FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 24. januar 2008 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 211

II — Retsregler . . . . . I - 212

A — Fællesskabsbestemmelser . . . . . I - 212

B — De nationale bestemmelser . . . . . I - 212

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 216

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen . . . . . I - 218

V — Parternes vigtigste anbringender . . . . . I - 218

A — Det første spørgsmål . . . . . I - 218

B — Det andet spørgsmål . . . . . I - 221

VI — Stillingtagen . . . . . I - 223

A — Det første spørgsmål . . . . . I - 223

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 223

2. Retten til årlig betalt ferie som grundlæggende social rettighed . . . . . I - 224

3. Retten til årlig betalt minimumsferie i fællesskabsretten . . . . . I - 228

a) Fællesskabets kompetence ved bestemmelsen af normens dækningsområde . . . . . I - 228

b) Det fællesskabsretligt sikrede beskyttelsesniveau . . . . . I - 230

1 — Originalsprog: tysk.

c) Det beskyttelsesniveau, der er sikret i ILO-konvention nr. 132 . . . . . I - 231

4. Det arbejdsretlige forbud mod rettighedsindskrænkning som hindring for at gøre retten til årlig betalt minimumsferie gældende . . . . . I - 232

a) Forbuddet mod rettighedsindskrænkning i henhold til ILO-konvention nr. 132 . . . . . I - 233

b) Mulighed for at overføre de i retspraksis udviklede grundprincipper . . I - 233

c) Uforenelighed med meningen og formålet med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 . . . . . I - 235

5. Konklusion . . . . . I - 236

B — Det andet spørgsmål . . . . . I - 237

VII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 239

I — Indledning

1. Ved beslutning af 13. december 2006 har House of Lords (Det Forenede Kongerige) i henhold til artikel 234 EF forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål om fortolkning af artikel 7, stk. 1 og 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [2] (herefter »direktiv 2003/88«).

2. Spørgsmålene er blevet rejst under en retssag anlagt af forhenværende, henholdsvis af stadig ansatte arbejdstagere (sagsøgerne) ved Det Forenede Kongeriges skatte- og toldforvaltning HM Revenue and Customs mod samme myndighed (sagsøgte), i hvilken sag den øverste appelret i civile sager i Det Forenede Kongerige skal træffe afgørelse om, hvorvidt sagsøgerne har krav på en årlig betalt ferie respektivt på en feriegodtgørelse fra sagsøgte.

3. Disse spørgsmål drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt en arbejdstager, der er fraværende på grund af sygdom, under sin sygeorlov har ret til en årlig betalt ferieperiode, og hvorvidt en arbejdstager, der på grund af sygdom var fraværende fra arbejdet i hele det pågældende ferieår eller i en del deraf, i så fald

2 — EUT L 299, s. 9.

ved arbejdsforholdets ophør kan gøre krav på en finansiel godtgørelse.

II — Retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelser*

4. Den 2. august 2004 trådte direktiv 2003/88 i kraft og erstattede direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [3]. Lige som det tidligere direktiv har det til formål at fastlægge visse minimumsbestemmelser for sikkerhed og sundhed ved tilrettelæggelsen af arbejdet. Artikel 7, som er overtaget i uændret form, bestemmer følgende:

»Årlig ferie

1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferieperiode af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

2. Den minimale årlige betalte ferieperiode kan ikke erstattes med en finansiel godtgørelse, medmindre arbejdsforholdet ophører.«

5. Artikel 17 i direktiv 2003/88 bestemmer, at medlemsstaterne kan fravige visse bestemmelser. Artikel 7 hører ikke til de bestemmelser, som i forhold til direktiv 2003/88 kan fraviges.

B — *De nationale bestemmelser*

6. Artikel 13 og 16 i Working Time Regulations 1998 (SI 1998/1833) (arbejdstidsbekendtgørelsen, herefter »WTR«), gennemfører artikel 7, stk. 1, og til dels også artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 i Det Forenede Kongerige. Bestemmelserne har, som ændret

3 — EUT L 307, s. 18.

ved Working Time (Amendment) Regulations 2001 (SI 2001/3256) (bekendtgørelse om ændring af arbejdstidsbekendtgørelsen), i det omfang det her er relevant, følgende ordlyd:

»Artikel 13

1) Med forbehold af stk. 5 har en arbejdstager ret til fire ugers årlig ferie i hvert ferieår.

[…]

5) Når den dato, hvor en arbejdstagers ansættelse er begyndt, er senere end den dato, på hvilken arbejdstagerens første ferieår (i henhold til en relevant aftale) begynder, udgør den ferie, som arbejdstageren er berettiget til i det pågældende ferieår, den del af perioden i henhold til stk. 1, der svarer til den del af det pågældende ferieår, der resterer på det tidspunkt, hvor arbejdstagerens ansættelse er begyndt.

[…]

9) Den ferie, en arbejdstager har ret til ifølge denne artikel, kan opdeles, men

a) den kan kun tages i det ferieår, hvor den er tildelt, og

b) den kan ikke erstattes med en finansiel godtgørelse, medmindre arbejdsforholdet ophører.

[…]

Artikel 16

1) Arbejdstageren har krav på en godtgørelse for den årlige ferie, der tilkommer ham ifølge artikel 13, svarende til en ugeløn for hver uges ferie.«

7. Beregningen af en »ugeløn« er præciseret i lovgivningen. Det svarer stort set til en arbejdstagers normale ugeløn.

8. Såfremt en arbejdstager ønsker at realisere sin ret til årlig ferie i henhold til artikel 13 i WTR, skal han ifølge artikel 15 i forvejen meddele sin arbejdsgiver dette. Artikel 15 i WTR bestemmer, i det omfang det her er relevant, følgende:

»1) En arbejdstager kan afholde den ferie, han har ret til i henhold til artikel 13, på det tidspunkt, han meddeler sin arbejdsgiver i overensstemmelse med stk. 3, såfremt han overholder de krav, arbejdsgiveren måtte stille til ham i henhold til stk. 2).

2) Arbejdsgiveren kan kræve, at arbejdstageren

a) afholder den ferie, han er berettiget til i henhold til artikel 13, eller

b) undlader at afholde denne ferie

på bestemte dage, der meddeles arbejdstageren i overensstemmelse med stk. 3.

3) En meddelelse i henhold til stk. 1 eller 2

a) kan vedrøre hele eller en del af den ferie, en arbejdstager har ret til i et ferieår

b) skal indeholde oplysning om de dage, hvor der afholdes eller (alt efter omstændighederne) ikke afholdes ferie, og hvor stor en del af den pågældende dag der afholdes ferie, hvis der ikke er tale om hele dagen, og

c) skal indgives til arbejdsgiveren eller efter omstændighederne til arbejdstageren før den relevante dato.

4) Den relevante dato ved anvendelsen af stk. 3 er:

a) såfremt der gives meddelelse i henhold til stk. 1 eller stk. 2a, datoen dobbelt så

mange dage forud for den første dag, der er angivet i meddelelsen, som det antal dage eller dele af dage, meddelelsen vedrører, og

b) såfremt der gives meddelelse i henhold til stk. 2b, datoen så mange dage forud for den således angivne første dag som det antal dage eller dele af dage, meddelelsen vedrører.«

9. Artikel 14 i WTR omhandler den situation, at arbejdsforholdet ophører. Bestemmelsen har (i det omfang, det her er relevant) følgende ordlyd:

»1) Denne artikel finder anvendelse, når

a) en arbejdstagers arbejdsforhold ophører i løbet af arbejdstagerens ferieår, og

b) den del, arbejdstageren på den dato, hvor arbejdsforholdet faktisk ophører (»ophørsdatoen«), har afholdt, af den ferie, den pågældende i henhold til artikel 13 har ret til i ferieåret, er forskellig fra den del af ferieåret, der er forløbet.

2) Såfremt den del af ferien, som arbejdstageren har afholdt, er mindre end den del af ferieåret, der er forløbet, skal arbejdsgiveren i stedet for ferie udbetale en finansiel godtgørelse til arbejdstageren i overensstemmelse med stk. 3.

3) Udbetalingen i henhold til stk. 2 skal være:

a) et beløb, som er fastsat i en relevant aftale i henhold til denne artikel, eller

b) […] et beløb, der svarer til det, arbejdstageren ville have krav på i henhold til artikel 16 i forhold til en ferieperiode, der beregnes efter følgende formel:

(A x B) — C

hvor

A er den ferieperiode, som arbejdstageren har ret til i henhold til artikel 13

B er den del af arbejdstagerens ferieår, der er forløbet før ophørsdatoen, og

C er den ferieperiode, der er afholdt af arbejdstageren fra datoen for ferieårets påbegyndelse til ophørsdatoen.«

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

10. Alle sagsøgerne i hovedsagen var ansat hos sagsøgte. Der kan sondres mellem to grupper arbejdstagere [4].

11. Til den første gruppe hører Sabba Khan. Hun var i flere måneder fraværende på ubestemt tid og fik sygedagpenge. Den 10. oktober 2003 meddelte hun under sin sygeorlov sin arbejdsgiver, at hun ønskede at afholde 20 dage årlig betalt ferie fra den 17. november til den 11. december 2003. Arbejdsgiveren accepterede ikke denne ansøgning om ferie. Sabba Khan indbragte sagen for Employment Tribunal (arbejdsretten) og gjorde i henhold til artikel 13 i WTR gældende, at hun havde ret til at afholde årlig ferie, og at hendes løn i henhold til artikel 16 i WTR fortsat skulle udbetales til hende i denne ferie. Employment Tribunal gav hende medhold og dømte arbejdsgiveren til at betale hende 595,32 pund (GBP).

12. Til den anden gruppe hører Keith Ainsworth, Sabriye Kilic og Michael Thwaites. De blev alle afskediget af arbejdsgiveren. De havde alle haft langvarig sygeorlov og havde sygeorlov i hele det ferieår, hvori de blev afskediget. Ingen af dem havde afholdt deres årlige ferie i det år. De indbragte sagen for Employment Tribunal og krævede betaling i henhold til artikel 14 i WTR, som drejer sig om arbejdstagerens situation ved arbejdsforholdets ophør. I samtlige tilfælde gav Employment Tribunal dem medhold og fastsatte de skyldige godtgørelser efter formlen i artikel 14, stk. 3, WTR. Derved fik Keith Ainsworth tilkendt 16,14 GBP, Sabriye Kilic 454,74 GBP og Michael Thwaites 967,14 GBP.

