FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 16. juni 2011[1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 8413

II — Retsforskrifter ..... I - 8413

A — EU-ret ..... I - 8413

B — National ret ..... I - 8415

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 8415

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen ..... I - 8417

V — Parternes væsentligste argumenter ..... I - 8418

VI — Retlig bedømmelse ..... I - 8419

A — De væsentligste spørgsmål i retssagen ..... I - 8419

B — EU-retlige krav med hensyn til arten og niveauet af retten til årlig betalt ferie .. I - 8420

1. Retten til årlig betalt ferie i EU's retsorden ..... I - 8420

a) EU-retlige grundlag ..... I - 8420

b) Medlemsstaternes gennemførelseskompetence ..... I - 8421

2. Forholdet mellem direktiv 2000/79 og arbejdstidsdirektiverne og spørgsmålet om, i hvilket omfang principperne fra retspraksis kan overføres .... I - 8423

1 — Originalsprog: tysk. Processprog: engelsk.

3. Principperne fra retspraksis vedrørende retten til årlig betalt ferie ..... I - 8425

a) Om fortsat betaling af løn i ferieperioden ..... I - 8425

b) Konklusion: ingen ulovlig hensyntagen til minimumsbehov ..... I - 8430

4. Medlemsstaternes kompetence ved beregningen af ferielønnen ..... I - 8431

5. Mellemresultat ..... I - 8432

C — Fremgangsmåde ved komplekse lønstrukturer ..... I - 8432

1. Generelt ..... I - 8432

2. EU-retlige krav og de kompetencer, der er overladt til medlemsstaterne ved reguleringen af enkelthederne ved ferielønnen ..... I - 8433

3. Ferielønnens sammensætning ..... I - 8436

a) Materielle komponenter i begrebet »normal løn« ..... I - 8436

i) Det EU-retlige lønbegreb ..... I - 8436

ii) Grundlønnen som væsentlig del af lønnen ..... I - 8438

iii) Klassificering af tillæg som en del af lønnen ..... I - 8438

b) Tidsmæssige komponenter i den »normale løn« ..... I - 8441

c) Forbud mod forskelsbehandling ..... I - 8443

4. Mellemresultat ..... I - 8444

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 8444

I — Indledning

1. I den foreliggende præjudicielle sag i henhold til artikel 267 TEUF har Supreme Court of The United Kingdom (herefter »den forelæggende ret«) forelagt Domstolen en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [2] og af § 3 i den europæiske aftale om tilrettelæggelse af arbejdstiden for mobile arbejdstagere i civil luftfart, som er indgået af Sammenslutningen af Europæiske Luftfartsselskaber (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), Den Europæiske Organisation for Regionale Luftfartsselskaber (ERA) og Den Internationale Charterflysammenslutning (IACA) (herefter »den europæiske aftale«), der forefindes som bilag til Rådets direktiv 2000/79/EF af 27. november 2000 [3], med henblik på dens iværksættelse.

2. Anmodningen om præjudiciel afgørelse udspringer af en retstvist mellem Sally Williams og andre ansatte piloter ved luftfartsselskabet British Airways og deres arbejdsgiver vedrørende spørgsmålet om, hvordan den løn, der skal betales for perioder med årlig betalt ferie, præcist skal beregnes. I denne forbindelse giver både luftfartssektorens særlige bestemmelser, som tager hensyn til sikkerhedsinteresserne i luftfartstrafikken og derfor må anses for at være bindende, og den komplekst organiserede lønstruktur i denne branche, som består af forskellige præmier og tillæg, anledning til visse vanskeligheder ved udarbejdelsen af en løsning. De retlige spørgsmål, der er blevet forelagt Domstolen til afgørelse, vedrører både kompetenceforholdet mellem Unionen og dens medlemsstater og de EU-retlige bestemmelser, som arbejdsmarkedets parter skal iagttage, når de gør bestemte sociale rettigheder — i dette tilfælde retten til årlig betalt ferie — til genstand for bindende aftaler i henhold til artikel 139 EF, henholdsvis artikel 155 TEUF, der gælder i dag.

II — Retsforskrifter

A — EU-ret [4]

3. Artikel 139 EF, der er blevet afløst af artikel 155 TEUF, gjorde det muligt at udstede

2 — EUT L 299, s. 9.

3 — Rådets direktiv 2000/79/EF af 27.11.2000 om iværksættelse af den europæiske aftale om tilrettelæggelse af arbejdstiden for mobile arbejdstagere i civil luftfart, som er indgået af Sammenslutningen af Europæiske Luftfartsselskaber (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), Den Europæiske Organisation for Regionale Luftfartsselskaber (ERA) og Den Internationale Charterflysammenslutning (IACA) (EFT L 302, s. 57).

4 — I overensstemmelse med de i TEU og TEUF anvendte betegnelser anvendes begrebet »EU-ret« som fællesbegreb for fællesskabsretten og EU-retten. For så vidt som det i det følgende drejer sig om enkelte primærretlige bestemmelser, anføres de bestemmelser, som finder tidsmæssig anvendelse.

direktiver med henblik på gennemførelse af aftaler indgået mellem arbejdsmarkedets parter:

»1. Dialogen mellem arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan kan, hvis parterne finder det ønskeligt, føre til overenskomstmæssige forbindelser, herunder aftaler.

2. Iværksættelsen af aftaler, der indgås på fællesskabsplan, finder sted — enten efter de fremgangsmåder og den praksis, arbejdsmarkedets parter og medlemsstaterne normalt anvender — eller i spørgsmål under artikel 137 efter fælles anmodning fra de underskrivende parter, ved en afgørelse, som Rådet træffer på forslag af Kommissionen.

Rådet træffer afgørelse med kvalificeret flertal, undtagen når den pågældende aftale indeholder en eller flere bestemmelser, der vedrører et af de områder, hvor der kræves enstemmighed i henhold til artikel 137, stk. 2. I så fald træffer Rådet afgørelse med enstemmighed.«

4. Direktiv 2003/88 er den 2. august 2004 trådt i stedet for Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [5]. 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 ferie 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 henhold til direktiv 2003/88 kan fraviges.

6. Direktiv 2000/79 gennemfører den europæiske aftale, hvis § 3 lyder som følger:

»1. Mobile arbejdstagere i civil luftfart er berettigede til mindst fire ugers årlig ferie med løn i overensstemmelse med de betingelser, der i national lovgivning og/eller praksis gælder for optjening og afholdelse af ferie.

5 — EFT L 307, s. 18.

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

B — *National ret*

7. Det Forenede Kongerige vedtog Civil Aviation (Working Time) Regulations 2004[6] (bestemmelser om civil luftfart (arbejdstid), herefter »Aviation Regulations 2004«), for at opfylde sine forpligtelser i henhold til direktiv 2000/79.

8. Regulation 4 i Aviation Regulations 2004 bestemmer følgende:

»1. Et besætningsmedlem har ret til mindst fire ugers årlig ferie med løn eller en forholdsmæssig del af fire uger, hvis ansættelsesperioden har været på under et år.

2. Ferie, som et besætningsmedlem er berettiget til i henhold til denne regulation,

(a) kan afholdes i intervaller

(b) kan ikke erstattes med en finansiel godtgørelse, medmindre besætningsmedlemmets ansættelsesforhold ophører.«

6 — SI 2004 nr. 756.

9. Regulation 9 i Aviation Regulations 2004 kræver, at enhver arbejdsgiver sikrer, at

»i hver måned

a) må ingen person, som han har ansat, arbejde som besætningsmedlem i løbet af vedkommendes arbejdstid, hvis personens samlede blokflyvetid i den periode på 12 måneder, der udløber ved udgangen af måneden forud for den pågældende måned, overstiger 900 timer, og

b) må intet besætningsmedlem, som han har ansat, have et samlet antal arbejdstimer på mere end 2 000 timer i den periode på 12 måneder, der udløber ved udgangen af måneden forud for den pågældende måned«.

10. Der findes ingen bestemmelse i Aviation Regulations 2004, der fastlægger ferielønnens art og størrelse før afholdelsen af den årlige ferie.

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11. Sagsøgerne i hovedsagen er piloter, der er ansat ved British Airways plc. Deres arbejdsvilkår forhandles af British Air Line Pilots Association (BALPA) med British Airways. De

gældende arbejdsvilkår er indeholdt i et Memorandum of Agreement (herefter »MOA«) af 1. april 2005.

12. I henhold til MOA, sammenholdt med de kollektivt aftalte regler om månedlige flytider, omfatter piloters løn tre bestanddele. Den første består af et fast årligt beløb. Den anden og tredje består af tillæg, der varierer i forhold til flyvetid (»Flying Pay Supplement« eller »FPS«, der betales med 10 GBP pr. planlagt flyvetime) og tiden tilbragt væk fra basen (»Time Away from Base Allowance« eller »TAFB«, der betales med 2,73 GBP pr. time). Hele FPS udgør løn og beskattes. Med hensyn til TAFB anses 82 % af tiden for betalt som godtgørelse for omkostninger, således at kun 18 % behandles som løn og beskattes.

13. Den tid, som den enkelte pilot tilbringer med at flyve, afhænger af flyveruten og flyveplanen. Ifølge den forelæggende rets oplysninger udgør den normalt 15 dage om måneden.

14. I henhold til MOA beror lønnen til den årlige ferie alene på den første bestanddel af lønnen, dvs. det faste årlige beløb. Sagsøgerne i hovedsagen gør imidlertid gældende, at de på grundlag af EU-retten og national ret har ret til ugentlige betalinger på grundlag af alle tre bestanddele af deres aflønning.

