arbetstagare i de fall som avses i direktivets artikel 5 – det vill säga arbetstagare som berörs av en tillfällig ändring av arbetsförhållandena, en tillfällig ändring av arbetsuppgifterna eller i sista hand ett beslut att bevilja ledighet – att sådan ersättning ska säkerställas i nationell lagstiftning eller praxis.

48 Det preciserade och ovillkorliga innehållet i artikel 11.1 i direktiv 92/85 påverkas inte av hänvisningen till nationell lagstiftning och praxis. Även om denna bestämmelse ger medlemsstaterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de antar genomförandeföreskrifter, påverkar denna omständighet inte bestämmelsens preciserade och ovillkorliga innehåll. Föreskrifterna för ett sådant genomförande kan inte under några omständigheter avse definitionen av själva innehållet i artikel 11.1 och kan således inte villkora förekomsten av eller inskränka omfattningen av denna rättighet (se domen i det ovannämnda målet Parviainen, punkt 55, och, när det gäller artikel 10 i direktiv 92/85, dom av den 4 oktober 2001 i mål C-438/99, Jiménez Melgar, REG 2001,

s. I-6915, punkterna 33 och 34; se även, analogt, dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl., REG 2004, s. I-8835, punkt 105, och av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact, REG 2008, s. I-2483, punkt 67).

49 I artikel 11.3 i direktiv 92/85 föreskrivs när det gäller arbetstagare som har mammaledigt, i enlighet med direktivets artikel 8, att den ersättning som avses i punkt 2 b i nämnda artikel 11 ska anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som arbetstagaren i fråga skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll av hälsoskäl.

50 Det förhållandet att det för denna ersättning, enligt ordalydelsen i artikel 11.3 i direktiv 92/85, skulle kunna föreskrivas ett eventuellt tak som fastställts i nationell lagstiftning, vilket innebär att storleken på en sådan ersättning kan variera från en medlemsstat till en annan, påverkar inte heller det preciserade och ovillkorliga innehållet i denna bestämmelse eller artikel 11.2. Eftersom den ersättning som ska garanteras en arbetstagare som är mammaledig fastställs i lag, innebär tillämpningen av det tak som föreskrivs i artikel 11.3 inte att artikel 11.2 och 11.3 inte kan tillämpas av en domstol på omständigheterna i en tvist som anhängiggjorts vid den och kan således inte frånta innehållet i bestämmelsen dess tillräckligt precisa karaktär (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Impact, punkt 61).

51 När det gäller den möjlighet som medlemsstaterna har i enlighet med artikel 11.4 i direktiv 92/85 att som villkor för den rätt till lön eller ersättning som avses i punkterna 1 och 2 b i denna artikel föreskriva att arbetstagaren i fråga ska uppfylla de villkor för rätt till sådana förmåner som fastställs i nationell lagstiftning, påpekar domstolen att dessa villkor för att ha rätt till förmåner inte påverkar det minimiskydd som föreskrivs i artikel 11.1–11.3 och kan under alla omständigheter bli föremål för domstolsprövning.

52 Det kan således konstateras att bestämmelserna i artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 uppfyller alla villkor som krävs för att ha direktiv effekt.

53 Fråga 1 a ska följaktligen besvaras på följande sätt. Artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 har direkt effekt och skapar rättigheter för enskilda som dessa kan göra gällande gentemot en medlemsstat som inte har införlivat direktivet med nationell rätt eller som har införlivat det på ett oriktigt sätt, och som de nationella domstolarna är skyldiga att säkerställa.

Fråga 1 b och c: Huruvida det föreligger rätt till ersättning för jourtjänstgöring

54 Med fråga 1 b och c vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida artikel 11.1–11.3 i direktiv 92/85 ska tolkas så, att kvinnliga arbetstagare har rätt till fortsatt utbetalning av ersättning för jourtjänstgöring under ett arbetsuppehåll eller ett arbetsförbud för gravida arbetstagare eller under mammaledighet. Den hänskjutande domstolen vill i detta hänseende särskilt få klarhet i huruvida svaret på denna fråga påverkas av att den nationella lagstiftning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen föreskriver att den ersättning som utgår till en gravid arbetstagare som beviljats ledighet under graviditeten motsvarar den genomsnittslön som uppburits under en referensperiod före arbetsuppehållet under graviditeten och före mammaledighetens början, med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

55 Det ska inledningsvis preciseras att den hänskjutande domstolen genom denna fråga vill få klarhet i omfattningen av den rätt till ersättning som en gravid arbetstagare har under två olika perioder, nämligen dels under det arbetsuppehåll som äger rum under graviditeten, dels under det arbetsförbud som motsvarar en mammaledighet.