13. Sagsøgte appellerede disse afgørelser til Employment Appeals Tribunal. Denne domstol afviste ganske vist appellen, men

4 — Med undtagelse af Stringer er samtlige sagsøgere fra hovedsagen repræsenteret i denne sag. Selv om Stringer heller ikke er repræsenteret i appelsagen for House of Lords, anvendes hendes navn stadig i den nationale proces som betegnelse for retssagen.

tillod, at den blev indbragt for Court of Appeal.

14. Court of Appeal, der behandlede alle sagerne samlet, gav arbejdsgiveren medhold i alle appelsagerne. Den lagde — bl.a. — følgende til grund:

— I Sabba Khan-sagen accepterede Court of Appeal det af arbejdsgiveren anførte om, at en arbejdstager ikke kan afholde årlig ferie i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 13 i WTR, i løbet af en periode, hvor arbejdstageren har sygeorlov og derfor ikke er forpligtet til at arbejde.

— I sagerne vedrørende Keith Ainsworth, Sabriye Kilic og Michael Thwaites accepterede Court of Appeal arbejdsgiverens argument, hvorefter en arbejdstager ved beregningen af den erstatning, der skal betales ved opsigelse i henhold til artikel 14 i WTR, ikke er berettiget til udbetaling af erstatning i medfør af artikel 14, hvis den pågældende arbejdstager ikke var berettiget til at afholde årlig ferie i henhold til artikel 13, fordi den pågældende var på sygeorlov.

15. Derefter påklagede arbejdstagerne sagen til House of Lords. Efter at have hørt parterne lagde House of Lords til grund, at fortolkningen af artikel 7, stk. 1 og 2, i direktiv 2003/88 er omstridt. House of Lords er af den opfattelse, at de spørgsmål, der har rejst sig i denne sag, ganske vist overlapper de spørgsmål, der rejste sig i Schultz-Hoff-sagen (sag C-350/06), men dog i en vis henseende adskiller sig herfra. Det er derfor muligt, at Domstolens besvarelse i Schultz-Hoff-sagen ikke er afgørende for de spørgsmål, der foreligger i denne appelsag. House of Lords har derfor besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål for at kunne tage stilling til appellerne:

»1) Betyder artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF, at en arbejdstager, der har sygeorlov på ubestemt tid, er berettiget i) til at betegne en fremtidig periode som årlig betalt ferie og ii) til at afholde årlig betalt ferie — i begge tilfælde i løbet af en periode, der ellers ville være sygeorlov?

2) Hvis en medlemsstat udøver sin skønsbeføjelse til at erstatte den minimale årlige betalte ferieperiode med en finansiel godtgørelse ved arbejdsforholdets ophør i henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88/EF i en situation, hvor arbejdstageren har været på sygeorlov i

hele eller en del af det ferieår, hvori arbejdsforholdet bringes til ophør, indeholder artikel 7, stk. 2, da noget krav til eller nogen kriterier for, hvorvidt godtgørelsen skal udbetales, eller hvorledes denne skal beregnes?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

16. Den præjudicielle anmodning blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. december 2006.

17. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgerne i hovedsagen, af regeringerne i Det Forenede Kongerige, Republikken Slovenien, Kongeriget Belgien, Den Italienske Republik, Republikken Polen og Den Tjekkiske Republik samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i stattutten for Domstolen.

18. I den mundtlige forhandling den 20. november 2007 deltog repræsentanter for sagsøgerne i hovedsagen, for Det Forenede Kongeriges og Kongeriget Nederlandenes regeringer samt for Kommissionen og afgav mundtlige indlæg.

V — Parternes vigtigste anbringender

A — *Det første spørgsmål*

19. *Sagsøgerne* er af den opfattelse, at retten til årlig betalt ferie som omhandlet i artikel 7 i direktiv 2003/88 er en grundlæggende social rettighed, som ikke kan fraviges. Formålet med direktiv 2003/88, som er at forbedre arbejdstagernes livs- og arbejdsvilkår ved en harmonisering af de nationale arbejdstidsbestemmelser, ville blive tilsidesat, hvis en arbejdstager fik frataget sin ret til at vælge en bestemt periode som ferie. Det følger endvidere af Domstolens praksis, at en fællesskabsretligt sikret ret til ferie eller orlov ikke må forringe en anden fællesskabsretligt sikret ret til ferie eller orlov, der tjener et andet formål. Endelig vil en fortolkning af artikel 7 i direktiv 2003/88, hvorefter fravær på grund af sygdom medfører tab eller nedsættelse af retten til årlig ferie, gøre det vanskeligt reelt at udøve denne rettighed.

20. *Kongeriget Belgiens*, *Den Tjekkiske Republiks*, *Republikken Sloveniens* og *Det Forenede Kongeriges* regeringer er af en anden opfattelse.

21. Efter *den belgiske regerings* opfattelse skal det første spørgsmål besvares benægtende i betragtning af direktivets formål. Formålet med direktivet, nemlig at forbedre arbejdsvilkårene for at beskytte arbejdstagernes

sundhed og sikkerhed, kan bl.a. udledes af betragtningerne til direktivet og til dets forgænger, direktiv 93/104, af begrundelserne i forslaget til direktivet, af direktivets artikel 1, stk. 1, og af dets retsgrundlag, artikel 137 EF. Dette formål er blevet bekræftet af retspraksis. Et bekræftende svar på det første spørgsmål er i strid med dette formål, da muligheden for tage årlig ferie under et sygefravær ikke bidrager til en forbedring af arbejdsvilkårene. Formålet opfyldes kun meningsfyldt, hvis man tager ferie, mens man faktisk udøver sit arbejde eller opfylder sin arbejdsforpligtelse. Desuden henhører sådanne spørgsmål under den nationale retspraksis og øvrige praksis.

22. Også *den tjekkiske regering* foreslår at besvare det første spørgsmål benægtende. Den henviser til, at direktivet ikke udtrykkeligt nævner arbejdstagerens ret til at holde ferie under sygdom, således at besvarelsen af det første spørgsmål afhænger af fællesskabslovgivers hensigt. Det afgørende spørgsmål er, om arbejdstagerens ret til årlig betalt ferieperiode skal respekteres fuldt ud i samtlige medlemsstater og uafhængigt af den eksisterende retsorden. Dette spørgsmål må besvares benægtende. Ret til ferie opnås kun inden for rammerne af den konkrete nationale lovgivning, idet direktivets generelle målsætning kan nås ad forskellig vej. De spørgsmål, der er rejst i denne sag, vedrører ikke selve eksistensen af retten til årlig betalt ferieperiode, men udelukkende de nærmere vilkår for at få den bevilget, som udelukkende skal fastsættes ved nationale regler.

23. Efter *den slovenske regerings* opfattelse skal spørgsmålet behandles i lyset af formålet med den årlige ferie, som er at bevare arbejdstagernes sundhed på både kort og lang sigt. Formålet med direktivet kan udledes af dets betragtninger og af Domstolens praksis, ifølge hvilken retten til årlig ferie er et særlig vigtigt princip inden for socialretten, som kun kan fraviges i de undtagelsestilfælde, der er fastlagt i direktivet. Artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 tillader ikke en arbejdstager, som er fraværende på ubestemt tid på grund af sygdom, at definere dette langvarige fravær som årlig ferie og tillader ham heller ikke at afholde sin årlige ferie under sygefraværet, eftersom årlig ferie og sygefravær ud fra deres formål udelukker hinanden.

24. Efter *Det Forenede Kongeriges regerings* opfattelse består meningen og formålet med artikel 7 i direktiv 2003/88 i ved en sikring af ferie at beskytte sundheden hos dem, der rent

faktisk arbejder. Arbejdstagere, der rent faktisk ikke arbejder, ville i den sidste ende ikke have nogen gavn af ferien, således at man må spørge sig selv: »ferie fra hvad?«.

25. I virkeligheden drejer spørgsmålet om årlig ferie under sygdom ifølge Det Forenede Kongeriges regering sig om spørgsmålet om opretholdelse af lønnen, som er højere ved afholdelse af ferie end ved lønudbetaling i forbindelse med sygdom. Dette finansielle aspekt er imidlertid irrelevant i betragtning af direktivets formål, som er at beskytte arbejdstagernes sundhed. Udbetaling af feriepenge til en arbejdstager, som på grund af sygdom allerede er fraværende, er en uberettiget fordel for arbejdstageren, henholdsvis en uberettiget omkostning for arbejdsgiveren. Endvidere ville forpligtelsen til at udbetale en sådan forskel også have den uønskede virkning, at arbejdsgivere snarere ville afskedige den pågældende for at undgå denne omkostningsrisiko.

26. *Den Italienske Republik* og *Republikken Polens* regeringer samt *Kommissionen* har fremført en mere differentieret opfattelse.

27. *Den italienske regering* har anført, at artikel 7 i direktiv 2003/88 skal forstås således, at den arbejdstager, der er fraværende på ubestemt tid på grund af sygdom, har ret til at kræve årlig ferie, også ud over det løbende år, da det ikke er foreneligt med principperne i fællesskabsretten, hvis retten til ferie bortfalder, når arbejdstagerens fravær er berettiget af helbredsgrunde. Den italienske regering henviser til Domstolens praksis, ifølge hvilken en overførsel af ferie til det følgende kalenderår er uundgåelig, i tilfælde af at der i slutningen af det løbende år har ophobet sig forskellige ferieperioder, som er sikret i fællesskabsretten. Alligevel udelukker forskellen mellem formålet med den årlige ferie og formålet med sygeorlov, at arbejdstageren afholder årlig ferie under sin sygeorlov.

28. *Den polske regering* er af den opfattelse, at det første spørgsmål skal undersøges i lyset af de målsætninger og principper, der ligger til grund for direktiv 2003/88. Således er formålet at fritage en arbejdstager for hans arbejdspligt af helbredsgrunde forskelligt fra formålet med den årlige ferie. I det første tilfælde drejer det sig om en fritagelse for arbejdspligten med henblik på, at arbejdstageren kan generhverve sin arbejdsevne ved at blive rask. I det andet tilfælde fritages arbejdstageren for sin arbejdspligt, for at han kan restituere sig fysisk og fortsætte sit sædvanlige arbejde. Den polske regering slutter heraf, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal fortolkes således, at en arbejdstager, som er på sygeorlov, ikke i den samme periode kan gøre krav på årlig ferie.