15. Både Employment Tribunal og Employment Appeal Tribunal gav sagsøgerne medhold. Court of Appeal tiltrådte derimod British Airways' retsopfattelse og gav selskabet medhold i appelsagen.

16. Supreme Court er af den opfattelse, at der — selv om nyere praksis fra Domstolen kan forstås således, at direktiv 2000/79 bestemmer, at der skal betales »normal« eller »tilsvarende« løn — med hensyn til begrebet »årlig betalt ferie« stadig er behov for en afklaring, ikke mindst på grund af de særlige omstændigheder i hovedsagen. Derudover er der åbne spørgsmål med hensyn til omfanget af adgangen til i national lovgivning og/eller praksis at opstille »betingelser […] for optjening og afholdelse af ferie«. Efter Supreme Courts opfattelse kan det derfor ikke i en sag som den foreliggende anføres, at der ikke foreligger nogen rimelig tvivl om retsstillingen.

17. Dette er grunden til, at Supreme Court har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) (1) I henhold til

a) artikel 7 i direktiv 93/104/EF og artikel 7 i direktiv 2003/88/EF og

b) § 3 i den europæiske aftale om tilrettelæggelse af arbejdstiden for mobile

arbejdstagere i civil luftfart, der er bilagt direktiv 2000/79/EF:

I hvilket omfang, om overhovedet, definerer eller opstiller europæisk ret betingelser for arten og/eller niveauet af de betalinger, der skal foretages for perioder med årlig betalt ferie, og

(2) i hvilket omfang, om overhovedet, kan medlemsstaterne fastsætte, hvorledes sådanne betalinger skal beregnes?

2) Er det navnlig tilstrækkeligt, at den skete betaling i henhold til national ret og/eller praksis og/eller i henhold til kollektive aftaler og/eller kontraktordninger, der er forhandlet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, gør det muligt for arbejdstageren og tilskynder vedkommende til at afholde og nyde — i ordenes bredeste forstand — hans eller hendes årlige ferie, og ikke indebærer nogen mærkbar risiko for, at arbejdstageren ikke vil gøre dette?

3) Eller kræves det, at betalingen skal enten a) svare nøjagtigt til eller b) i vidt omfang være tilsvarende arbejdstagerens »normale« løn?

Såfremt spørgsmål 3) a) eller b) besvares bekræftende:

4) Er den relevante foranstaltning eller sammenligning

a) den løn, som arbejdstageren ville have tjent under den pågældende ferieperiode, hvis han eller hun havde været på arbejde i stedet for på ferie, eller

b) den løn, som han eller hun tjente under en anden, og i givet fald hvilken, periode, hvor han eller hun var på arbejde?

5) Hvorledes skal »normal« eller »tilsvarende« løn vurderes under omstændigheder, hvor

a) en arbejdstagers løn, mens vedkommende er på arbejde, suppleres, hvis og i det omfang han eller hun udøver en bestemt aktivitet

b) der er en årlig eller en anden grænse for det omfang eller den tid, hvorunder arbejdstageren kan udøve denne aktivitet, og grænsen allerede er blevet overskredet eller næsten overskredet på det tidspunkt/de tidspunkter, hvor der afholdes årlig ferie, således at arbejdstageren faktisk ikke ville have kunnet udøve aktiviteten, hvis han havde været på arbejde i stedet for på ferie?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

18. Forelæggelsesafgørelsen af 24. marts 2010 indgik til Domstolens Justitskontor den 2. april 2010.

19. Der er indgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, af den danske regering samt af Europa-Kommissionen inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i statutten for Domstolen.

20. Repræsentanter for parterne i hovedsagen, den danske regering og Kommissionen deltog i retsmødet den 14. april 2011, hvor de afgav mundtlige indlæg.

V — Parternes væsentligste argumenter

21. *Sagsøgerne i hovedsagen* og *Kommissionen* foreslår, at de præjudicielle spørgsmål besvares med, at en arbejdstagers normale løn i henhold til de relevante EU-retlige bestemmelser fortsat skal betales i den periode, hvori denne afholder sin årlige ferie. Medlemsstaterne er ganske vist i forbindelse med, at de træffer de nødvendige praktiske foranstaltninger, beføjet til bl.a. at fastlægge den metode, hvorefter den årlige betalte ferie skal beregnes. Imidlertid skal denne metode gøre det muligt for arbejdstagerne fortsat at oppebære deres normale løn i den periode, hvor de afholder deres årlige ferie.

22. Ved beregningen af den normale løn finder *sagsøgerne i hovedsagen,* at en repræsentativ periode skal lægges til grund. Dette tidsrum vil som regel være en periode, der ligger forud for den faktiske afholdelse af den årlige ferie. Ikke desto mindre kunne der også undtagelsesvis tages hensyn til en anden periode for at sikre den fortsatte betaling af den normale løn. *Kommissionen* er af den opfattelse, at den »normale løn« skal afspejle den gennemsnitlige ugeløn inden for en repræsentativ referenceperiode.

23. *Sagsøgerne i hovedsagen* mener, at de tillæg, som arbejdstageren modtager som følge af udøvelsen af en særlig beskæftigelse, og som er bestanddele af arbejdstagerens normale løn, ligeledes fortsat skal betales i den periode, hvor der afholdes årlig ferie. *Kommissionen* har i denne forbindelse henvist til, at der ved beregningen af ferielønnen skal tages hensyn til alle almindelige begrænsninger.

24. *Sagsøgte i hovedsagen* har foreslået, at de præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at EU-retten ikke opstiller nogen krav med hensyn til arten og størrelsen af de betalinger, der skal foretages i den periode, hvor der afholdes årlig ferie. For en sikkerheds skyld gør sagsøgte i hovedsagen gældende, at EU-retten alene kræver, at ferielønnens størrelse fastlægges i aftaler. I hvert fald skal ferielønnen være tilstrækkelig høj til, at arbejdstagerne ikke afskrækkes fra at gøre brug af deres ret til årlig ferie.

25. Sagsøgte i hovedsagen finder det tilstrækkeligt, hvis den skete betaling på grundlag af de retlige bestemmelser, praksis og de kontraktmæssige aftaler mellem arbejdsgivere og arbejdstagere sætter arbejdstageren i stand til at afholde og nyde sin årlige ferie, således

at der ikke er nogen betydelig fare for, at han ikke gør dette. Derfor skal ferielønnen ikke nødvendigvis præcis svare til arbejdstagerens normale løn og heller ikke være sammenlignelig med denne.

26. Den *danske regering* har foreslået, at de præjudicielle spørgsmål besvares med, at EU-retten sikrer arbejdstagere ret til en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed og en betaling under denne ferie, svarende til den normale løn, i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

27. Heraf følger, at direktiv 2003/88 ikke er til hinder for forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter om, hvilke tillæg der skal anses for at være en del af ferielønnen, såfremt ferielønnen ikke fastsættes så lavt, at arbejdstageren bliver forhindret i at gøre brug af sin ret til årlig betalt ferie.

VI — Retlig bedømmelse

A — *De væsentligste spørgsmål i retssagen*

28. Den foreliggende retssag giver Domstolen mulighed for at videreudvikle sin praksis vedrørende enhver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie. Samtidig er den egnet til at udvide denne retspraksis til andre aktivitetsområder, hvor Unionen af hensyn til en ensartet anvendelse af EU-retten har tilvejebragt særlige bestemmelser, der tager hensyn til behovene i den pågældende arbejdssektor.

29. Den forelæggende rets detaljeret formulerede spørgsmål kan i det væsentlige inddeles i tre store temaer, der imidlertid delvist overlapper hinanden. Først rejses spørgsmålet om Unionens henholdsvis medlemsstaternes kompetence til retligt at definere begrebet »årlig betalt ferie« samt til at fastlægge metoden til beregning af ferielønnen. Dernæst ønskes det oplyst, i hvilket kvantitativt forhold ferielønnen skal stå til den almindelige løn i henhold til EU-retten. Endelig spørges, i hvilket omfang der ved udmålingen af ferielønnen skal tages hensyn til tillæg, som arbejdstagere i henhold til den kollektive overenskomst har krav på for særlige aktiviteter, men også til eventuelle begrænsninger i arbejdstiden, som arbejdsmarkedets parter ved kollektiv overenskomst er blevet enige om.

30. For overskuelighedens skyld skal de præjudicielle spørgsmål opstilles i en anden rækkefølge og besvares inden for rammerne af en omfattende undersøgelse af de enkelte temaer. Som det første vil jeg beskæftige mig med spørgsmålet om, i hvilket omfang EU-retten indeholder krav til reguleringen af

arten og niveauet af retten til årlig betalt ferie, og hvilke kompetencer til regeludstedelse medlemsstaterne har bevaret. Derefter vil jeg afklare spørgsmålet om, hvordan ferielønnen i forhold til den normale løn som regel skal udmåles. Til sidst vil jeg vende mig mod spørgsmålet om, hvordan en sag som den foreliggende, hvor ferielønnen har en kompleks struktur, skal behandles.