56 Med hänsyn till att det är olika bestämmelser i direktiv 92/85 som reglerar dessa båda perioder, ska domstolen lämna två separata svar på den hänskjutande domstolens fråga såvitt avser en arbetstagares rätt till ersättning under graviditeten respektive under mammaledigheten.

En arbetstagares rätt till ersättning för jourtjänstgöring under en period när hon beviljats ledighet under graviditeten på grund av risker för säkerhet och hälsa

57 Det framgår av artikel 11.1 i direktiv 92/85 att i de fall som avses i artiklarna 5–7 i direktivet ska de rättigheter som följer av anställningsavtalet, även i fråga om bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning, säkerställas i nationell lagstiftning eller praxis för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar.

58 Till skillnad från sådana gravida arbetstagare som anges i artikel 5.1 och 5.2 i direktiv 92/85, som faktiskt fortsätter att arbeta och utföra de arbetsuppgifter som arbetsgivaren anvisar dem, har en sådan gravid arbetstagare som avses i artikel 5.3 beviljats ledighet under så lång tid som detta är nödvändigt för att skydda hennes, och indirekt, barnets säkerhet och hälsa.

59 Alla skyddsåtgärder som avses i artikel 5 i direktiv 92/85 vidtas inte på den gravida arbetstagarens begäran, utan på grund av hennes gravida tillstånd. Åtgärderna vidtas efter en riskutvärdering och i enlighet med ett lagstadgat förbud i nämnda artikel 5 och i relevanta bestämmelser i nationell lag, vilka har till syfte att undanröja alla risker för arbetstagarens och barnets säkerhet eller hälsa. Även om resultatet av denna riskutvärdering som arbetsgivaren är skyldig att göra enligt direktivets artikel 4 är olika beroende på vilken punkt i artikel 5 som visar sig vara tillämplig, är det skyddssyfte som eftersträvas i direktivet vad gäller de gravida arbetstagare som avses i denna artikel detsamma. Vidare framgår det av lydelsen i artikeln att arbetsgivaren är skyldig att följa den angivna ordning i vilken skyddsåtgärderna enligt denna artikel ska vidtas och de villkor som reglerar denna ordningsföljd.

60 En granskning av lydelsen av artikel 11.1 i direktiv 92/85 och det syfte att skydda säkerheten och hälsan för gravida arbetstagare, arbetstagare som nyligen har fött barn och arbetstagare som ammar som eftersträvas med direktivet framgår att en gravid arbetstagare såsom klaganden i målet vid den nationella domstolen, som har beviljats tillfällig ledighet och vars lön under perioden före ledigheten bestod av en grundlön, vissa tillägg och ersättning för jourtjänstgöring som avser arbete utöver den normala arbetstiden enligt arbetstidsplanen, inte har rätt till en sådan ersättning på grundval av denna bestämmelse.

61 Även om ersättningen för jourtjänstgöring, som grundar sig på anställningsförhållandet, för det första, utgör lön i den mening som avses i artikel 141 EG, hänvisar artikel 11.1 i direktiv 92/85, i de flesta språkversioner som förelåg vid dess antagande, inte desto mindre till bibehållen ”lön” i obestämd form och inte till den berörda arbetstagarens lön i bestämd form.

62 Vidare föreskrivs i artikel 11.4 i direktivet att medlemsstaterna får ställa som villkor för den rätt till lön eller ersättning som avses i direktivets artikel 11.1 att arbetstagaren i fråga ska uppfylla de villkor för rätt till sådana förmåner som fastställs i nationell lagstiftning.

63 Domstolen har redan uttalat att faktiska omständigheterna vad gäller det utförda arbetets art och de omständigheter under vilka arbetet utförs i förekommande fall kan anses utgöra sakliga skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön och som kan berättiga till eventuella löneskillnader mellan olika grupper av arbetstagare (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 mars 2000 i mål C-236/98, JämO, REG 2000, s. I-2189, punkt 52).

64 Det framgår av uppgifter som domstolen förfogar över att i målet vid den nationella domstolen betalas ersättningen för jourtjänstgöring ut till den berörda arbetstagaren på grundval av mertidstjänstgöringens varaktighet och den genomsnittliga insatsen under tjänstgöringen. Det är utrett att under en period av arbetsförbud under graviditeten utför en gravid arbetstagare inte sådant arbete som ger rätt till denna ersättning.