29. Efter *Kommissionens* opfattelse skal der ved fortolkningen af direktivet tages hensyn til dets formål, som er at forbedre arbejdstagernes livs- og arbejdsvilkår. Kommissionen mener, at et bekræftende svar på det første spørgsmål rummer visse risici for arbejdstagernes rettigheder. I betragtning af at den løn, der betales i tilfælde af sygdom, er lavere end

arbejdstagerens gennemsnitsløn, kan det ikke udelukkes, at en syg arbejdstager af finansielle grunde kan være tilbøjelig til at søge om årlig betalt ferieperiode.

30. Kommissionen anser det desuden for ulogisk at tillade, at en arbejdstager afholder årlig ferie på et tidspunkt, hvor han først er ved at komme sig efter en sygdom eller et uheld. Derudover mener Kommissionen, at den årlige feries rekreationsfunktion kun kan sikres, hvis orlovs- og ferieperioderne følger efter hinanden, da der ellers er fare for, at arbejdstageren f.eks. efter pres fra arbejdsgiveren erstatter sygeorlov med årlig ferie.

31. *Den nederlandske regering* bestrider i sit mundtlige indlæg, at direktiv 2003/88 principielt kan anvendes på tilfælde af arbejdstageres sygdomsbetingede fravær, og begrunder det med, at sådanne tilfælde ikke er omfattet af normen. Anvendelsesområdet for direktiv 2003/88 er udelukkende begrænset til aktive arbejdstagere, hvilket medfører, at det i denne sag kun er de nationale love, der gælder. Mangfoldigheden af nationale ordninger tillader imidlertid ikke nogen almengyldige konklusioner med hensyn til syge arbejdstageres rettigheder.

B — *Det andet spørgsmål*

32. *Sagsøgerne* er af den opfattelse, at kravet om feriegodtgørelse i artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 ikke må nedskæres, hvis arbejdstageren har været fraværende på grund af sygdom i en del af eller i hele det år, hvor ansættelsesforholdet ophører.

33. For en sikkerheds skyld gør de gældende, at artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 ikke knytter opfyldelsen af kravet om feriegodtgørelse sammen med nogen særlige betingelser.

34. Efter *den belgiske regerings* opfattelse kan besvarelsen af det andet spørgsmål, lige som af det første spørgsmål, udledes af meningen og formålet med direktivet, som er at forbedre arbejdsvilkårene for at beskytte sundheden og sikkerheden hos arbejdstagerne, som efter ophøret af arbejdsforholdet ikke længere er udsat for fare. Den belgiske regering foreslår derfor at besvare det andet spørgsmål benægtende, således at forudsætningerne og de nærmere vilkår for en finansiel godtgørelse ikke hører ind under direktivets anvendelsesområde, men at reguleringen heraf påhviler den nationale lovgivning og praksis.

35. Også *den tjekkiske regering* henviser til formålet med direktivet for at begrunde sin benægtende besvarelse af det andet spørgsmål. Ifølge artikel 2 i direktiv 2003/88 forstås der ved »arbejdstid« det tidsrum, hvori arbejdstageren er på arbejde og står til arbejdsgiverens rådighed, og som hvileperiode det tidsrum, der ikke er arbejdstid. Den omstændighed, at der under et sygefravær f.eks. heller ikke gives daglige pauser, viser, at enhver tildeling af hviletid er afhængig af, at arbejdstageren er på arbejde eller står til rådighed for arbejdsgiveren. Derfor opstår der under sygefravær ikke noget krav på ferie for disse perioder og dermed heller ikke noget hertil svarende krav på godtgørelse. Følgelig opstiller direktivet, selv om det ikke er til hinder for en tilsvarende national ordning, ikke nogen betingelser for et eventuelt godtgørelseskrav for ferie, der ikke er afholdt på grund af sygdom.

36. *Den slovenske regering* mener ligeledes, at det andet spørgsmål må besvares benægtende. Den henviser til sin argumentation angående det første spørgsmål og tilføjer, at direktivet ikke garanterer arbejdstageren nogen ret til finansiel godtgørelse for hans ferie. Medlemsstaterne kan ganske vist godt have regler om en sådan, og en sammenligning af de nationale ordninger i Slovenien og Det Forenede Kongerige viser, at medlemsstaterne her har etableret forskellige ordninger. Men hvis en medlemsstat har regler om en sådan godtgørelse, er beregningen af denne udelukkende undergivet den nationale lovgivning.

37. *Det Forenede Kongeriges regering* henviser med hensyn til det andet spørgsmål til, at den — benægtende — besvarelse er en uomgængelig følge af dens opfattelse vedrørende det første spørgsmål: Da der i tilfælde af sygefravær allerede under den samlede referenceperiode ikke består noget krav på ferie, består der rent logisk heller ikke noget krav på en godtgørelse. Desuden tillader artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 ganske vist medlemsstaterne at fastsætte en godtgørelse for ikke-afholdt ferie ved arbejdsforholdets ophør, men den forpligter dem ikke til det. Det er altså medlemsstaterne, der har enekompetence til at fastsætte de nærmere betingelser i forbindelse med en eventuel godtgørelse.

38. Efter *den italienske regerings* opfattelse følger besvarelsen af det andet spørgsmål af argumentationen vedrørende det første spørgsmål. Ifølge denne tilkommer der altid arbejdstageren et krav på feriegodtgørelse som erstatning for den årlige betalte ferie, som han på grund af sygdom ikke har kunnet afholde i løbet af det pågældende år indtil tidspunktet for ansættelsesforholdets ophør. Beregningen af størrelsen af feriegodtgørelseskravet skal tage hensyn til det antal måneder, arbejdstageren har arbejdet efter ferieperioderne. I den forbindelse skal sygefraværsperioder sidestilles med tjenesteperioder.

39. *Den polske regering* henviser til, at retten til feriegodtgørelse er en erstatning for retten til årlig ferie. Den sidstnævnte forvandles ved ansættelsens ophør til et krav på godtgørelse

for ikke-afholdt ferie. Artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 skal derfor fortolkes således, at arbejdstageren har krav på godtgørelse for den periode, hvor han har opnået ret til en årlig betalt ferie.

VI — Stillingtagen

A — *Det første spørgsmål*

1. Indledende bemærkninger

40. Efter *Kommissionens* opfattelse sikrer artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 en finansiel godtgørelse for tabet af årlig ferie, som arbejdstageren indtil ansættelsesforholdets ophør ikke har kunnet afholde. Fraværsperioder af grunde, som arbejdstageren ikke er ansvarlig for, såsom sygdom og uheld, skal medregnes som tjenesteperioder og dermed indgå i beregningen af kravet på årlig betalt ferie. Desuden giver direktivet ikke medlemsstaterne beføjelse til at indskrænke eller ophæve denne ret, som arbejdstageren har. Kommissionen går derfor ind for at tilkende arbejdstageren en ret til feriegodtgørelse trods sygefravær.

41. Hvad angår størrelsen af kravet på feriegodtgørelse i de enkelte tilfælde er det Kommissionens opfattelse, at godtgørelsen, for så vidt der faktisk er opstået et krav på årlig betalt ferie, skal beregnes efter samme sats som den løn, der tilkommer arbejdstageren.

42. Med det første spørgsmål rejser House of Lords et problem ved fortolkningen af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, som vedrører den normative rækkevidde af den ret til årlig betalt ferie, som denne bestemmelse sikrer arbejdstagerne. Konkret drejer det sig om, hvorvidt fællesskabsretten principielt sikrer arbejdstagere, der på grund af sygdom er ude af stand til at arbejde, et krav på årlig betalt ferie, og hvorvidt de i givet fald kan gøre dette krav gældende i en periode, hvor de har orlov på grund af sygdom.

43. Problemet vedrører to forskellige aspekter af retten til årlig betalt ferie, som efter min mening må holdes klart adskilte. For det første drejer det sig om selve eksistensen af denne rettighed, for det andet om betingelserne for den praktiske udøvelse heraf. For overskuelighedens skyld finder jeg det hensigtsmæssigt at behandle de to aspekter adskilt.

44. I denne sag anmodes Domstolen om positivt at fastslå, om fællesskabsretten giver arbejdstagere bestemte rettigheder. Ganske

vist rejses også implicit det spørgsmål, hvilke krav direktiv 2003/88 stiller til den nationale lovgivning, for at disse arbejdstagerrettigheder kan virkeliggøres. Som følge heraf går den følgende retlige undersøgelse i den sidste ende ud på at fortolke det udtryk, der står i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88: »i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis«.

45. Hvad angår fordelingen af lovgivningskompetencen mellem Fællesskabet og dets medlemsstater med hensyn til sikring af ret til årlig betalt ferie skal jeg først påpege, at fællesskabslovgiver ved udstedelsen af direktiv 2003/88 har benyttet en retlig mekanisme, som ganske vist i henhold til artikel 249, stk. 3, EF overlader de nationale myndigheder et vist spillerum med hensyn til valget af midler og formen for gennemførelse, men som samtidig stiller krav til dem, da direktivet er forpligtende for hver enkelt medlemsstat med hensyn til det formål, der tilstræbes [5]. De nationale retsordener opnår herved store, om end ikke ubegrænsede udformningsmuligheder med hensyn til gennemførelsen af retten til årlig betalt ferie [6]. Ved opfyldelsen af det normative gennemførelseskrav i artikel 7 skal medlemsstaterne derfor altid tage hensyn til formålene med direktiv 2003/88.

2. Retten til årlig betalt ferie som grundlæggende social rettighed

46. For at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål hensigtsmæssigt finder jeg det nødvendigt at gå langt tilbage og undersøge retten til årlig betalt ferie både i den udformning, hvori den forekommer i den afledte ret inden for Fællesskabets retsorden, og i den større sammenhæng inden for de grundlæggende sociale rettigheder.