B — *EU-retlige krav med hensyn til arten og niveauet af retten til årlig betalt ferie*

1. Retten til årlig betalt ferie i EU's retsorden

a) EU-retlige grundlag

31. Som jeg allerede har redegjort for i mit forslag til afgørelse i sagen Schultz-Hoff m.fl. [7], udgør den omstændighed, at enhver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie er blevet optaget i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [8], den højst kvalificerede og endegyldige bekræftelse af denne rets karakter som grundlæggende ret. Chartrets artikel 31, stk. 2, bestemmer, at »[e]nhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til årlig ferie med løn« [9]. Oprindeligt havde chartret for så vidt først og fremmest deklaratorisk karakter, idet det skulle forstås som et udtryk for Unionens tilsagn om at overholde de grundlæggende rettigheder. Med Lissabontraktatens ikrafttræden har denne bestemmelse imidlertid i henhold til artikel 6, stk. 1, TEU endelig fået primærretlig rang inden for EU's retsorden [10]. Dette har til følge, at retsakter, som EU's organer udsteder på dette område, på grund af den bundethed af de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 51, stk. 1, herefter skal bedømmes efter denne bestemmelses målestok. Medlemsstaterne er herefter på samme måde bundet heraf, i det omfang de gennemfører EU-retten [11].

32. Med hensyn til den retlige gennemførelse af retten til årlig betalt ferie benytter EU-lovgiver sig af direktivet som retligt instrument. De centrale bestemmelser, der regulerer

7 — Forslag til afgørelse af 24.1.2008, sag C-350/06, Schultz-Hoff m.fl. (dom af 20.1.2009, Sml. I, s. 179), punkt 38.

8 — EUT 2007 C 303, s. 1.

9 — Disse bestemmelser bliver i forklaringerne til chartret (EUT 2007 C 303, s. 17) støttet på direktiv 93/104, på artikel 2 i den europæiske socialpagt fra 1961 og på punkt 8 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder fra december 1989.

10 — Jf. dom af 19.1.2010, sag C-555/07, Kücüldeveci, Sml. I, s. 365, præmis 22.

11 — Jf. H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Kommentar*, München, 2010, artikel 31, punkt 3, s. 277, og artikel 51, punkt. 6, s. 413.

denne ret på EU-plan, og hvis fortolkning den forelæggende ret har anmodet om, findes i artikel 7 i direktiv 2003/88 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, der har overtaget ordlyden af artikel 7 i det tidligere direktiv 93/104 i uændret form, og som Domstolen i sin praksis tillægger det samme normative indhold [12]. I henhold til denne bestemmelse træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis. Dette direktiv indeholder — ligesom direktiv 2000/79 — imidlertid ingen udtrykkelig bestemmelse om ferielønnens størrelse.

33. De to nævnte direktiver fastsætter begge i artikel 14 en mulighed for EU-lovgiver til at udstede mere specifikke forskrifter for visse former for beskæftigelse eller erhvervsvirksomhed, der i henhold til en lovmæssig forrangsregulering fortrænger bestemmelserne i arbejdstidsdirektiverne. Under denne kategori falder, således som det udtrykkeligt fremgår af § 1, stk. 2, i den europæiske aftale, også direktiv 2000/79, der for så vidt indeholder mere specifikke forskrifter om tilrettelæggelse af arbejdstiden for flypersonale i civil luftfart. EU har udstedt denne retsakt med henblik på iværksættelsen af den europæiske aftale og ved udøvelse af de lovgivningskompetencer, som EU tillægges ved artikel 139, stk. 2, EF (artikel 155, stk. 2, TEUF). Ved inddragelsen er den europæiske aftale blevet en integrerende bestanddel af direktiv 2000/79 [13]. Ligesom alle andre direktiver er også dette direktiv underlagt Domstolens fortolkningskompetence [14], således at den forelæggende rets anmodning om fortolkning også kan antages til realitetsbehandling med hensyn til § 3 i den europæiske aftale.

b) Medlemsstaternes gennemførelseskompetence

34. De nationale bestemmelser, som medlemsstaterne har udstedt til gennemførelse af ovennævnte direktiver, er derimod ikke underlagt Domstolens fortolkningskompetence. Brugen af direktivet som det retlige instrument tillader retligt set medlemsstaterne at udforme retten til årlig betalt ferie i deres retsorden nærmere. Denne kompetence

12 — Jf. dom af 10.9.2009, sag C-277/08, Vicente Pereda, Sml. I, s. 8405, præmis 18.

13 — Jf. dom af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 58, af 23.4.4.2009, forenede sager C-378/07 — C-380/07, Angelidaki m.fl., Sml. I, s. 3071, præmis 195, og af 16.7.2009, sag C-537/07, Gómez-Limón, Sml. I, s. 6525, præmis 34. J. Egger, »Rechtswirkungen von Rahmenvereinbarungen im Sozialbereich«, *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (udg. af Waldemar Hummer), Wien, 2010, s. 223, anfører, at selve aftalerne endnu ikke har nogen normativ virkning. Først ved rådsafgørelsen bliver rammeaftalen direkte tranformeret i den afledte EU-ret og underlægges Domstolens fortolkning.

14 — Jf. R. Rebhahn, EU-Kommentar (udg. af Jürgen Schwarze), 2. oplag, Baden-Baden, 2009, artikel 139 EF, punkt 4 og 10, s. 1378 f., der henviser til, at gennemførelsen af en overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter ved en rådsafgørelse fører til en EU-retsakt. Domstolen har kompetence til at fortolke direktivet og den aftale, der er optaget heri.

tillægges dem ikke kun i artikel 249, stk. 3, EF (artikel 288, stk. 2, TEUF), hvorefter det overlades til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen for at nå det tilsigtede mål, men også udtrykkeligt i de enkelte direktiver.

35. Hertil kommer, at EU-lovgiver, som ved udøvelsen af sin lovgivningsbeføjelse er bundet af subsidiaritetsprincippet, ifølge artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 og § 3 i den europæiske aftale, sammenholdt med 11. betragtning til direktiv 2000/79 [15], har begrænset sig til at regulere enkelte væsentlige aspekter såsom minimumsvarigheden af den årlige ferie, mens lovgiver med hensyn til betingelserne for opnåelsen og tildelingen af ferien, som ovenfor anført, har henvist til »national lovgivning og/eller praksis«. Dette udgangspunkt er, som Domstolen fastslog i dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet [16], også i overensstemmelse med den reguleringsopgave, der fremgår af bemyndigelsesgrundlaget i traktaten, som alene har bemyndiget EU-lovgiver til at udstede minimumsforskrifter med henblik på gennem harmonisering at bidrage til at hæve niveauet for beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, hvilket i første række påhviler medlemsstaterne.

36. Som Domstolen fastslog i denne dom, 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 [17]. 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 tilbagelagte arbejdsperioder [18].

37. Henvisningen i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 til de nationale bestemmelser gør det navnlig muligt for medlemsstaterne at fastlægge de retlige rammer, der regulerer de organisatoriske og processuelle aspekter ved opnåelsen af 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

15 — 11. betragtning til direktiv 2000/79 bekræfter overholdelsen af subsidiaritetsprincippet som følger: »I betragtning af at luftfartssektoren er en meget integreret sektor, og i betragtning af de konkurrencevilkår, der gælder i den pågældende sektor, kan direktivets målsætninger om at beskytte arbejdstagernes sundhed og sikkerhed ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne, og det er derfor påkrævet, at Fællesskabet handler i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet i traktatens artikel 5. Dette direktiv er ikke mere vidtgående end, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål.«

16 — Jf. dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 47.

17 — Ibidem, præmis 47, og dom af 16.3.2006, forenede sager C-131/04 og C-257/04, Robinson-Steele m.fl., Sml. I, s. 2531, præmis 57.

18 — Dom af 26.6.2001, sag C-173/99, BECTU, Sml. I, s. 4881, præmis 53.

for den forholdsmæssige beregning af retten til årlig ferie, når arbejdsforholdet varer mindre end et år, osv. [19]. Det drejer sig imidlertid 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.

38. I denne forbindelse skal der henvises til, at Domstolen gentagne gange har krævet, at medlemsstaterne ved varetagelsen af deres udformningskompetencer altid skal respektere de grænser, EU-retten sætter for dem [20]. Domstolen har ved fortolkning påvist og præciseret disse grænser [21]. Derudover kan der af Domstolens praksis udledes enkelte nyttige holdepunkter for, hvordan ferielønnen skal udmåles, således at retten til årlig betalt ferie ikke mister sin funktion. Derfor skal denne retspraksis analyseres, og der skal udarbejdes eventuelle principper, som kan være nyttige for besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål.

2. Forholdet mellem direktiv 2000/79 og arbejdstidsdirektiverne og spørgsmålet om, i hvilket omfang principperne fra retspraksis kan overføres

39. Et spørgsmål, der imidlertid først skal afklares, er, om principperne fra retspraksis, som Domstolen hidtil har udviklet i forbindelse med fortolkningen af arbejdstidsdirektivernes artikel 7 — som jeg senere vil komme ind på — også kan overføres på § 3 i den europæiske aftale. Dette spørgsmål er særligt relevant, især fordi Domstolen, som allerede nævnt, i afgørende grad har bidraget til undersøgelsen af denne rets normative rækkevidde. Den fortolkning, som denne direktivbestemmelse er blevet tillagt i retspraksis, gør det samtidig muligt at fastlægge omfanget af den lovgivningskompetence, som EU-lovgiver har varetaget med hensyn til beregningen af ferielønnen. For at foregribe resultatet af min undersøgelse: Efter min opfattelse taler reglernes ordlyd, ånd og formål samt tilblivelse for, at dette er tilfældet.