65 I punkterna 49 och 61 i domen i det ovannämnda målet Parviainen slog domstolen fast att när det gäller en gravid arbetstagare som tillfälligt getts nya arbetsuppgifter under graviditeten i enlighet med artikel 5.2 i direktiv 92/85, är medlemsstaterna och i förekommande fall arbetsmarknadens parter enligt artikel 11.1 i detta direktiv inte skyldiga att under en period med tillfälliga arbetsuppgifter bibehålla de delar av lönen eller tilläggen som är beroende av att den berörda arbetstagaren utför särskilda arbetsuppgifter på speciella villkor och som i huvudsak syftar till att kompensera för olägenheter i samband med sådant arbete. Samma sak gäller en gravid arbetstagare som beviljats ledighet i enlighet med artikel 5.3 i direktivet och i enlighet med relevanta bestämmelser i nationell lagstiftning.

66 Slutligen hänvisar artikel 11.1 i direktiv 92/85 uttryckligen till nationell lagstiftning eller praxis.

67 Såsom framgår av punkt 48 i förevarande dom ger ovannämnda bestämmelse medlemsstaterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de fastställer villkoren för att verkställa och genomföra en sådan ersättning som avses i artikel 5.3 i direktiv 92/85 för gravida arbetstagare. Det ankommer således på medlemsstaterna att fastställa tillämpningsföreskrifterna för denna rätt utan att därvid kunna uppställa något villkor för själva rättighetens uppkomst, vilken följer direkt av direktivet och anställningsförhållandet mellan den gravida arbetstagaren och dennas arbetsgivare (se, analogt, dom av den 26 juni 2001 i mål C-173/99, BECTU, REG 2001, s. I-4881, punkt 53, och även domen i det ovannämnda målet Parviainen, punkt 55).

68 Medlemstaternas och i förekommande fall arbetsmarknadens parters utövande av detta utrymme för skönsmässig bedömning i samband med fastställandet av den ersättning som en gravid arbetstagare som tillfälligt har beviljats ledighet har rätt till under och på grund av graviditeten får, för det första, inte strida mot syftet att skydda gravida arbetstagares säkerhet och hälsa, som eftersträvas med direktiv 92/85, eller, för det andra, bortse ifrån det förhållandet att denna ledighet utgör en skyddsåtgärd som vidtas i sista hand enbart när det är tekniskt och/eller objektivt omöjligt att genomföra en tillfällig förflyttning till en annan tjänst eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl.

69 Det framgår nämligen av sextonde skälet i direktiv 92/85 att åtgärder för att organisera arbetet med hänsyn till hälsoskydd för gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar skulle vara verkningslösa, om de inte var förbundna med bibehållna rättigheter enligt anställningsavtalet, inklusive bibehållen lön eller skälig ersättning.

70 När det gäller gravida arbetstagare som beviljats ledighet såsom en sistahandsåtgärd i enlighet med artikel 5.3 i detta direktiv får medlemsstaterna eller i förekommande fall arbetsmarknadens parter säkerställa en inkomst genom en skälig ersättning, en lön eller en kombination av båda, men deras val i detta hänseende och den fastställda ersättningsnivån får inte hindra direktivets ändamålsenliga verkan.

71 Det är uppenbart att den ändamålsenliga verkan av direktiv 92/85 och de syften som eftersträvas med direktivet inte skulle kunna säkerställas om det var möjligt för en arbetsgivare att, på grundval av fastställandet av en lägre ersättningsnivå i enlighet med artikel 11.1 i detta direktiv, åberopa direktivets artikel 5.3 för att minska den ekonomiska skada som han kan komma att lida till följd av den gravida arbetstagarens frånvaro under graviditeten.

72 När medlemsstaterna och i förekommande fall arbetsmarknadens parter i enlighet med artikel 11.1 i direktiv 92/85 väljer att säkerställa inkomsten för gravida arbetstagare som har beviljats ledighet eller för vilka arbetsförbud råder i enlighet med artikel 5.3 i detta direktiv i form av en lön, en skälig ersättning eller en kombination av båda, ska denna inkomst under alla förhållanden bestå av den gravida arbetstagarens grundlön samt de delar av lönen eller de tillägg som hänför sig till hennes tjänsteställning – en ställning som inte påverkas av denna ledighet – såsom tillägg som hänför sig till hennes överordnade hierarkiska ställning, hennes tjänstetid och hennes yrkesmässiga kvalifikationer (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parviainen, punkt 60).