47. Med hensyn til formålet med direktiv 2003/88 kan det både af artikel 137 EF, som er retsgrundlaget for dette direktiv, og af første, fjerde, syvende og ottende betragtning til direktivet, samt af ordlyden i artikel 1, stk. 1, udledes, at der gennem direktivet skal fastsættes minimumsforskrifter med henblik på at forbedre arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår ved indbyrdes tilnærmelse af de nationale bestemmelser med hensyn til bl.a. arbejdstidens længde [7]. Denne harmonisering på fællesskabsplan af arbejdstidens tilrette-

5 — Jf. den grundlæggende dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 69 og 73, ifølge hvilken der »heraf følger en forpligtelse for medlemsstaterne til inden for rammerne af den frihed, som de har ifølge artikel 189, at vælge de former og midler, som er bedst egnede til under hensyntagen til direktivernes formål at sikre disses tilsigtede virkninger«.

6 — Jf. L. Stärker, *Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie*, Wien, 2006, s. 81.

7 — Dom af 26.6.2001, sag C-173/99, BECTU, Sml. I, s. 4881, præmis 37, af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389, præmis 45 og 47, af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 91, og af 1.12.2005, sag C-14/04, Dellas m.fl., Sml. I, s. 10253, præmis 40.

lægge har til formål at garantere en bedre beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed ved at sikre dem daglige, ugentlige og årlige minimumshvileperioder og passende pauser og ved at fastsætte en maksimal ugentlig arbejdstid [8].

48. Ved fortolkningen af artikel 7 i direktiv 2003/88 skal det imidlertid tages i betragtning, at retten til en årlig betalt minimumsferie ikke først er blevet indført med arbejdstidsdirektivet, men længe har udgjort en del af de folkeretligt anerkendte grundlæggende sociale rettigheder, uafhængigt af længden af den tildelte ferie. På internationalt plan nævnes denne grundlæggende rettighed f.eks. i artikel 24 i verdenserklæringen om menneskerettigheder [9], som tilkender enhver »ret til hvile og fritid, herunder en rimelig begrænsning af arbejdstiden, og til periodisk ferie med løn«. Rettigheden anerkendes ligeledes i artikel 2, stk. 3, i Europarådets Socialpagt [10], samt i artikel 7, litra d), i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder [11] som udtryk for ethvert menneskes ret til retfærdige og rimelige arbejdsvilkår.

49. Inden for rammerne af Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO), som er en særorganisation i FN-regi, har retten til årlig betalt minimumsferie indtil nu været genstand for to multilaterale aftaler, idet konvention nr. 132, der trådte i kraft den 30. juni 1973 [12], ændrede den indtil da gældende konvention nr. 52 [13]. De indeholder bindende forskrifter for de kontraherende stater med henblik på at realisere denne grundlæggende sociale rettighed inden for deres nationale retsordener.

50. Disse forskellige internationale retsakter adskiller sig imidlertid fra hinanden både i deres indhold og i deres normative rækkevidde, idet det i visse tilfælde drejer sig om folkeretlige aftaler, og i andre blot om

8 — Dom af 3.10.2000, sag C-303/98, Simap, Sml. I, s. 7963, præmis 49, BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 38, Jaeger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 46, samt dom af 12.10.2004, sag C-313/02, Wippel, Sml. I, s. 9483, præmis 47, og dommen i sagen Dellas m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 41.

9 — Verdenserklæringen om menneskerettigheder, vedtaget af FN's generalforsamling i resolution 217A(III) den 10.12.1948.

10 — Den europæiske socialpagt, som blev fremlagt til undertegnelse af Europarådets medlemsstater den 18.10.1961 i Torino og trådte i kraft den 26.2.1965. I dens artikel 2, stk. 3, bestemmes, at de kontraherende parter for at sikre en effektiv udøvelse af retten til rimelige arbejdsvilkår forpligter sig til at foreskrive mindst to ugers årlig ferie med løn.

11 — Den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder blev enstemmigt vedtaget den 19.12.1966 af De Forenede Nationers generalforsamling. I artikel 7, litra d), bestemmes, at »[d]e i denne konvention deltagende stater anerkender ethvert menneskes ret til at nyde retfærdige og gunstige arbejdsvilkår, som i særdeleshed sikrer: […] hvile, fritid og rimelig begrænsning af arbejdstiden samt regelmæssig ferie med løn, såvel som vederlag for søgnehelligdage«.

12 — ILO-konvention nr. 132 om årlig ferie med løn, i ny affattelse fra 1970, vedtaget af Den Internationale Arbejdsorganisations generalkonference den 24.6.1970 og trådt i kraft den 30.6.1973.

13 — ILO-konvention nr. 52 om årlig ferie med løn, vedtaget af Den Internationale Arbejdsorganisations generalkonference den 24.6.1936 og trådt i kraft den 22.9.1939. Denne konvention har fundet en ny affattelse ved konvention nr. 132, men er selv endnu ikke blevet fuldstændigt ratificeret.

højtidelige erklæringer uden retlig bindende virkning [14]. Det personelle anvendelsesområde er også forskelligt udformet, således at den begunstigede personkreds på ingen måde er identisk. Desuden indrømmes der som regel de stater, der har undertegnet aftalen som adressater for disse retsakter, et vidt spillerum for gennemførelsen, således at de begunstigede individer ikke umiddelbart kan påberåbe sig denne rettighed. Alligevel er det karakteristisk, at retten til betalt ferie i samtlige disse internationale retsakter klart henregnes til arbejdstagernes grundlæggende rettigheder.

51. Desto vigtigere er det efter min mening, at denne ret ved at blive optaget i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [15] har opnået sin højst kvalificerede og endegyldige bekræftelse [16]. Artikel 31, stk. 2, i charteret bestemmer nemlig, at »[e]nhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til årlig ferie med løn«. Historisk set knytter denne bestemmelse sig til artikel 2, stk. 3, i Europarådets Socialpagt og til punkt 8 i Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder [17]; samtidig blev der ifølge bemærkninger fra Konventspræsidiets sekretariat taget omfattende hensyn til direktiv 93/104 som forgængerdirektiv for det nuværende direktiv 2003/88 [18].

52. Artikel 31, stk. 2, i charteret om grundlæggende rettigheder fastlægger således retten til en årlig betalt ferieperiode som en almengyldig menneskerettighed [19]. Ganske vist er der i lighed med nogle af de førnævnte

14 — M. Zuleeg, »Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft«, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1992, hæfte 15/16, s. 331, gør opmærksom på, at akter uden retlig forpligtelse, såsom Fællesskabspagten om arbejdstagernes sociale rettigheder, i første række tjener som programmatiske retningsgivere. De kan først få retlig betydning, når domstole anvender dem til fortolkning eller retsskabende virksomhed. W. Balze, »Überblick zum sozialen Arbeitsschutz in der EU«, *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 38. supplementhæfte, 1998, fjerde afsnit, konstaterer korrekt, at selv om Fællesskabspagten om arbejdstagernes sociale rettigheder ganske vist ikke i sig selv som højtidelig erklæring medfører nogen retlig forpligtelse, har den dog i væsentlig grad bidraget til at udløse det handlingsprogram, Kommissionen vedtog i slutningen af 1989, om gennemførelse af Fællesskabspagten af 28.11.1989. Handlingsprogrammet indførte i alt 23 konkrete forslag til direktiver, bl.a. inden for området til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, direktiver, som i det væsentlige blev gennemført indtil 1993. Det følger heraf, at også højtidelige erklæringer i sidste ende kan opnå betydning ved virkeliggørelsen af de grundlæggende sociale rettigheder, der proklameres i dem, som inspirationskilde for lovgivningsvirksomhed.

15 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der blev proklameret den 7.12.2000 i Nice, EFT C 364, s. 1.

16 — Generaladvokat Tizzano kommer til samme resultat i sit forslag til afgørelse i BECTU-sagen, dommen nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 26.

17 — Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder blev vedtaget den 9.12.1989 i Strasbourg af EU-medlemsstaternes stats- og regeringschefer. Det hedder i punkt 8 i Fællesskabspagten, at »enhver arbejdstager i Det Europæiske Fællesskab i overensstemmelse med gældende praksis i det enkelte land [har] ret til en ugentlig hvileperiode og årlig ferie med løn, idet der skal ske indbyrdes tilnærmelse af varigheden heraf på et stadigt stigende niveau«. E. Eichenhofer, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, M.A. Dauses, München, 2004, bind 1, D. III., afsnit 38 og 39, taler udtrykkeligt i denne sammenhæng om ret til årlig betalt ferie som en »grundlæggende social rettighed«, der er indeholdt i Fællesskabspagten.

18 — Jf. herom H.W. Rengeling, *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln, 2004, afsnit 1016, s. 812.

19 — E. Riedel, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Jürgen Meyer, 2. oplag, Baden-Baden, 2006, artikel 31, afsnit 20, er af den opfattelse, at betydningen af artikel 31, stk. 2, i charteret om grundlæggende rettigheder først og fremmest ligger i klart at have etableret et socialt minimum ved at fastlægge principperne for en begrænsning af den maksimale arbejdstid, for daglige og ugentlige hvileperioder, selv ved arbejdsforhold med skifteholdsarbejde eller vekslende arbejdstider, samt for årlig ferie med løn, som rettigheder, enhver har.

internationale juridiske instrumenter ikke tillagt Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder nogen autentisk normativ rækkevidde, således at dette først og fremmest skal ses som en politisk erklæring. Alligevel mener jeg, at det ville være fejlagtigt at frakende charteret enhver betydning ved fortolkningen af fællesskabsretten [20]. Uanset spørgsmålet om charterets endelige retlige status i Den Europæiske Unions retsorden, der må afklares i fremtiden, udgør det allerede i dag en konkretisering af grundlæggende fælleseuropæiske værdier [21].

53. Derudover afspejler charteret i betydelig grad også medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Så vidt jeg kan se, kan man så afgjort drage denne konklusion med hensyn til retten til årlig betalt minimumsferie, da artikel 31, stk. 2, i charteret har forbilleder i talrige medlemsstaters forfatning [22]. Det kan derfor bestemt forsvares i en retstvist som den foreliggende om en grundlæggende rettigheds natur og rækkevidde at inddrage grundtanken i charterets artikel 31,

20 — Denne opfattelse har jeg senest fremsat i mit forslag til afgørelse af 3.5.2007 fremsat i forbindelse med dom af 18.12.2007, sag C-62/06, Zefeser, punkt 54 og fodnote 43, vedrørende retten til en retfærdig rettergang i henhold til artikel 47 i charteret om grundlæggende rettigheder. Herom allerede tidligere generaladvokat Tizzano i hans forslag til afgørelse i BECTU-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 16, punkt 28, samt generaladvokat Léger i hans forslag til afgørelse af 10.7.2001 fremsat i forbindelse med dom af 6.12.2001, sag C-353/99 P, Rådet mod Hautala, Sml. I, s. 9565, punkt 73-86. Også Domstolen baserer sig i stigende grad på bestemmelserne i charteret om grundlæggende rettigheder. Jf. senest herom dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Europa-Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 38, med henvisning til vigtigheden af charteret, der anføres i betragtningerne til det omhandlede direktiv, samt dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37, og af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 46.