40. Indledningsvis skal det fastslås, at på trods af den omstændighed, at arbejdstidsdirektiverne og direktiv 2000/79 hviler på forskellige bemyndigelsesgrundlag i traktaten, består ånden og formålet i direktiverne i at udforme en arbejdstid, der fastlægger bestemte grænser af hensyn til arbejdstagernes

19 — Jf. således Kommissionens bemærkninger i BECTU-sagen, som generaladvokat Tizzano dér i sit forslag til afgørelse (punkt 34) har taget op.

20 — Jf. BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 53, og dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 46, hvori Domstolen anerkendte, at det er tilladt medlemsstaterne at fastsætte betingelserne for udøvelsen og gennemførelsen af retten til årlig betalt ferie i deres nationale retsorden, men gjorde det klart, at medlemsstaterne ikke kunne opstille nogen form for betingelser for selve stiftelsen af retten, der er direkte fastsat i direktiv 93/104, henholdsvis direktiv 2003/88.

21 — Jf., med hensyn til retspraksis' indflydelse på fortolkningen af arbejdstidsdirektivet, T. Nowak, »The Working Time Directive and The European Court of Justice«, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, bind 15 (2008), nr. 4, s. 447.

sikkerhed og sundhed. Dette følger f.eks. af 11. betragtning til direktiv 2000/79 og af 11. betragtning til direktiv 2003/88. Derudover er ordlyden af § 3 næsten identisk med ordlyden af arbejdstidsdirektivets artikel 7. Hvis de underskrivende parter i den europæiske aftale ville have givet § 3 en anden betydning, havde de sikkert valgt en anden terminologi end den, der fremgår af arbejdstidsdirektiverne.

41. Det fremgår endvidere af den europæiske aftales tilblivelseshistorie [22], at betydningen af begrebet »årlig betalt ferie« i § 3 skulle fastlægges på en sådan måde, at den indholdsmæssigt svarede til direktiv 93/104. Kommissionens oprindelige forslag til et arbejdstidsdirektiv fastsatte, at direktivets anvendelsesområde skulle udstrækkes til alle økonomiske sektorer og aktivitetsområder. Rådet besluttede imidlertid at udelukke bestemte aktivitetsområder fra direktivet, men dette var ikke fordi Rådet var af den opfattelse, at sundheden og sikkerheden på disse områder var tilstrækkeligt beskyttede, men fordi det var bevidst om, at de arbejdstagere, der var beskæftigede på disse aktivitetsområder, som regel skulle arbejde langt væk hjemmefra, hvorfor Rådet fandt det nødvendigt at udstede mere specifikke forskrifter. I Kommissionens »Hvidbog om sektorer og aktiviteter, der er udelukket fra arbejdstidsdirektivet« foreslog Kommissionen bl.a. et differentieret udgangspunkt, hvorefter der med hensyn til hvert aktivitetsområde skulle udstedes særlige regler med hensyn til arbejdstid og hvile for mobile arbejdstagere [23]. Efter en bedømmelse af reaktionerne fra arbejdsmarkedets parter besluttede Kommissionen at foreslå det udgangspunkt, der i sidste ende blev nedfældet i EU-lovgivningen [24]. Efter dette differentierede udgangspunkt skulle den europæiske aftale udelukkende gælde for det mobile personale i civil luftfart, og i § 3 skulle den ret til årlig betalt ferie, der var fastsat i artikel 7 i direktiv 93/104, overtages i uændret form. Endelig fremgår det af Kommissionens direktivforslag [25], at den europæiske aftale for de mobile arbejdstagere i civil luftfart bl.a. var bestemt til at gennemføre den ret til årlig betalt ferie, der var sikret i punkt 8 i fællesskabspagten om grundlæggende rettigheder. Direktiv 2000/79's tilblivelseshistorie underbygger således, at det var EU-lovgivers hensigt at udvide de allerede gældende bestemmelser vedrørende denne ret til de mobile arbejdstagere i civil luftfart, uden i det væsentlige at ændre indholdet af denne ret.

22 — Jf. Hvidbog om sektorer og aktiviteter, der er udelukket fra arbejdstidsdirektivet, KOM(97) 334 endelig, punkt 11-13.

23 — Ibidem, punkt 74.

24 — Jf. C. Barnard, *EC Employment Law*, 2 oplag, Oxford, 2002, s. 403.

25 — Jf. forslag til Rådets direktiv vedrørende den europæiske aftale om tilrettelæggelse af arbejdstiden for arbejdstagere i civil luftfart uden fast arbejdssted, som er indgået af Sammenslutningen af Europæiske Luftfartsselskaber (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), Den Europæiske Organisation for Regionale Luftfartsselskaber (ERA) og Den Internationale Charterflysammenslutning (IACA), KOM(2000) 382 endelig.

42. Direktiv 2003/88's tilblivelseshistorie bekræfter ligeledes, at de bestemmelser, der regulerer retten til årlig betalt ferie, var bestemt til også at skulle finde anvendelse på mobile arbejdstagere, herunder arbejdstagere i civil luftfart. Direktiv 93/104 blev nemlig senere ændret ved direktiv 2000/34, hvorved de undtagelser, der indtil da — ligesom det differentierede udgangspunkt for transport, der var foreslået — var fastsat (bortset fra med hensyn til ordningen for søfolk), blev afskaffet. Som følge heraf er bestemmelserne vedrørende årlig ferie blevet *udvidet* til mobile arbejdstagere i de udelukkede sektorer og aktivitetsområder, hvilket fremgår entydigt af niende betragtning til direktiv 2000/34 [26]. Derimod er bestemmelserne om arbejdstid og hvile i henhold til tiende betragtning [27] alene blevet *tilpasset*. Derudover fastslår artikel 2 i direktiv 2000/79, at gennemførelsen af dette direktiv på ingen måde kan udgøre tilstrækkelig begrundelse for at berettige et generelt ringere beskyttelsesniveau for arbejdstagerne på de områder, der er omfattet af direktivet. Med andre ord forbyder denne bestemmelse medlemsstaterne at falde tilbage under et beskyttelsesniveau, der allerede er blevet opnået via direktiv 93/104 i den ændrede version, der følger af direktiv 2000/43. Dette svarer præcis til det, der er anført i 16. betragtning til direktiv 2000/79 [28].

43. Det følger heraf, at der ikke er noget til hinder for, at de principper fra retspraksis, som Domstolen har udviklet i forbindelse med fortolkningen af arbejdstidsdirektivernes artikel 7, kan overføres på § 3 i den europæiske aftale.

3. Principperne fra retspraksis vedrørende retten til årlig betalt ferie

a) Om fortsat betaling af løn i ferieperioden

44. Betydningen af retten til årlig betalt ferie har allerede længe været anerkendt i Domstolens praksis. Efter fast retspraksis skal den betragtes som et særligt vigtigt princip i Unionens socialret, der ikke kan fraviges, og som skal gennemføres af de kompetente nationale

26 — Niende betragtning til direktiv 2000/34 har følgende ordlyd: »De eksisterende bestemmelser om årlig ferie og helbredskontrol for natarbejde og skifteholdsarbejde bør *udvides* til at omfatte mobile arbejdstagere, der er beskæftiget i de undtagne sektorer og aktiviteter.« Jf. i denne retning M.I. Rofes i Pujol, »Comentario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas«, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, nr. 41, s. 165.

27 — Tiende betragtning til direktiv 2000/34 lyder således: »De eksisterende bestemmelser om arbejdstid og hvile bør *tilpasses* mobile arbejdstagere, der er beskæftiget i de undtagne sektorer og aktiviteter.«

28 — 16. betragtning til direktiv 2000/79 lyder: »Gennemførelsen af dette direktiv bør ikke tjene som begrundelse for eventuelle forringelser af den eksisterende situation i de enkelte medlemsstater.«

myndigheder inden for de udtrykkelige grænser, der er fastsat ved direktiv 93/104 og dette direktivs afløser, direktiv 2003/88 [29]. Med den retlige forankring af retten til årlig betalt ferie i den afledte ret ville EU-lovgiver sikre, at arbejdstagerne i alle medlemsstater har en reel hviletid »med henblik på en effektiv beskyttelse af hans sikkerhed og sundhed« [30]. Formålet med retten til årlig betalt ferie er at give arbejdstageren mulighed for at hvile ud og have en periode til rådighed, hvorunder han kan slappe af og nyde sin fritid [31].

45. Hvad angår den særlige — og med henblik på den foreliggende præjudicielle sag relevante — ret for arbejdstagerne til betaling af ferieløn, skal det — som allerede nævnt — fastslås, at hverken arbejdstidsdirektiverne eller direktiv 2000/79 indeholder bestemmelser, som udtrykkeligt fastlægger størrelsen af den ferieløn, der skal betales, eller den metode, hvorefter denne skal beregnes. Imidlertid giver en undersøgelse af Domstolens praksis vigtige holdepunkter for, hvilke EU-retlige krav ferielønnen skal opfylde.

46. I denne forbindelse skal der først henvises til dommen i sagen Robinson-Steele m.fl., hvori Domstolen fastslog, at arbejdstidsdirektiverne behandler retten til årlig ferie og retten til betaling herfor som »værende to dele af én rettighed« [32]. Heraf kan allerede følgende første vigtige retlige konklusion udledes: Da kravene efter Domstolens opfattelse skal anses for uadskillelige, er afvigelser fra retten til at få betalt sin årlige ferie heller ikke tilladt ved gennemførelsen af EU-retten på nationalt plan, hvis arbejdstidsdirektiverne ikke udtrykkeligt fastsætter dette. I denne forbindelse skal det fastslås, at artikel 7 i direktiv 2003/88 ikke er nævnt blandt de bestemmelser, som det ifølge direktivet udtrykkeligt er muligt at fravige. I betragtning af den omstændighed, at denne bestemmelse hverken ved lov eller ved kollektiv overenskomst kan fraviges til skade for arbejdstageren, kan den danske regerings opfattelse [33], hvorefter den EU-retlige ret til årlig betalt ferie er

29 — Jf. BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 43, dom af 18.3.2004, sag C-342/01, Merino Gómez, Sml. I, s. 2605, præmis 29, og dommen i sagen Robinson-Steele m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 48. For så vidt angår direktiv 2003/88 henvises til dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 22, Vicente Pereda-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 18, og dom af 22.4.2010, sag C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Sml. I, s. 3527, præmis 28.