73 En annan tolkning av artikel 11.1 i direktiv 92/85 vad gäller rätten till en inkomst för sådana gravida arbetstagare som avses i direktivets artikel 5 skulle kunna hindra direktivets ändamålsenliga verkan och frånta detta en betydande del av dess innehåll.

74 Det framgår av de handlingar som domstolen förfogar över att den ersättning som utgår till en gravid arbetstagare för vilken ett arbetsförbud gäller under graviditeten i enlighet med 3 § tredje stycket MSchG beräknas i enlighet med 14 § första och andra styckena i denna lag. Enligt dessa bestämmelser har den gravida arbetstagaren rätt till en lön som motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppburit under de tretton veckor som föregick arbetsförbudet. Den ersättning för jourtjänstgöring som arbetstagaren hade rätt till under denna referensperiod beaktas emellertid inte vid beräkningen av genomsnittslönen.

75 Av skäl som angetts ovan i punkterna 60–70 i denna dom kan ett uteslutande av ersättningen för jourtjänstgöring från den ersättning som utgår till en gravid arbetstagare som tillfälligt beviljats ledighet under graviditeten inte anses strida mot artikel 11.1 i direktiv 92/85.

76 Mot bakgrund av det ovanstående ska den hänskjutande domstolens fråga besvaras på följande sätt. Artikel 11.1 i direktiv 92/85 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en gravid arbetstagare som tillfälligt beviljats ledighet på grund av sin graviditet har rätt till en ersättning som motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppbar under en referensperiod före graviditeten, med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

Rätt till ersättning för jourtjänstgöring för en kvinnlig arbetstagare som har mammaledigt

77 Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85 ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en kvinnlig arbetstagare som har mammaledigt har rätt till en ersättning som motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppbar under en referensperiod före nämnda ledighet, med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

78 Det framgår av punkterna 61 och 64 i denna dom att ersättningen för jourtjänstgöring som betalas ut till den berörda arbetstagaren på grundval av mertidstjänstgöringens varaktighet och arbetstagarens genomsnittliga insats under tjänstgöringen omfattas av begreppet lön i artikel 141 EG.

79 Det följer emellertid inte härav att en kvinnlig arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av mammaledighet har rätt, i enlighet med artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85, till alla de tillägg och ersättningar som hon månatligen uppbär när hon är på arbetet och utför det arbete som arbetsgivaren anvisar henne.

80 Enligt domstolens praxis befinner sig kvinnliga arbetstagare som utnyttjar en mammaledighet enligt den nationella lagstiftningen i en särskild situation som kräver att de ges ett särskilt skydd, en situation som dock inte kan likställas med den situation som en man eller en kvinna som faktiskt är i tjänst eller är sjukskriven befinner sig i (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m.fl., REG 1996, s. I-475, punkt 17, och av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401, punkt 40, samt domen i det ovannämnda målet Alabaster, punkt 46).

81 Den mammaledighet som en kvinnlig arbetstagare är berättigad till syftar nämligen till att säkerställa skyddet för dels kvinnans biologiska tillstånd under och efter graviditeten, dels den särskilda relationen mellan kvinnan och hennes barn under den period som följer efter graviditeten och förlossningen (se dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann, REG 1984, s. 3047, punkt 25, och av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault, REG 1998, s. I-2011, punkt 25, samt domen i det ovannämnda målet Boyle m.fl., punkt 41).

82 Mot denna bakgrund kan kvinnliga arbetstagare inte med framgång åberopa bestämmelserna i artikel 141 EG eller artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85 för att göra anspråk på att få bibehålla full lön som om de liksom andra arbetstagare faktiskt var i tjänst (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Gillespie m.fl., punkt 20, och Alabaster, punkt 46).

83 Det framgår av direktiv 92/85 och domstolens praxis på området att unionslagstiftaren har velat säkerställa att en kvinnlig arbetstagare under sin mammaledighet erhåller en inkomst som åtminstone uppgår till ett belopp som motsvarar den ersättning som utgår enligt nationell lagstiftning på det sociala trygghetsområdet med anledning av ett arbetsuppehåll av hälsoskäl (domen i det ovannämnda målet Boyle m.fl., punkt 32).