21 — Jf. herom M. Poiares Maduro, »The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights«, *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, 2004, s. 306, T. Schmitz, »Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Konkretisierung der gemeinsamen europäischen Werte«, *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, Berlin, 2005, s. 85, samt U. Beyer, C. Oehme og F. Karmrodt, »Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht«, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, hæfte 34, november 2004, s. 14. I. García Perrote Escartín, »Sobre el derecho de vacaciones«, *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, bind 4, 2004, s. 3586, fremsætter den formodning, at retten til årlig betalt ferie, således som den er nedfældet i artikel 40, stk. 2, i den spanske forfatning, er et produkt af alle de internationale instrumenter til beskyttelse af de grundlæggende rettigheder. Han er af den opfattelse, at disse instrumenter tilsammen har bidraget til, at der er opstået en universel eller endda en specifik europæisk bevidsthed om eksistensen af denne grundlæggende sociale rettighed.

22 — Ifølge fællesskabsretten påhviler det først og fremmest medlemsstaterne at regulere området for arbejdsvilkår. Adskillige forfatningstekster indeholder garantier med hensyn til arbejdsvilkår, som omfatter arbejdstagernes ret til rekreation og hvile. Således pålægger artikel 11, stk. 5, i *Luxembourgs* forfatning og artikel 40, stk. 2, i *Spaniens* forfatning staten en pligt til at skabe sunde arbejdsvilkår og sikre arbejdstagerne rekreation og hvile, henholdsvis at sørge herfor, jf. S. González Ortega, »El disfrute efectivo de la vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad«, *Revista española de derecho europeo*, nr. 11, 2004, s. 423 ff.. En langt mere udførlig bestemmelse, som snarere svarer til formuleringen i charterets artikel 31, findes i artikel 36 i *Italiens* forfatning, som bl.a. fastsætter en ret til en ugentlig hviledag og årlig betalt ferie. *Portugals* forfatning synes at have været et af forbillederne for charteret, idet dens artikel 59, stk. 1, litra d), fastlægger retten til hvile, rekreation og fritid, en maksimumsgrænse for den daglige arbejdstid, en ugentlig hvilepause samt regelmæssig betalt ferie, jf. J. C. Vieira De Andrade, »La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal«, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne — Étude de droit comparé*, Athen/Bruxelles/Baden-Baden, 2000, s. 677. I de fleste gamle medlemsstater i Den Europæiske Union bygger retten til årlig betalt ferie på almindelige lovbestemmelser, som afspejler de relevante sekundærretlige forskrifter i direktiverne, for så vidt fællesskabsretlige anvendelsesområder er berørt. Derimod udviser de nye medlemsstater bortset fra *Cypern* en ret udførlig kodificering af denne ret. Dette gælder f.eks. for artikel 36, litra f), i den *slovakiske* forfatning, artikel 66, stk. 2, i den *polske*, artikel 70/B, stk. 4, i den *ungarske*, artikel 107 i den *lettiske* samt artikel 49, stk. 1, i den *litauiske*, som sikrer den årlige betalte ferie. Arbejdsvilkårene nævnes i generelle vendinger i artikel 66 i *Sloveniens* forfatning, i artikel 28 i *Den Tjekkiske Republiks* forfatning samt i artikel 29, stk. 4, i *Estlands* forfatning, jf. E. Riedel, nævnt ovenfor i fodnote 19, artikel 31, afsnit 3 og 4.

stk. 2, ved fortolkningen af artikel 7 i direktiv 2003/88 [23].

kompetente nationale myndigheder inden for de udtrykkelige begrænsninger, der er fastsat ved direktivet selv« [24]. Bestemmelserne i artikel 7 i direktiv 2003/88 er formuleret som en regel, der foreskriver, at en arbejdstager skal have adgang til en reel hvileperiode med henblik på en effektiv beskyttelse af hans sikkerhed og sundhed [25].

3. Retten til årlig betalt minimumsferie i fællesskabsretten

a) Fællesskabets kompetence ved bestemmelsen af normens dækningsområde

54. Domstolen har anerkendt rækkevidden af retten til årlig betalt ferie og fastslået, at »[h]ver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie må betragtes som et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning, der ikke kan fraviges, og som kun kan gennemføres af de

55. Ifølge retspraksis tilkommer der medlemsstaterne en vigtig rolle ved realiseringen af denne ret, da der til opfyldelse af kravet om gennemførelse i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 påhviler dem en forpligtelse til at fastsætte de nødvendige nationale gennemførelsesbestemmelser [26]. Dette indbefatter fastlæggelse af vilkårene for udøvelse og gennemførelse af retten til årlig betalt ferie, idet det står medlemsstaterne frit for at præcisere de konkrete omstændigheder, hvorunder arbejdstagerne kan gøre brug af denne ret, som tilkommer dem for alle de fuldførte arbejdsperioder [27].

56. Henvisningen i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 til de nationale bestemmelser tjener navnlig det formål at gøre det muligt for medlemsstaterne at fastsætte de retlige rammer, der regulerer de organisatoriske og

23 — Ifølge S. Smismans, »The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights«, *Social Rights in Europe*, Gráinne de Búrca og Bruno de Witte, Oxford, 2005, s. 229, vil man i sager for Domstolen nødvendigvis rejse spørgsmålet om forholdet mellem artikel 7 i direktiv 2003/88 og de grundlæggende rettigheder, først og fremmest artikel 31, stk. 2, i Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder. Ifølge S. Krebber, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Christian Calliess og Matthias Ruffert, 1. oplag, Neuwied, 1999, artikel 136 EF, afsnit 35, s. 1365, giver Europarådets Socialpagt og fællesskabscharteret et vigtigt bidrag til fortolkning med hensyn til betydningen af arbejdsretlige begreber på fællesskabsplan. L. Stärker, *Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie*, Wien, 2006, s. 81, tillægger åbenbart endda artikel 31, stk. 2, i charteret om grundlæggende rettigheder en normativ karakter, idet han påpeger, at denne bestemmelse kræver, at der fastsættes en årlig betalt ferieperiode. Ifølge G. Benedetti, »La rilevanza giuridica della Carta Europea innanzi alla Corte di Giustizia: il problema delle ferie annuali retribuite«, *Carta Europea e diritti dei privati*, 2000, s. 128 og 129, kan charteret om grundlæggende rettigheder ikke ignoreres i en retssag om rækkevidden af retten til en årlig betalt minimumsferie trods den manglende juridiske bindende virkning, da det indeholder udsagn, som afspejler de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne. Derfor tilkommer der det en funktion som referencepunkt eller fortolkningsbidrag ved fortolkningen af fællesskabsretten.

24 — Dom af 6.4.2006, sag C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging, Sml. I, s. 3423, præmis 28, dommen i sagen Dellas m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 49, samt dom af 18.3.2004, sag C-342/01, Merino Gómez, Sml. I, s. 2605, præmis 29, og BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 43.

25 — BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 44.

26 — Dom af 16.3.2006, sag C-131/04 og C-257/04, Robinson-Steele, Sml. I. s. 2531, præmis 57.

27 — BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 53.

processuelle aspekter af retten til ferie, såsom planlægning af ferieperioder, arbejdstagerens eventuelle forpligtelse til at give forudgående meddelelse til arbejdsgiveren om, hvornår han vil tage sin ferie, krav om en minimumsbeskæftigelsesperiode, inden der kan tages ferie, kriterierne for den forholdsmæssige beregning af retten til årlig ferie, når arbejdsforholdet varer mindre end et år osv. [28]. Men det drejer sig altid om foranstaltninger til bestemmelse af de vilkår for opnåelse og tildeling af retten til ferie, der som sådanne er givet mulighed for i direktiv 2003/88.

57. Som jeg har redegjort for i mit forslag til afgørelse i Schultz-Hoff-sagen [29], må der sondres skarpt mellem disse gennemførelsesbestemmelser og de nationale ordninger, der selv vedrører eksistensen af retten til årlig betalt ferie, f.eks. ved at fastsætte betingelserne for opståen eller bortfald af retten til ferie. I modsætning til arbejdstagerens forpligtelse, der nævnes som eksempel på en sådan gennemførelsesbestemmelse, til at meddele arbejdsgiveren, hvornår han vil holde sin årlige ferie, en forpligtelse, der blot opfylder en koordineringsfunktion inden for virksomhedens ferieplanlægning, vedrører det her omhandlede spørgsmål om, hvorvidt en arbejdstager, der på grund af sygdom er uarbejdsdygtig, principielt har ret til årlig betalt ferie, selve eksistensen af en sådan grundlæggende rettighed.

28 — Således også Kommissionens fremstilling i BECTU-sagen, som generaladvokat Tizzano har behandlet i sit forslag til afgørelse i den sag, nævnt ovenfor i fodnote 16, punkt 34.

29 — Jf. punkt 45-49 i mit forslag til afgørelse i Schultz-Hoff-sagen.

58. Her drejer det sig ikke længere om at træffe afgørelse om betingelserne for udøvelsen af retten til årlig betalt ferie [30], dvs. om den konkrete gennemførelse af denne ret, men derimod om at definere rækkevidden af en fællesskabsbestemmelse, nemlig af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88.

59. En fortolkning af denne bestemmelse, hvorefter arbejdstagere, der på grund af sygdom er uarbejdsdygtige, på forhånd ikke har nogen ret til årlig ferie, fører nemlig til, at bestemte arbejdstagere udelukkes fra denne ret derved, at det personelle anvendelsesområde indskrænkes [31].

60. Som følge af den harmonisering inden for dette område af den sociale arbejdsbeskyttelsesret, som i henhold til artikel 137, stk. 2, litra b), EF tilstræbes som retsgrundlag for direktiv 2003/88, ligger kompetencen til at

30 — I BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 61, fastslog Domstolen, at direktiv 93/104 ikke er til hinder for, at medlemsstaterne »tilrettelægger betingelserne for udøvelsen af retten til årlig betalt ferie ved f.eks. at fastsætte, hvorledes arbejdstagerne kan tage den ferie, som de har ret til i løbet af de første uger af deres ansættelse«.