30 — Jf. BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 44, Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 30, dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 23, og Vicente Pereda-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 21.

31 — Jf. dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 25, og dommen i sagen Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 30.

32 — Dommen i sagen Robinson-Steele m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 58.

33 — Jf. punkt 16 i den danske regerings skriftlige indlæg.

præceptiv, principielt tiltrædes [34]. Derudover skal det bemærkes, at da dette princip anses for at være et særligt vigtigt princip i Unionens socialret, kan det i henhold til retspraksis heller ikke fortolkes indskrænkende. [35]

47. Efter Domstolens opfattelse er formålet med kravet om, at denne ferie betales, at arbejdstageren under denne ferie i lønmæssig henseende »befinder sig i en situation, der kan sammenlignes med arbejdsperioder«. Domstolens yderligere konstateringer med hensyn til ferielønnens størrelse er efter min opfattelse tilstrækkeligt klare, dog har Domstolen i præmis 50 i dommen i sagen Robinson-Steele m.fl. udtrykkeligt fastslået, at begrebet »årlig betalt ferie«, der er indeholdt i artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104, betyder, at »løn under den årlige ferieperiode i direktivets forstand fortsat skal udbetales«. Resterende tvivl vedrørende fortolkningen af denne sætning burde endvidere være fjernet ved det efterfølgende forklarende udsagn (»med andre ord«), hvorefter »arbejdstageren [skal] modtage sin *normale* løn under denne hvileperiode«. Dette udsagn skal forstås således, at ferielønnens størrelse skal svare præcist til størrelsen af den normale løn.

48. Det skal ganske vist medgives den forelæggende ret, at sagens genstand i sagen Robinson-Steele m.fl. adskiller sig fra genstanden for den foreliggende sag. I sagen Robinson-Steele m.fl. var der nærmere bestemt tale om EU-rettens forenelighed med en bestemt praksis, der bestod i, at lønnen for den mindste årlige ferieperiode blev udbetalt i form af delvise udbetalinger, spredt ud over det pågældende arbejdsår sammen med lønnen for udført arbejde, og ikke f.eks. som en udbetaling for en bestemt periode, hvor arbejdstageren reelt holdt ferie. Ikke desto mindre er de betragtninger, som Domstolen i denne doms præmis 50 lagde til grund for sin afgørelse, affattet generelt og vedrører på ingen måde alene de særlige omstændigheder, som lå til grund for denne retssag. De har derimod almen gyldighed og skal tilsvarende også tages med i betragtning ved besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål. At disse betragtninger har almen gyldighed, viser sig derved, at Domstolen har gentaget dem i præmis 58 i Schultz-Hoff-dommen i en anden sammenhæng, nemlig i forbindelse med spørgsmålet om, hvordan den godtgørelse, der er fastsat i artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88, og som en arbejdstager — der af grunde, som han ikke har nogen indflydelse på, ikke har været i stand til at gøre brug af sin ret til årlig betalt ferie inden arbejdsforholdets ophør — er berettiget til, skal beregnes.

34 — En fortolkning af artikel 12 i ILO-konvention nr. 132 fører ligeledes til denne konklusion. Denne bestemmelse fastsætter nemlig, at enhver aftale om ændring af retten til den i denne konventions artikel 3, stk. 3, fastsatte betalte mindste årlige ferie eller om afkald på denne ferie mod erstatning eller på anden måde efter omstændighederne i det pågældende land er ugyldig eller skal forbydes. Jf. også R. Blanpain, »The Holidays With Pay Convention of the ILO (N° 132): a Commentary«, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, bind 16/4, 2000, s. 364.

35 — Dommen i sagen Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 29.

Deri bekræfter Domstolen sin fortolkning, hvorefter »der fortsat skal udbetales løn under den årlige ferie«, og »arbejdstageren […] skal modtage sin normale løn«.

49. Derudover giver både en systematisk og en grammatikalsk fortolkning argumenter for denne retsopfattelse. I denne forbindelse skal direktiv 2003/88, henholdsvis direktiv 2000/79, stilles over for andre EU-retsakter, hvis bestemmelser fastsætter en ændret form af den fortsatte udbetaling af løn under ferie. Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. maj 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 [36], fastsætter til beskyttelse af gravide arbejdstagere mod risici for deres sikkerhed og sundhed samt mod negative indvirkninger på den pågældendes graviditet eller amning — ud over en ændring af arbejdsforholdene og overførelse til andre arbejdsopgaver — også fritagelse for arbejde, i hvilken forbindelse, jf. direktivets artikel 11, nr. 1), »arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, herunder bevarelse af deres løn og/eller oppebærelse af en passende ydelse, [skal] sikres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis«. Denne bestemmelse påviser en særegenhed, som Domstolen senest i dommene af 1. juli 2010 i Parviainen-sagen [37] og i Gassmayr-sagen [38] med rette har henvist til. I disse domme har Domstolen gjort opmærksom på den omstændighed, at denne direktivbestemmelse i størstedelen af de sprogversioner, der forelå på tidspunktet for direktivets vedtagelse, alene fastsætter bevarelsen af »løn« og ikke af »lønnen« [39]. Domstolen har på grundlag af denne direktivbestemmelses formulering og andre holdepunkter draget den konsekvens, at en gravid arbejdstager efter sin midlertidige overførsel i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 92/85 til en anden stilling end den, hun bestred inden sin graviditet, ikke i medfør af direktivets artikel 11, nr. 1), kan gøre krav på den løn, som hun gennemsnitligt oppebar inden den nævnte overførsel [40]. En tilsvarende retstilling foreligger imidlertid ikke med hensyn til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, henholdsvis den europæiske aftales § 3. Disse bestemmelsers ordlyd er for så vidt utvetydig, eftersom den årlige ferie i henhold til alle sprogversioner simpelthen skal være »betalt« [41], hvilket taler for en kontinuitet ved en fortsat betaling af den »almindelige løn« i overensstemmelse med retspraksis.

36 — EFT L 348, s. 1.

37 — Dom af 1.7.2010, sag C-471/08, Sml. I, s. 6533.

38 — Dom af 1.7.2010, sag C-194/08, Sml. I, s. 6281.

39 — Parviainen-dommen, præmis 50, og Gassmayr-dommen, præmis 61.

40 — Parviainen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 62.

41 — Jf. f.eks. den tyske version (»bezahlt«), den franske version (»payé«), den danske version (»med løn«), den spanske version (»retribuidas«), den portugisiske version (»remuneradas«), den slovenske version (»plačanega«), den italienske version (»retribuite«), den svenske version (»betald«) og den nederlandske version (»betaald«).

50. Et yderligere belæg for den opfattelse, som jeg her gør mig til talsmand for, følger endelig af Den Internationale Arbejdsorganisations (ILO) principper om tilrettelæggelse af arbejdstiden, som der i henhold til sjette betragtning til direktiv 2003/88 bør tages hensyn til. Inden for rammerne af ILO, som er en FN-særorganisation, har retten til en betalt minimal årlig ferieperiode hidtil været genstand for to multilaterale konventioner, hvorved konvention nr. 132, der trådte i kraft den 30. juni 1973 [42], har ændret konvention nr. 52, der gjaldt indtil da [43]. De indeholder bindende forskrifter for de kontraherende stater med henblik på at realisere denne grundlæggende sociale rettighed i deres nationale retsordener. I konvention nr. 132, hvis relevans for fortolkningen af direktiv 2003/88 Domstolen senest i Schultz-Hoff-dommen udtrykkeligt har bekræftet [44], fremgår det af artikel 7, stk. 1, at enhver person, der afholder ferie som fastsat i denne konvention, skal have udbetalt »mindst sin *normale* eller gennemsnitlige løn« i hele ferieperioden.

51. I betragtning af ovenstående betragtninger forekommer det mig, at den fremførte formodning, som er anført af den forelæggende ret i forelæggelsesafgørelsens punkt 29, hvorefter Domstolen i Schultz-Hoff-dommen ved anvendelsen af ordet »tilsvarende« [45] — med hensyn til den situation, som arbejdstageren skal stilles i under ferien ved kravet om, at ferielønnen betales — kunne have ment noget andet, efter omstændighederne også den mulighed, at fradrag fra den normale løn

42 — 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.

43 — 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.

44 — Dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 38. Jf. vedrørende diskussionen i litteraturen om den betydning, der skal tillægges ILO-konventionerne i EU's retsorden, M. Korda. og F. Pennings, »The legal character of international social security standards«, *European Journal of Social Security*, bind 10 (2008), nr. 2, s. 132, der er af den opfattelse, at Den Europæiske Union ikke har kompetence til at tilvejebringe retligt bindende standarder for den sociale sikkerhed. Af denne grund er de inden for rammerne af ILO og Europarådets undertegnede konventioner af central betydning for udviklingen af internationale standarder for den sociale sikkerhed. B. Bercusson, »The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards«, *50 Jahre EU — 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden, 2008, s. 58 f., taler for, at Domstolen har en mere aktiv rolle ved konstitutionaliseringen af den europæiske socialmodel, der skal tage hensyn til ILO-standarderne ved fortolkningen af den primære og den afledte EU-ret. J. Murray, »The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time«, *Transnational Labour Regulation — The ILO and EC compared*, s. 175, mener, at der er en stor konvergens mellem arbejdstidsdirektivet og ILO-retten for så vidt angår genstanden for og formålet med bestemmelserne.