84 Det ska säkerställas att kvinnliga arbetstagare under sin mammaledighet erhåller en inkomst uppgående till denna nivå, oberoende av om den i enlighet med artikel 11.2 b i direktiv 92/85 utbetalas i form av en ersättning, en lön eller en kombination av båda (domarna i de ovannämnda målen Boyle m.fl., punkt 33, och Lewen, punkt 22).

85 Enligt artikel 11.2 och 11.3 i direktivet ska en arbetsgivare under en mammaledighet säkerställa en bibehållen lön eller en rätt till skälig ersättning, varvid den inkomst som säkerställs för kvinnliga arbetstagare under en sådan ledighet ska vara skälig i

den mening som avses i artikel 11.3 när den utbetalas i form av en ersättning, en lön eller i förekommande fall en kombination av båda (se domen i det ovannämnda målet Boyle m.fl., punkt 34).

86 När en kvinnlig arbetstagare är frånvarande från arbetet på grund av mammaledighet medför således inte det minimiskydd som krävs enligt artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85 vare sig att hela den berörda arbetstagarens lön ska bibehållas eller att en ersättning för jourtjänstgöring ska utbetalas.

87 Den hänskjutande domstolen vill dock få klarhet i vilken inverkan det förhållandet har på en kvinnlig arbetstagares rätt till ersättning under mammaledighet att medlemsstaten föreskriver en rätt för denna arbetstagare att erhålla en ersättning som motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppbar under en referensperiod före mammaledigheten, dock med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

88 Det erinras i detta hänseende om att artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85 endast föreskriver ett minimiskydd vad gäller rätten till en inkomst för gravida arbetstagare som beviljats arbetsuppehåll under mammaledigheten i enlighet med artikel 8 i direktivet. Ingen bestämmelse i direktivet hindrar medlemsstaterna eller i förekommande fall arbetsmarknadens parter från att föreskriva att alla delar av lönen och alla tillägg, inbegripet ersättning för jourtjänstgöring, som en gravid arbetstagare hade rätt till före graviditeten och mammaledigheten, ska bibehållas.

89 Direktiv 92/85, som antogs i enlighet med artikel 118 A i EG-fördraget (artiklarna 117–120 i EG-fördraget har ersatts med artiklarna 136–143 EG), ska såsom framgår av artikel 137.4 EG inte hindra någon medlemsstat från att bibehålla eller införa

sådana mera långtgående skyddsåtgärder som är förenliga med detta fördrag (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Jiménez Melgar, punkt 37).

90 Eftersom det ersättningssystem som föreskrivs i nationell lagstiftning, såsom det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen, utgör en skyddsåtgärd som är gynnsammare för kvinnliga arbetstagare som är mammaledig än vad som krävs enligt direktiv 92/85, kan uteslutandet av vissa delar av lönen vid beräkningen av den inkomst som erhålls under mammaledigheten inte anses strida mot artikel 11.2 och 11.3 i detta direktiv.

91 Fråga 1 a från den hänskjutande domstolen ska således besvaras på följande sätt. Artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en kvinnlig arbetstagare som har mammaledigt har rätt till en ersättning som motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppbar under en referensperiod före nämnda ledighet, med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

Den andra frågan: följderna av en avsaknad av direkt effekt

92 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85, för det fall dessa inte skulle ha direkt effekt, måste införlivas av medlemsstaterna på ett sådant sätt att en kvinnlig arbetstagare som under en period av arbetsförbud för gravida kvinnor eller för kvinnor som har mammaledigt inte längre utför någon jourtjänstgöring ska medges en rätt till bibehållen ersättning som motsvarar sådan tjänstgöring.

93 Med hänsyn till svaret på fråga 1 a, saknas det anledning att besvara den andra frågan.

Rättegångskostnader

94 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Artikel 11.1–11.3 i rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) har direkt effekt och skapar rättigheter för enskilda, som dessa kan göra gällande gentemot en medlemsstat som inte har införlivat direktivet med nationell rätt eller som har införlivat det på ett oriktigt sätt och som de nationella domstolarna är skyldiga att säkerställa.

2) Artikel 11.1 i direktiv 92/85 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en gravid arbetstagare som tillfälligt beviljats ledighet på grund av sin graviditet har rätt till en ersättning som

motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppbar under en referensperiod före graviditeten, med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

3) Artikel 11.2 och 11.3 i direktiv 92/85 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en kvinnlig arbetstagare som är mammaledig har rätt till en ersättning som motsvarar den genomsnittliga lön som hon uppbar under en referensperiod före nämnda ledighet, med undantag för ersättning för jourtjänstgöring.

Underskrifter