31 — Dette er imidlertid netop ikke tilladt for medlemsstaterne, jf. BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 52. Ifølge denne må medlemsstaterne ikke ensidigt begrænse retten til årlig betalt ferie, der er tillagt alle arbejdstagere, ved at stille en betingelse for erhvervelse af den nævnte rettighed, som har den virkning, at bestemte arbejdstagere afskæres herfra.

bestemme rækkevidden af denne rettighed imidlertid stadig hos Fællesskabet [32]. Hvis den nemlig lå hos medlemsstaterne, ville det i praksis være umuligt på fællesskabsplan at sikre et sammenligneligt beskyttelsesniveau og dermed formålet med harmoniseringen. Af denne grund må den belgiske og den tjekkiske regerings anbringende om, at retten til årlig ferie for en arbejdstager, der på grund af sygdom er uarbejdsdygtig, hører under de nærmere regler for tildeling af ferie og er underlagt medlemsstaternes lovgivningsbeføjelse, afvises.

b) Det fællesskabsretligt sikrede beskyttelsesniveau

61. Desuden skal jeg understrege, at medlemsstaternes frihed til at fastsætte de nationale gennemførelsesforanstaltninger begrænses af den omstændighed, at artikel 137, stk. 2, litra b), EF ved udstedelsen af minimumsbestemmelser tilsigter at sikre et vist fællesskabsretligt fastlagt beskyttelsesniveau, som medlemsstaterne ikke må gå under. Som Domstolen har fastslået i dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet [33] med hensyn til begrebet »minimumsforskrifter« som omhandlet i det tidligere retsgrundlag i EF-traktatens artikel 118a begrænser denne bestemmelse ikke Fællesskabets indgreb til den laveste fællesnævner eller endog til det laveste beskyttelsesniveau i de forskellige medlemsstater. Tværtimod skal begrebet forstås således, at staterne har ret til at yde en beskyttelse, der er bedre end det efter omstændighederne høje beskyttelsesniveau, som følger af fællesskabsretten.

62. Denne fortolkning bekræftes af ordlyden i artikel 136 EF, hvorefter formålet med socialpolitikken er en »forbedring af leve- og arbejdsvilkårene«. Dette formål skal udtrykkeligt nås gennem en udjævning »på et stadigt stigende niveau« [34]. For at opfylde denne primærretlige målsætning bemyndiger artikel 15 i direktiv 2003/88 medlemsstaterne til at anvende eller indføre foranstaltninger, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Tilsvarende hedder det i artikel 23 i direktiv 2003/88 vedrørende beskyttelsesniveauet for arbejdstagere, at uanset medlemsstaternes ret til at tilpasse forskellige love og bestemmelser på arbejdstidsområdet efter udviklingen, for

32 — Artikel 137 EF er den vigtigste bemyndigelse til udstedelse af direktiver i kapitlet om socialpolitik. Den stiller krav om et bestemt formål med harmoniseringen, som kan udledes ved at sammenholde stk. 2 med stk. 1. Ifølge disse skal harmoniseringen ske for at fremme Fællesskabets accessoriske og supplerende funktion på de i stk. 1, litra a)-i) nævnte områder. Dertil hører i henhold til stk. 1, litra a), beskyttelsen af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Grundlaget var tidligere EF-traktatens artikel 118, der ligeledes havde et primært socialt sigte og dermed adskilte sig fra den anden kompetenceregel i EF-traktatens artikel 100a (nu artikel 94 EF), som vedrører det indre marked, jf S. Krebber, nævnt ovenfor i fodnote 23, og artikel 137 EF, afsnit 18, s. 1373.

33 — Dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Sml. I, s. 5755, præmis 56.

34 — W. Balze, nævnt ovenfor i fodnote 14, 38. supplementhæfte, 1998, tredje afsnit.

så vidt som dette direktivs minimumskrav overholdes, kan gennemførelsen af direktivet ikke danne grundlag for at sænke det generelle niveau for beskyttelse af arbejdstagerne [35].

63. Hvilket minimalt beskyttelsesniveau fællesskabslovgiver har fastsat på ferieretsområdet, kan bestemmes ud fra direktiv 2003/88. Jeg skal her påpege, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, i modsætning til, hvad den nederlandske regering har gjort gældende, ikke indeholder nogen begrænsning af den begunstigede personkreds og heller ikke sondrer mellem »raske, arbejdsdygtige« arbejdstagere og dem, der er »uarbejdsdygtige på grund af sygdom«. Tværtimod fremgår det entydigt af ordlyden i denne bestemmelse, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger, for at »alle arbejdstagere« får en årlig betalt ferie. Artikel 7, stk. 1, hører heller ikke til de bestemmelser, som artikel 17 i direktiv 2003/88 udtrykkeligt giver adgang til at fravige [36].

c) Det beskyttelsesniveau, der er sikret i ILO-konvention nr. 132

64. Hermed tilstræber fællesskabslovgiver med hensyn til de arbejdstageres retsstilling, der er uarbejdsdygtige på grund af sygdom, i hvert fald et minimalt beskyttelsesniveau, der kan sammenlignes med ILO-konvention nr. 132 [37]. Således bestemmer f.eks. artikel 3, stk. 1, i denne konvention, at »enhver«, der er omfattet af nærværende konvention, har ret til en årlig ferie med løn.

65. Denne konvention indeholder lige så lidt som artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 undtagelsesbestemmelser, der er ugunstige for arbejdstagere, som er uarbejdsdygtige på grund af sygdom. Det kan derfor konkluderes, at det er fællesskabslovgivers vilje, at den beskyttelse, som fællesskabsretten ønsker at garantere arbejdstagerne, ikke skal ligge under beskyttelsesniveauet i de arbejdsretlige normer inden for den folkeretlige aftaleret.

35 — Dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 42. W. Balze, »Arbeitszeit, Urlaub und Teilzeitarbeit«, *Europäisches Arbeits- og Sozialrecht*, 79. supplementhæfte, oktober 2002, B 3100, sjette afsnit, s. 9, opfatter reglerne i arbejdstidsdirektivet som minimalbestemmelser svarende til indholdet i artikel 137 EF, således at medlemsstaterne må indføre eller opretholde strengere arbejdstidsregler. Ganske vist bestemmer artikel 14 i direktiv 2003/88, at mere specifikke forskrifter har forrang frem for direktivets bestemmelser, uanset om deres beskyttelsesniveau ligger under arbejdstidsdirektivets.

36 — Jf. Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 62, og BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 41. I samme retning også W. Balze, »Die Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr. 7, 1994, s. 207, der ikke kan finde nogen beføjelse til indholdsmæssigt at fravige denne regel.

37 — Jeg skal herved påpege, at der i henhold til sjette betragtning til direktiv 2003/88 bør tages hensyn til Den Internationale Arbejdsorganisations principper med hensyn til tilrettelæggelse af arbejdstiden. Hertil henviser generaladvokat Kokott også i fodnote 8 i sit forslag til afgørelse af 12.1.2006 i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging (dom nævnt ovenfor i fodnote 24). Det forekommer mig uundgåeligt ved fortolkningen af direktiv 2003/88 at tage hensyn til de vigtigste principper i ILO-konvention nr. 132, da ILO-reglerne har etableret afgørende internationale standarder på det arbejdsretlige område. Der er i det store og hele en høj grad af konvergens mellem de to instrumenter. Ganske vist kan det ved en nærmere betragtning ikke overses, at flere bestemmelser i direktiv 2003/88 går ud over, hvad ILO-konvention nr. 132 foreskriver. Af denne grund kan det med rette vedrørende direktiv 2003/88 anføres, at det er en fællesskabsspecifik videreudvikling af denne konvention, jf. J. Murray, *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, The Hague, 2001, s. 185.

Men det kan befrygtes, at det minimale beskyttelsesniveau ikke vil blive respekteret, hvis der var en bestemt kategori af arbejdstagere, for hvem en grundlæggende social rettighed ikke gjaldt.

66. At retten til ferie i henhold til bestemmelserne i ILO-konvention nr. 132 ikke må gøres afhængig af arbejdstagerens arbejdsdygtighed, fremgår af den entydige ordlyd i artikel 5, stk. 4, i denne konvention, ifølge hvilken »fravær fra arbejdet af grunde, som den beskæftigede ikke er herre over, såsom sygdom, tilskadekomst eller svangerskab og fødsel, skal medregnes til beskæftigelsesperioden«. Desuden bestemmer artikel 6, stk. 2, i samme konvention udtrykkeligt, at »perioder af arbejdsudygtighed som følge af sygdom eller tilskadekomst ikke skal kunne medregnes til den […] foreskrevne årlige minimumsferie med løn«.

67. Disse bestemmelser skal i overensstemmelse med formålet med dem forstås således, at opnåelsen af retten til ferie principielt ikke må gøres afhængig af omstændigheder, hvis årsager den berørte arbejdstager er uden indflydelse på, f.eks. fordi de må henføres til naturlige begivenheder eller udgør tilfælde af force majeure.

68. Dermed er der i det væsentlige overensstemmelse mellem reglerne i ILO-konvention nr. 132 og direktiv 2003/88 i deres grundlæggende retlige udsagn om, hvornår der opstår ret til ferie [38]. Medlemsstaterne er forpligtet til at fortolke disse normer og udforme deres nationale retsordener på en sådan måde, at det ikke gøres afhængigt af arbejdstagerens arbejdsdygtighed, om der opstår krav på en årlig betalt minimumsferie.

69. Det følger heraf, at en arbejdstager lige fra den første dag i ansættelsen optjener ret til ferie og ikke mister denne som følge af sygdomsbetinget uarbejdsdygtighed [39]. Derfor er han berettiget til i en periode, hvor han ellers ville være på sygeorlov, at kræve årlig betalt ferie på et senere tidspunkt.