45 — Dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 60.

blev tilladt, må hvile på en forkert forståelse af retspraksis. I øvrigt svarer det, som Domstolen har anført i denne dom, fuldt og helt til mine redegørelser i dommen i sagen Stringer m.fl. [46], hvorefter den finansielle godtgørelse, som en arbejdstager modtager, skal være »af samme størrelse« som hans normale løn. På trods af et afvigende ordvalg er der i sidste ende tale om det samme, nemlig om, at det — ved hjælp af en teleologisk fortolkning af arbejdstidsdirektivernes artikel 7, stk. 1 — skal sikres, at formålene med direktivet ikke bliver forpurret ved en uhensigtsmæssig gennemførelse. Det skal i denne forbindelse navnlig sikres, at der ikke opstår nogen ulemper for arbejdstageren, fordi han beslutter sig for at gøre brug af sin ret til årlig ferie. Til disse ulemper hører netop i første linje eventuelle finansielle tab, der — alt efter hans udgangssituation — ville afholde ham fra at gøre det.

52. Herefter må det fastslås, at EU-retten i henhold til Domstolens fortolkning indeholder tilstrækkeligt klare oplysninger til, at det kan fastlægges, hvordan ferielønnen skal udmåles. Herefter skal ferielønnen i hvert fald være af samme størrelse som lønnen.

b) Konklusion: ingen ulovlig hensyntagen til minimumsbehov

53. Den årlige feries rekreationsfunktion skal i sidste ende beskyttes effektivt ved, at der fortsat udbetales løn i perioden for den årlige ferie. Den fortolkning af arbejdstidsdirektivernes artikel 7, stk. 1, der er støttet på ånden i og formålet med arbejdstidsdirektiverne, således som den er kommet til udtryk i Domstolens praksis, forbyder i hvert fald, at der foretages en beregning af ferielønnen, der orienterer sig efter et minimum til livets opretholdelse. Det ville være uforeneligt med denne retspraksis, hvis der — således som sagsøgte i hovedsagen har foreslået [47] — som referencebeløb for beregningen af ferielønnen alene blev lagt et beløb til grund, der lige netop var højt nok til, at arbejdstageren ikke blev hindret i at gøre brug af sin ret til årlig betalt ferie. For det første ville en sådan foranstaltning nemlig ikke være nogen »fortsat udbetaling af lønnen« i perioden for den årlige ferie. Den foreslåede fortolkning ville snarere betyde, at de krav, som Domstolen har opstillet for, at der kan være tale om en direktivkonform ferieløn, efterfølgende skulle omskrives til skade for arbejdstageren. For det andet ville en sådan fortolkning føre til, at der blev tilvejebragt en retsstilling for arbejdstagerne, som hverken levede op til kravene til en minimumsharmonisering i hele Den Europæiske Union eller til kravet om retssikkerhed.

46 — Jf. mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-350/06 og C-520/06, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 38.

47 — Jf. punkt 41, 43 og 76 i sagsøgte i hovedsagens skriftlige indlæg.

54. Minimumsharmonisering, som også tilstræbes for luftfartsområdet ved den europæiske aftale i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 2000/79, betyder nemlig ikke, at Unionens engagement begrænses til den laveste fællesnævner. Der er altså på ingen måde tale om en minimal harmonisering. Formålet er ikke at fastlægge det laveste beskyttelsesniveau, der gælder i en medlemsstat, for hele Den Europæiske Union, men derimod at formulere den ufravigelige grundlæggende beskyttelse for den pågældende EU-politik [48]. Alt andet ville være uforeneligt med den målsætning om at sikre at »fremme beskæftigelse og forbedre leve- og arbejdsvilkår«, der er fastsat i artikel 136 EF, for herigennem »at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau« og »en passende social beskyttelse«. En bestemmelse, der opstiller minimumsstandarder for arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, skal være affattet objektivt og klart, således at dens effektive og ensartede gennemførelse sikres på hele Unionens område. Et kriterium som »finansiel overkommelighed« for den årlige ferie, som sagsøgte i hovedsagen i realiteten foreslår, ville ikke kunne praktiseres, især fordi anvendelsen af et sådant kriterium — som sagsøgerne i hovedsagen med rette har bemærket [49] — ville afhænge af den enkelte situation, og navnlig af, hvordan den enkelte arbejdstager er økonomisk belastet. Anvendelsen af et sådant ubestemt kriterium ville i sidste ende undergrave retten til årlig ferie.

4. Medlemsstaternes kompetence ved beregningen af ferielønnen

55. Fastlæggelsen af metoden for beregningen af ferielønnen falder i mangel af udtrykkelige bestemmelser i arbejdstidsdirektiverne, henholdsvis direktiv 2000/79, atter tilbage på kompetencen for medlemsstaterne, der — som allerede anført — er forpligtede til at fastlægge de nødvendige nationale gennemførelsesbestemmelser. I dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl. [50] kom Domstolen til en tilsvarende konklusion i forbindelse med det lige så lidt regulerede EU-retlige spørgsmål om, hvordan den finansielle godtgørelse, som i henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 ved arbejdsforholdets ophør erstatter den eller de minimale årligt betalte ferieperioder, skal beregnes. Her gælder for så vidt »national lovgivning og/eller praksis«, som direktiverne henviser til. I denne forbindelse skal medlemsstaterne være opmærksomme på, at de nationale gennemførelsesbestemmelser skal overholde de grænser, der følger af EU-retten,

48 — Jf. Leible og Streinz, *EUV/EGV*, München, 2003, artikel 95, punkt 44, s. 1248.

49 — Jf. punkt 74 i sagsøgerne i hovedsagens skriftlige indlæg.

50 — Dommen i sagen Schultz-Hoff m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 57-62.

herunder de principper fra retspraksis, som jeg er kommet ind på i mine redegørelser.

C — *Fremgangsmåde ved komplekse lønstrukturer*

1. Generelt

5. Mellemresultat

56. Den forelæggende rets første spørgsmål, som er generelt formuleret, da dets genstand er principielle aspekter ved retten til betaling af ferieløn, anser jeg for besvaret ved mine indgående redegørelser, både om omfanget af de lovgivningskompetencer, som EU-lovgiver har gjort brug af, og de kompetencer, som er overladt til medlemsstaterne, og om de EU-retlige krav, der kan udledes af arbejdstidsdirektiverne, direktiv 2000/79 og af Domstolens praksis.

58. Princippet om, at ferielønnen skal udmåles således, at den svarer til den »normale« løn, skal utvivlsomt tilpasses i sådanne situationer, hvor lønnens størrelse netop ikke er konstant, da den, på grund af enkelte faktorer, som arbejdsmarkedets parter har anset for relevante, kan variere fra en periode til en anden. Sådanne faktorer kan enten være knyttet til en arbejdstagers erhvervsmæssige stilling inden for virksomheden eller til bestemte ydelser, han præsterer. Til sidstnævnte kategori hører tillæg i form af særlig løn og godtgørelser for omkostninger.

57. Det mere konkret formulerede andet og tredje præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at ferielønnen principielt skal udmåles således, at den svarer til arbejdstagerens »normale« løn. En finansiel godtgørelse, der betales som ferieløn, opfylder i hvert fald ikke de EU-retlige krav, hvis denne kun lige er udmålt således, at der ikke er nogen alvorlig fare for, at arbejdstageren ikke afholder sin årlige ferie.

59. Det fjerde og det femte præjudicielle spørgsmål går i sidste ende ud på, at Domstolen anmodes om at fastslå, hvad der skal forstås ved »normal løn« i ferieperioden i en situation som den, der er omhandlet i hovedsagen. I denne forbindelse skal det fastslås, at dette begreb har en tidsmæssig og en materiel komponent. Begge præjudicielle spørgsmål henviser til disse komponenter. Med det fjerde spørgsmål anmodes der om, at det

oplyses, om den faktiske periode — dvs. den periode, hvori arbejdstageren var på ferie — eller en anden periode skal lægges til grund som relevant periode. Med det femte præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret at få oplyst, om arbejdstageren har krav på udbetaling af et tillæg, hvis og for så vidt han ville have udført en bestemt aktivitet. Såfremt dette er tilfældet, ønsker den forelæggende ret oplyst, om der i givet fald herved også findes nogle øvre grænser for omfanget eller den tidsmæssige udstrækning af en sådan aktivitet ved beregningen af ferielønnen.

2. EU-retlige krav og de kompetencer, der er overladt til medlemsstaterne ved reguleringen af enkelthederne ved ferielønnen

60. En definitiv vurdering af, hvad der skal forstås ved »normal løn« i henhold til retspraksis, lader sig ikke gennemføre, ikke mindst på grund af den knappe EU-regulering på dette område, der nødvendigvis sætter grænser for Domstolens fortolkning.