4. Det arbejdsretlige forbud mod rettighedsindskrænkning som hindring for at gøre retten til årlig betalt minimumsferie gældende

70. Selv om enhver arbejdstager har ret til årlig betalt minimumsferie i henhold til artikel

38 — Dermed bliver det overflødigt at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstaterne er bundet til forpligtelser, der indholdsmæssigt afviger fra hinanden, og som hidrører fra henholdsvis ILO-konvention nr. 132 og direktiv 2003/88. Jf. herom generaladvokat Tesauros fremstilling i hans forslag til afgørelse af 24.1.1991, sag C-345/89, Stöckel, Sml. 1991 I, s. 4047, punkt 11.

39 — Tilsvarende synes også generaladvokat Tizzano at mene, som i punkt 50 i sit forslag til afgørelse i BECTU-sagen (dommen nævnt ovenfor i fodnote 7) ytrer tvivl om, hvorvidt en national ordning, der fratager arbejdstagerne retten til at erhverve feriedage fra den første arbejdsdag, er forenelig med fællesskabsretten.

7, stk. 1, i direktiv 2003/88, udelukker dette ikke, at den faktiske udøvelse af retten i det konkrete tilfælde er underlagt bestemte betingelser, som uden at rejse tvivl om eksistensen af denne ret skal sikre, at formålene med direktivet opfyldes.

a) Forbuddet mod rettighedsindskrænkning i henhold til ILO-konvention nr. 132

71. Der kan af artikel 5, stk. 4, og af artikel 6, stk. 2, i ILO-konvention nr. 132 udledes yderligere et vigtigt normativt udsagn, nemlig, at en afholdt ferie ikke på grund af sygdom må indskrænke retten til årlig minimumsferie med løn [40]. Ved at ligestille sygdomsperioder med beskæftigelsesperioder, henholdsvis ved forbuddet mod at indregne arbejdsudygtighedsperioder, der skyldes sygdom eller ulykke, i den foreskrevne årlige betalte minimumsferie skal det forhindres, at den årlige ferie falder sammen med en periode, der egentlig er forbeholdt sygeorloven som en særlig form for orlov. Dette forbud mod, at orlovs- og ferieperioder overlapper hinanden, tager hensyn til det forhold, at sygeorlov og årlig ferie hver for sig tjener forskellige formål og derfor juridisk set ikke kan anses for at være indbyrdes udskiftelige.

40 — I samme retning også I. García Perrote Escartín, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 3584 og 3595.

b) Mulighed for at overføre de i retspraksis udviklede grundprincipper

72. Denne grundtanke genfindes i den betragtning, Domstolen har lagt til grund for Merino Gómez-dommen [41] og dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging [42].

73. I Merino Gómez-sagen skulle Domstolen tage stilling til det fællesskabsretlige forhold mellem årlig ferie og barselsorlov. Det drejede sig konkret om spørgsmålet, hvorvidt en kvindelig arbejdstager på grundlag af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85/EØF [43] og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF [44], i tilfælde, hvor der i kollektive aftaler indgået mellem virksomheden og repræsentanterne for arbejdstagerne er fastsat ferieperioder for samtlige ansatte, og disse perioder falder sammen med hendes barselsorlov, har ret til at afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, der er aftalt, og som ikke falder sammen med hendes barselsorlov. Domstolen fastslog her, at formålet med retten til årlig ferie er forskelligt fra barselsorlovens formål. Formålet med barselsorlov er for det første at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen og for det andet at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i

41 — Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24.

42 — Dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt ovenfor i fodnote 24.

43 — Rådets direktiv af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, EFT L 348, s. 1.

44 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, EFT L 39, s. 40.

perioden efter graviditeten og fødslen [45]. Domstolen fastslog derfor, at en kvindelig arbejdstager skal kunne afholde sin ferie i en anden periode end den, hvor hun er på barselsorlov [46].

74. Dette grundprincip har Domstolen bekræftet i dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging og præciseret, at kumuleringen af flere ferieperioder, der er sikret ved fællesskabsretten, kan gøre det uundgåeligt, at den årlige ferie eller en del deraf overføres til det følgende år [47], da en orlov, der er sikret ved fællesskabsretten, ikke kan påvirke en anden orlov, der er sikret ved fællesskabsretten [48].

75. Selv om en graviditet bestemt ikke kan sidestilles med en sygdomstilstand, kan der alligevel anføres adskillige grunde til en analog anvendelse af denne retspraksis på forholdet mellem årlig ferie og sygeorlov. Lige som ved barselsorlov har sygeorlov nemlig til formål at bevare arbejdstagerens fysiske og psykiske integritet, idet han ved at befries for arbejdsforpligtelsen og få tilkendt en hviletid får mulighed for at restituere sig fysisk og senere igen vende tilbage til sin arbejdsplads. I modsætning til den årlige ferie, der har til formål, at man kan hvile sig, komme på afstand og restituere sig, er formålet med sygeorlov således udelukkende, at man skal komme sig og blive rask, dvs. overvinde en sygdomstilstand, hvis årsager den berørte arbejdstager desuden er uden indflydelse på [49].

76. I den forbindelse skal jeg i overensstemmelse med den italienske og den polske regerings opfattelse anføre, at det ikke er muligt under hensyntagen til de af Domstolen udviklede principper at nå til den konklusion, at sygeorlov og årlig ferie kan falde sammen i den samme periode, uden at der rejses tvivl om de forskellige formål med henholdsvis ferie og sygeorlov. Hvis man følger grundtanken i den ovennævnte retspraksis, må det være forbudt at lade opnåelse af sygeorlov ske på bekostning af den årlige betalte ferie, da det ellers kunne føre til en udhuling af denne grundlæggende sikrede ret.

45 — Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 31, dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 41, af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibaut, Sml. I, s. 2011, præmis 25, af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, præmis 20, af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Bettermann, Sml. I, s. 1657, præmis 21, og af 12.7.1984, sag C-184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25.

46 — Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 38.

47 — Dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt i fodnote 24, præmis 24, og dom af 14.4.2005, sag C-519/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3067, præmis 33.

48 — Dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 24, i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 33, og Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 41.

49 — S. González Ortega, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 432, konstaterer, at den første fase af en barselsorlov tjener til moderens fysiske restitution eller en biologisk beskyttelse af hende efter fødslen. Den forfølger dermed et andet formål end den anden fase af samme orlov, som tager sigte på at fremme barnets pleje og forholdet mellem mor og barn. Forfatteren drager en parallel mellem denne første fase af barselsorloven og en sygeorlov og gør sig til talsmand for, at retspraksis vedrørende forholdet mellem mor og barn anvendes analogt på forholdet mellem sygeorlov og årlig ferie.

c) Uforenelighed med meningen og formålet med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88

77. Ud over de allerede anførte betænkeligheder mod en fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, hvorefter der kan ske bortfald af feriekrav efter en vis periode, kan man som yderligere argument anføre en sådan fortolknings uforenelighed med formålet med direktiv 2003/88, som er at forbedre arbejdstagernes sikkerhed og beskytte deres sundhed.

78. Umiddelbart virker indrømmelsen af en sådan mulighed som en udvidelse af arbejdstagerens rettighedsområde og derfor retligt set som en fordel. Hertil kommer, at arbejdstageren, når han holder sin årlige ferie, ikke sjældent er økonomisk bedre stillet, end hvis han var på sygeorlov, idet han under sin årlige ferie i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 har krav på fortsat at få udbetalt sin løn i fuldt omfang, hvorimod hans krav på fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom, alt efter de enkelte ordninger i medlemsstaterne, kun udgør en brøkdel heraf. Dette gælder f.eks. omstændighederne i hovedsagen. Ifølge den forelæggende rets oplysninger [50] foreskriver artikel 16, stk. 1, i WTR feriepenge svarende til en ugeløn for hver ferieuge. Derimod fastsatte overenskomsterne med sagsøgerne i tilfælde af sygdom, som anført af Det Forenede Kongeriges regering under den skriftlige forhandling [51] og på Domstolens forespørgsel præciseret under den mundtlige forhandling, seks måneders sygeorlov med fuld lønudbetaling, efterfulgt af yderligere seks måneder, i hvilke der kun skal betales halvdelen af den normale løn.

79. Men ved en nærmere juridisk betragtning ville arbejdstagerens udøvelse af denne rettighed være at sidestille med et afkald på en grundlæggende rettighed [52] til gengæld for, at han vedbliver med at få udbetalt sin normale løn. Som følge af at de er bundet til deres formål, er de to former for orlov/ferie ikke udskiftelige, og som den slovenske

50 — Præmis 13 i forelæggelseskendelsen fra House of Lords af 13.12.2006.

51 — Punkt 22 i Det Forenede Kongeriges regerings udtalelse af 13.4.2007.

52 — Ifølge P. Fischinger, »Der Grundrechtsverzicht«, *Juristische Schulung*, 2007, hæfte 9, s. 808, forstås der ved afkald på grundlæggende rettigheder, at en indehaver af grundlæggende rettigheder indvilger i konkrete indgreb i og indskrænkning af grundlæggende rettigheder. Derimod menes der ikke et varigt fuldstændigt afkald — som man næppe heller kan forestille sig i praksis — på beskyttelsen af en eller flere grundlæggende rettigheder. Ligeledes må der sondres skarpt mellem et sådan opfattet afkald på grundlæggende rettigheder og en rent faktisk undladelse af at gøre brug af den grundlæggende rettighed. Afkaldet indeholder et retligt element til forskel fra den rent faktiske undladelse af at gøre brug af grundlæggende friheder, da den, der accepterer at indvilge, dermed er bundet således, at han senere ikke kan påberåbe sig ulovligheden af indgrebet i de grundlæggende rettigheder. Heller ikke den såkaldte negative dimension af de grundlæggende rettigheder omfatter afkaldet på grundlæggende rettigheder, idet den bl.a. indebærer den enkeltes ret til ikke at have nogen mening eller til ikke at tilhøre noget trosfællesskab. Ifølge R. Adam, »Grundrechtsverzicht des Arbeitnehmers«, *Arbeit und Recht*, 2005, hæfte 4, s. 130, foreligger der et sådant afkald, når en arbejdstagers grundlæggende rettighed begrænses ved en aftale eller ved arbejdsgiverens ledelsesret uden gensidige indrømmelser som ved et forlig. Såfremt der rejses krav om retten til ferie i sygdomsperioder, kan man ikke tale om nogen indrømmelse fra arbejdsgiverens side, da denne blot forpligter sig til at betale arbejdstageren den normale løn, uden at arbejdstageren opnår nogen godtgørelse for at have ofret sin årlige ferie.

regering med rette anfører, udelukker de derfor hinanden. Den overlapning af årlig ferie og sygdomsperiode, der er knyttet sammen med at rejse krav om ferie, ville have til følge, at der frivilligt blev givet afkald på retten til ferie, for så vidt arbejdstageren ved at udøve denne ret ville indvilge i til gengæld for en økonomisk godtgørelse ikke at udnytte den årlige ferie svarende til dens egentlige formål.

80. Efter min opfattelse kan et sådant afkald ikke erklæres for foreneligt med fællesskabsretten uden at tilsidesætte lovgiverens formål med artikel 7 i direktiv 2003/88. Den rekreationsfunktion, der tilstræbes med retten til årlig betalt ferie, ville ikke opfyldes, hvis dette krav i strid med sit formål gennemføres i sygdomsperioder og dermed udgør et retsmisbrug [53]. Men Kommissionen må også gives medhold i, at en sådan mulighed for at give afkald rummer visse risici for arbejdstagernes rettigheder. Udsigten til en fortsat højere lønudbetaling i sygdomsperioder ville nemlig kunne udgøre en tilskyndelse for arbejdstageren til at acceptere tabet af denne retsstilling. Derudover ville der være den risiko, at arbejdsgiveren kunne presse arbejdstageren til et sådant afkald [54]. Imidlertid ville en sådan overenskomst mellem parterne i et ansættelsesforhold, som i det væsentlige indfører »frikøb« af den årlige ferie, klart være i strid med reglen i artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88, der udtrykkeligt bestemmer, at den minimale årlige betalte ferieperiode ikke kan erstattes med en finansiel godtgørelse. En sådan ordning ville også gå imod arbejdsgiverens interesser, da denne trods betaling af højere feriepenge ikke ville kunne kræve af arbejdstageren, at han rent faktisk anvender den orlov, han har, til at blive rask for at genetablere sin arbejdsdygtighed.

81. For at beskytte arbejdstagere og arbejdsgivere og for at undgå en udhuling af den i fællesskabsretten fastlagte grundlæggende rettighed til en årlig betalt minimumsferie må man lægge til grund, at arbejdstageren principielt ikke kan bestemme over denne grundlæggende rettighed, således at han retsgyldigt ikke kan give afkald på den.

5. Konklusion

82. Det følger således af de ovenstående betragtninger, at eksistensen af retten til

53 — Retsmisbrug defineres som en udnyttelse af en retsstilling i strid med dens formål og indskrænker muligheden for at udøve en eksisterende ret. Dette betyder, at udnyttelsen af et formelt eksisterende retskrav begrænses af princippet om god tro. Heller ikke den, der råder over en rettighed, der formelt kan påklages, må misbruge denne. Jf. i samme retning Creifelds, *Rechtswörterbuch*, udgivet af Klaus Weber, 17. oplag, München, 2002, s. 1109, ifølge hvilken udøvelsen af en subjektiv rettighed udgør et misbrug, hvis den ganske vist formelt er i overensstemmelse med loven, men det på grund af særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde strider mod god tro at gøre den gældende.

54 — I punkt 32 i sit forslag til afgørelse i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging (dommen nævnt ovenfor i fodnote 24) henviste generaladvokat Kokott til en lignende risiko ved økonomisk godtgørelse for overført årlig minimumsferie. Efter hendes opfattelse ville denne mulighed skabe et med arbejdstidsdirektivet uforeneligt incitament til at give afkald på ferie eller foranledige arbejdstageren til at give afkald herpå.

årlig betalt ferie ikke kan gøres afhængig af en arbejdstagers arbejdsdygtighed, således at også en arbejdstager, der på grund af sygdom er uarbejdsdygtig, i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 principielt har et tilsvarende krav på årlig ferie. Han må dog ikke afholde denne ferie i en periode, hvor han ellers ville have sygeorlov.

B — *Det andet spørgsmål*

83. Genstanden for det andet spørgsmål er den normative rækkevidde af retten til feriegodtgørelse i henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88. Feriegodtgørelsen, dvs. kompensationen for den ikke-afholdte årlige ferie, træder i stedet for tilkendelse af fritid, hvis der ikke længere kan gives ferie som følge af arbejdsforholdets ophør. Denne rettighed udgør den eneste undtagelse til det principielle forbud i direktivet mod finansiel godtgørelse, som ellers kategorisk forbyder parterne i et arbejdsforhold at erstatte den årlige ferie — uafhængigt af, om den skulle afholdes i det løbende år eller i overførselsperioden — med en finansiel godtgørelse.

84. Ifølge Domstolens praksis skal dette forbud sikre, at arbejdstageren normalt har ret til en reel hviletid med henblik på en effektiv beskyttelse af hans sikkerhed og sundhed [55]. Dermed skal det forhindres, at arbejdsgiveren ved misbrug kan »købe sig fri« af retten til ferie, eller at arbejdstageren giver afkald på ferien ud fra rent økonomiske betragtninger [56].

85. Artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 understreger formålet med en fortsat udbetaling af arbejdsløn i ferieperioden, som består i at sætte arbejdstageren i denne periode i en situation, der med hensyn til løn kan sammenlignes med arbejdsperioder [57]. Med andre ord, kravet om betaling af feriegodtgørelse sikrer, at arbejdstageren økonomisk er i stand til rent faktisk at afholde sin årlige ferie [58]. Der er intet andet formål med feriegodtgørelsen. Den økonomiske godtgørelse, der skal betales som erstatning til arbejdstageren, skal nemlig gøre det principielt muligt for ham også efter ophøret af arbejdsforholdet at få en betalt hvileperiode, før han indgår en ny arbejdskontrakt [59]. Et bortfald af denne godtgørelse ville derfor medføre, at formålet med direktiv 2003/88, nemlig at arbejdstageren kan restituere sig, ikke ville kunne opfyldes.

55 — BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 44, Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 30, og Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 60.

56 — I dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 32, fastslog Domstolen, at muligheden for at få en økonomisk godtgørelse for overført årlig minimumsferie ville skabe et med direktivets formål uforeneligt incitament til at give afkald på ferie eller til at foranledige, at arbejdstagerne giver afkald herpå. M. Fenski, »Urlaubsrecht im Umbruch?«, *Der Betrieb*, hæfte 12, 2007, s. 688, såvel som K. Jacobsen., *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, Wilhelm Moll, 1. oplag, 2005, § 25, afsnit 102, henviser til den ulovlige praksis med at »frikøbe« ferien, mens ansættelsesforholdet består.

57 — Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 58.

58 — A.L. Bogg, »The right to paid annual leave in the Court of Justice: the eclipse of functionalism«, *European Law Review*, bind 31, 2006, sjette afsnit, s. 899.

59 — I samme retning også generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i BECTU-sagen, dom nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 38.

86. I Robinson-Steele-dommen [60] har Domstolen fastslået, at direktiv 2003/88 behandler retten til årlig ferie og retten til betaling herfor som værende to dele af samme rettighed. Efter min opfattelse taler netop denne funktionsidentitet af løn- og feriegodtgørelseskrav for ligeledes at behandle det sidstnævnte som en uadskillelig del af retten til årlig betalt minimumsferie.

87. Besvarelsen af det andet spørgsmål kan for så vidt allerede udledes af min behandling af første del af det første spørgsmål. Desuden skal jeg i denne sammenhæng gerne henvise til konklusionerne i punkt 77 og 78 i mit forslag til afgørelse i den ligeledes verserende sag C-350/06 (Schultz-Hoff). Som jeg anfører der, må kravet om årlig betalt ferie ikke blot ikke gøres afhængigt af arbejdstagerens arbejdsdygtighed. Men det følger også af en teleologisk fortolkning af artikel 7 i direktiv 2003/88 og af retsprincippet i artikel 5, stk. 4, i ILO-konvention nr. 132, at en sygeperiode skal ligestilles med en beskæftigelsesperiode, da det drejer sig om fravær af grunde, som er uafhængige af arbejdstagerens vilje, og derfor berettiget.

88. I den samme periode optjener arbejdstageren derfor alle rettigheder, herunder retten til årlig betalt ferie, der kan afholdes, når arbejdsdygtigheden er genoprettet, eller som — hvis arbejdsforholdet afsluttes — erstattes af udbetaling af en godtgørelse, selv om der indtræder total uarbejdsdygtighed.

89. Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at arbejdstagere ved afslutningen af deres arbejdsforhold under alle omstændigheder i henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 har ret til en økonomisk godtgørelse som erstatning for optjent ferie, som de på grund af sygdom ikke har afholdt. Dette gælder også, når arbejdstageren på grund af sygdom har været fraværende i hele det omhandlede ferieår eller i en del deraf.

90. Hvad angår det yderligere spørgsmål om beregning af den finansielle godtgørelse skal dette besvares med, at artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 ikke foreskriver nogen bestemt beregningsmetode, men overlader den præcise regulering til den nationale lovgiver. Men for så vidt arbejdstagere principielt har krav på feriegodtgørelse, skal der ved fastsættelsen af størrelsen af dette krav tages hensyn til det forhold, at arbejdstageren oprindelig havde optjent en ret til feriegodtgørelse af samme størrelse som hans normale løn. Deraf kan der udledes en forpligtelse for medlemsstaterne i henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 til at sikre, at den finansielle godtgørelse, som arbejdstageren modtager, er af samme størrelse som hans normale løn.

60 — Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 58.

VII — Forslag til afgørelse

91. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare forelæggelseskendelsen fra House of Lords således:

»1) Artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 skal forstås således, at en arbejdstager, som har sygeorlov på ubestemt tid, er berettiget til i en periode, hvor han ellers ville være på sygeorlov, at kræve og afholde årlig betalt ferie på et senere tidspunkt.

Han må dog ikke afholde denne ferie i en periode, hvor han ellers ville være på sygeorlov.

2) Artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88/EF skal forstås således, at arbejdstagere ved afslutningen af deres ansættelsesforhold under alle omstændigheder har ret til en økonomisk godtgørelse som erstatning for en ferie, de har optjent, men på grund af sygdom ikke afholdt (feriegodtgørelse). Dette gælder også, når en arbejdstager i hele det omhandlede ferieår eller en del deraf var fraværende på grund af sygdom.

Ved fastsættelsen af størrelsen af dette krav skal det sikres, at den finansielle godtgørelse, som arbejdstageren modtager, er af samme størrelse som hans normale løn.«