61. Den danske regering henviser som begrundelse for, at EU ikke har nogen lovgivningskompetence, og dermed også for, at Domstolen ikke har nogen kompetence til fortolkning, til artikel 137, stk. 5, EF, hvorefter denne artikel bl.a. udtrykkeligt ikke gælder for »lønforhold«. Imidlertid er det ikke her, jeg ser den egentlige hindring, for som Domstolen i sin praksis gentagne gange har udtalt [51], skal man huske på, at denne traktatbestemmelse skal fortolkes snævert, således at rækkevidden af stk. 1-4 ikke bliver utilbørligt påvirket, eller der ikke bliver stillet spørgsmålstegn ved de mål, der forfølges med artikel 136 EF. Denne traktatbestemmelse må derfor ikke fortolkes således, at dens anvendelsesområde udstrækkes til alle spørgsmål, der på en eller anden måde står i forbindelse med lønnen. Som Domstolen har udtalt i Inpact-dommen under henvisning til dommen i sagen Del Cerro Alonso [52], skal den nævnte undtagelse derimod forstås således, at den sigter til foranstaltninger, der — såsom en ensretning af alle eller en del af de bestanddele, der indgår i lønningerne og/eller deres niveau, eller indførelsen af en mindsteløn på fællesskabsplan — indebærer, at EU-retten direkte griber ind i fastsættelsen af lønningerne inden for Unionen [53]. Tilsvarende falder fastsættelsen af størrelsen af de forskellige bestanddele, der indgår i en arbejdstagers aflønning, uden for EU-lovgivers kompetence, og den henhører utvivlsomt under medlemsstaternes kompetente myndigheder, hvorved disse myndigheder ikke desto mindre skal overholde EU-retten ved udøvelsen af deres kompetence på de områder, der ikke henhører under EU's kompetence [54].

51 — Jf. dom af 15.4.2008 i Impact-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 125.

52 — Dom af 13.9.2007, sag C-307/05, Sml. I, s. 7109.

53 — Impact-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 124.

54 — Ibidem, præmis 129.

62. Dette siger dog ikke noget om, hvorvidt EU-lovgiver, når der er tale om komplekse lønstrukturer, har kompetence til at regulere størrelsen af ferielønnen. Som generaladvokat Kokott nemlig med rette har anført i nævnte retssag, er denne undtagelsesbestemmelse ikke til hinder for, at EU vedtager bestemmelser med økonomiske virkninger, f.eks. med hensyn til arbejdsvilkår [artikel 137, stk. 1, litra b), EF] eller med henblik på forbedring af arbejdsmiljøet for at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed [artikel 137, stk. 1, litra a), EF]. Den hindrer ikke EU-lovgiver i at indføre bestemmelser rettet til den nationale arbejdsret, der giver en arbejdstager ret til årlig ferie med løn, således som det er sket i artikel 7 i direktiv 2003/88 [55]. Det samme gælder for de næsten identiske bestemmelser i § 3 i den europæiske aftale, der forefindes som bilag til direktiv 2000/79, især da undtagelsesbestemmelsen i artikel 137, stk. 5, EF også omfatter dette direktivs retsgrundlag i artikel 139 EF [56]. Med andre ord har EU-lovgiver ikke kun kompetence til at regulere de forhold, der er genstand for direktiv 2003/88 og 2000/79, men ville derudover retligt set principielt kunne udstede detaljerede forskrifter med hensyn til ferielønnens art og størrelse.

63. EU-lovgiver har imidlertid i de ovennævnte bestemmelser undladt at fastlægge, *hvordan ferielønnen i sine enkeltheder skal være sammensat,* og har i stedet henvist til den nationale »lovgivning og/eller praksis«. EU-lovgivers vilje om at indrømme medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter et vidt spillerum med hensyn til udformningen kommer til udtryk i tiende betragtning til direktiv 2000/79, hvorefter »[i]værksættelsen af aftalen […] mest hensigtsmæssigt sker ved et direktiv som omhandlet i traktatens artikel 249«. Med hensyn til luftfartsområdet foretages en yderligere henvisning til national ret, for så vidt som medlemsstaterne i henhold til 12. betragtning »i overensstemmelse med national lovgivning og praksis, således som det også er tilfældet ved andre social- og arbejdsmarkedspolitiske direktiver, hvori lignende udtryk anvendes, [selv kan definere de begreber, der anvendes i aftalen,] forudsat at de pågældende definitioner er i overensstemmelse med aftalens indhold«. Artikel 3 i direktiv 2000/79 forpligter derudover medlemsstaterne til at sikre sig, at »arbejdsmarkedets parter har indført de nødvendige bestemmelser ved aftaler«.

64. På denne måde bliver der på EU-plan i princippet foretaget en tilgang, der svarer til gennemførelsen af ILO-konvention nr. 132, som heller ikke indeholder særlige bestemmelser om beregning af ferielønnen og i stedet indrømmer de underskrivende stater et vidt spillerum med hensyn til

55 — Jf. punkt 175 i forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Kokott den 9.1.2008 i Impact-sagen (dommen er nævnt ovenfor i fodnote 13).

56 — Jf. i denne retning R. Rebhahn, nævnt ovenfor i fodnote 14, artikel 137, punkt 56, s. 1363.

udformningen [57]. Således foreskriver denne konventions artikel 1, at »bestemmelserne i denne overenskomst [skal] gennemføres ved national lovgivning, for så vidt som dette ikke sker ved kollektive overenskomster, voldgiftskendelser, retsafgørelser, officielle procedure til lønfastsættelse eller på anden måde, der er i overensstemmelse med national praksis, og som under hensyntagen til de særlige forhold i det enkelte land forekommer egnede«.

65. Et sådant udgangspunkt tager både højde for subsidiaritetsprincippet og for nødvendigheden af, at der skal tages hensyn til arbejdsmarkedets parters frie forhandlingsret ved lønforhandlinger. I denne forbindelse skal jeg minde om, at retten til kollektiv overenskomstforhandling og den frie forhandlingsret, der indgår i denne ret, i EU's retsorden udgør beskyttede grundlæggende rettigheder [58]. Retten til kollektiv overenskomstforhandling anerkendes både i forskellige internationale retsakter, som medlemsstaterne har medvirket til, eller som de har tiltrådt — såsom f.eks. den europæiske socialpagt, der blev undertegnet i Torino den 18. oktober 1961 [59], som i øvrigt nævnes udtrykkeligt i artikel 136 EF — og i retsakter, som medlemsstaterne har udarbejdet på fællesskabsplan eller inden for rammerne af Den Europæiske Union, såsom fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder [60], der blev vedtaget på Det Europæiske Råds møde i Strasbourg den 9. december 1989 og som ligeledes er nævnt i artikel 136 EF, og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der blev proklameret i Nice den 7. december 2000 [61].

66. Et sådant udgangspunkt svarer desuden til kravene i praksis, især da det fremstår som meget vanskeligt at vedtage ensartede regler for alle brancher [62]. Bemærkningerne fra parterne i hovedsagen viser netop, hvor fleksibel

57 — Ifølge S. Böhnert, *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2002, s. 100, anvender ILO-konventionen såkaldte »fleksibilitetsklausuler«. Herved skal forstås forskellige foranstaltninger, bl.a. anvendelsen af vide begreber, og at der tildeles en stor frihed ved gennemførelsen af forpligtelserne henholdsvis ved fastsættelsen af de mål, der skal nås.

58 — Jf. mit forslag til afgørelse af 14.4.2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, dom af 5.7.2010, Sml. I, s. 7091, punkt 77.

59 — Artikel 6 i den europæiske socialpagt, ordret gengivet i artikel 6 i den reviderede europæiske socialpagt, som blev undertegnet i Strasbourg den 3.5.1996, forpligter de kontraherende parter til, for at sikre en effektiv udnyttelse af retten til at føre kollektive forhandlinger, bl.a. at fremme fælles forhandlinger mellem arbejdere og arbejdsgivere, og hvor det er fornødent og formålstjenstligt at fremme indførelse af en fremgangsmåde til frivillige forhandlinger mellem arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer og arbejderorganisationer med henblik på en regulering af arbejdsvilkårene gennem kollektive overenskomster.

60 — Ifølge punkt 12 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder har arbejdsgiverne eller arbejdsgiverorganisationerne på den ene side og arbejdstagerorganisationerne på den anden side ret til under de vilkår, der gælder efter national lovgivning og praksis, at forhandle og indgå kollektive overenskomster.

61 — I henhold til artikel 28 i chartret om grundlæggende rettigheder har arbejdstagere og arbejdsgivere eller deres respektive organisationer i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen og national lovgivning og praksis ret til at forhandle og indgå kollektive overenskomster på passende niveauer og i tilfælde af interessekonflikter ret til kollektive skridt, herunder strejke, for at forsvare deres interesser.

62 — Jf. min redegørelse i punkt 42 i dette forslag til afgørelse vedrørende den differentierende reguleringsmetode, som EU-lovgiver har anvendt, og som i sidste ende førte til udstedelsen af direktiv 2000/79 på det særlige område for civil luftfart.

luftfartssektoren er henvist til at være. Der skal tilvejebringes bestemmelser, der tager hensyn til særegenhederne i hver branche, og som kan accepteres af arbejdsmarkedets parter. Også ved fortolkningen af EU-retten skal Domstolen tage hensyn til denne tilbageholdenhed fra EU-lovgivers side. På den anden side skal jeg minde om, at medlemsstaternes spillerum med hensyn til udformningen, som allerede nævnt [63], ikke er ubegrænset. Gennemførelsesretsakterne skal tværtimod holde sig inden for en EU-retlig ramme.

67. Det fremgår af ovenstående, at det i mangel af modstående EU-retlige krav principielt står medlemsstaterne frit for — i overensstemmelse med deres nationale arbejdsretlige forskrifter — at tillade, at lønnen opsplittes i en grundløn og flere tillæg, som arbejdstageren afhængigt af sine ydelser modtager.

3. Ferielønnens sammensætning

a) Materielle komponenter i begrebet »normal løn«

68. Hvad angår de materielle komponenter i begrebet »normal løn« i tilfælde af en kompleks lønstruktur, der er genstand for det femte præjudicielle spørgsmål, er jeg af den opfattelse, at der ikke uden videre af 12. betragtning til direktiv 2000/79 kan udledes en eksklusiv kompetence for medlemsstaterne, henholdsvis arbejdsmarkedets parter, til i enkeltheder at fastlægge, hvilke bidrag der kan anses for være en del af »ferielønnen«. I betragtning af den omstændighed, at begrebet »ferieløn« hænger sammen med begrebet »løn«, skulle denne tilsvarende også principielt fortsat betales i sin helhed i ferieperioden. Sidstnævnte begreb er i vidt omfang præget af EU-retten.

i) Det EU-retlige lønbegreb

69. Ganske vist indeholder hverken arbejdstidsdirektiverne eller direktiv 2000/79 en definition af begrebet »løn«, men EU-retten fastsætter en tilstrækkelig klar definition i artikel 141, stk. 2, EF, som Domstolen også har henvist til ved fortolkningen af direktiver, der — ligesom direktiv 93/104 selv, som der bl.a. er tale om her — blev udstedt med EF-traktatens artikel 118A [64] som

63 — Jf. punkt 38, 45, 53, 54 og 55 i dette forslag til afgørelse.

64 — Dom af 8.9.2005, sag C-191/03, McKenna, Sml. I, s. 7631, præmis 29.

bemyndigelsesgrundlag. Denne definition svarer derudover til de internationale arbejdsretlige standarder, fordi den med hensyn til sin tilblivelseshistorie læner sig op ad artikel 1, litra a), i ILO-konvention nr. 100 [65] [66]. En henvisning til de primærretlige begreber forekommer mig på denne baggrund også i den foreliggende sag mulig ved fortolkningen af direktiv 2000/79.

70. Derfor skal spørgsmålet om, hvilke ydelser der i henhold til denne definition skal anses for at være bestanddele af lønnen, behandles.

71. Ved »løn« i henhold til artikel 141, stk. 2, EF skal der i henhold til legaldefinitionen forstås den »almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier«. Det er i denne forbindelse ligegyldigt, om ydelsen erlægges i henhold til en ansættelseskontrakt, ifølge lov eller frivilligt [67]. Der har været tendens til, at denne bestemmelse er blevet fortolket udvidende i Domstolens praksis [68]. Af denne grund kan begrebet løn i artikel 141, stk. 2, EF efter omstændighederne gå langt ud over et nationalt lønbegreb [69]. Der skal foretages en individuel vurdering af enhver godtgørelses lønkarakter.

72. Før jeg undersøger de enkelte omtvistede lønbestanddele med hensyn til deres karakter af løn, vil jeg imidlertid kort gøre opmærksom på nødvendigheden af, at den hidtidige vide fortolkning af det EU-retlige lønbegreb fastholdes. Netop i situationer som den foreliggende, hvor lønnen er sammensat af flere bestanddele, vil en for snæver fortolkning medføre en fare for, at arbejdsgiveren anspores til at opgive enkelte bestanddele som ikke-tilhørende lønnen og/eller endog at opsplitte lønnen yderligere, for at betale så lidt ferieløn som muligt. En sådan praksis ville imidlertid føre til, at arbejdstageren ville blive afskrækket fra at gøre brug af den årlige betalte ferie, og rekreationsformålet ville dermed blive forpurret. Efter min opfattelse henviser sagsøgerne i hovedsagen med rette til denne fare [70].

65 — Artikel 1, litra a), i ILO-konvention nr. 100 lyder som følger: »For nærværende konventions vedkommende [...] omfatter udtrykket «løn» den almindelige løn, grundløn eller minimumsløn samt alle andre former for vederlag herudover, som ydes direkte eller indirekte, kontant eller in natura, af arbejdsgiveren til arbejderen for hans arbejde.«

66 — Jf. S. Krebber, *EUV/EGV — Kommentar* (udg. af Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3. oplag, München, 2007, artikel 141, punkt. 23, s. 1629.

67 — McKenna-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 29.

68 — Jf. E. Eifenhofer, *EUV/EGV — Kommentar*, München, 2003, artikel 141 EF, punkt 10, s. 1530.

69 — Jf. R. Rebhahn, nævnt ovenfor i fodnote 14, artikel 141 EF, punkt 10, s. 1386.

70 — Jf. punkt 73 i sagsøgerne i hovedsagens skriftlige indlæg.

ii) Grundlønnen som væsentlig del af lønnen

73. I betragtning af den entydige ordlyd er enhver ydelse, som arbejdstageren modtager som »grundløn«, i hvert fald omfattet af denne bestemmelse. Dette har Domstolen senest udtrykkeligt bekræftet i Parviainen-dommen, der omhandlede en stewardesse, der udøvede funktionerne som purser i et luftfartsselskab. Domstolen behandlede i denne sag spørgsmålet, om en gravid arbejdstager, der i medfør af artikel 5, stk. 2, i direktiv 92/85 af sundhedsmæssige og sikkerhedsmæssige grunde midlertidigt er overført til en anden stilling, under denne overførsel ud over grundlønnen i henhold til hendes kontrakt eller ansættelsesforhold bevarer retten til de lønelementer eller de tillæg, der knytter sig til hendes ledelsesfunktion, hendes anciennitet og hendes erhvervsmæssige kvalifikationer. Domstolen besvarede dette spørgsmål bekræftende, idet den på forhånd anså sagsøgerens grundløn for at være omfattet af lønbegrebet i artikel 141 EF [71]. Under kategorien grundløn falder også det faste beløb, som alle piloter i henhold til MOA, sammenholdt med de kollektivt aftalte bestemmelser om månedlige flytider, i hvert fald har ret til. Denne løns størrelse er præcist fastlagt og afhænger af forskellige faktorer, såsom pilotens rang og den luftflåde, den pågældende tilhører. Som følge heraf hører denne faste uforanderlige bestanddel i enhver pilotløn i hvert fald til den »normale løn«, som i henhold til Domstolens praksis fortsat skal udbetales til arbejdstageren i ferieperioden.

iii) Klassificering af tillæg som en del af lønnen

74. Det er derimod vanskeligere at bedømme spørgsmålet, om de tillæg, der her omhandles, også er omfattet af lønbegrebet, jf. artikel 141, stk. 2, EF. Ifølge den forelæggende rets oplysninger er der nemlig to yderligere lønbestanddele ud over grundlønnen, der adskiller sig fra hinanden ved deres funktion og beskatning. Størrelsen af tillæggene afhænger af flyvetiden (FPS) og tiden tilbragt væk fra basen (TAFB). I henhold til national ret anses hele FPS som løn og beskattes tilsvarende. Med hensyn til TAFB anses 82 % af tiden som godtgørelse for omkostninger, således at kun 18 % behandles som løn og beskattes.

75. Uanset deres klassificering i national ret kunne sådanne tillæg under en EU-retlig synsvinkel muligvis anses for at være »andre ydelser« i henhold til ovennævnte legaldefinition.

71 — Parviainen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 49 og 50.

Dette skal undersøges efterfølgende. Hvis der tages udgangspunkt i lønnens funktion som arbejdsgiverens modydelse for det af arbejdstagerens ydede arbejde, skulle enhver ydelse med pengeværdi forstås som »anden ydelse«, der i vid forstand er en sådan modydelse og ikke udelukkende af andre grunde (f.eks. højere produktivitet, forbedring af arbejdsvilkårene og arbejdsklimaet, støtte og krav af hensyn til sundheden) [72].

76. Først og fremmest er det imidlertid nødvendigt at afgrænse genstanden for prøvelsen i overensstemmelse med de præjudicielle spørgsmåls betydning for afgørelsen i hovedsagen. Det fremgår i hvert fald af sagens akter [73], at sagsøgerne i hovedsagen har ret til udbetaling af FPS og af den andel af TAFB, der skal beskattes, som i henhold til national ret klassificeres som bestanddel af lønnen. Også det anbringende, som sagsøgerne i hovedsagen har fremført, fører til denne konklusion, især da sagsøgerne i deres skriftlige indlæg i sagen for Domstolen [74] udelukkende henviser til netop disse lønbestanddele. Den forelæggende rets spørgsmål skal derfor forstås således, at det kun med hensyn til FPS og den del af TAFB, der skal beskattes, ønskes oplyst, om der ved beregningen af ferielønnen ud over grundlønnen også skal tages hensyn til tillæggene. Som følge heraf er det — da det ikke har betydning for sagens afgørelse — ikke nødvendigt, at den efterfølgende prøvelse omfatter den del af TAFB, der anses for betalt som godtgørelse for omkostninger.

77. Det brede lønbegreb i artikel 141, stk. 2, EF omfatter principielt — ud over den egentlige løn, der skal betales som modydelse for det ydede arbejde — også samtlige bibestanddele, såsom præmier, tillæg og bonusser samt gratialer og privilegier tildelt af arbejdsgiveren [75]. Domstolen har i hvert fald som løn i henhold til denne bestemmelse anerkendt løntillæg, der retter sig efter fleksibilitetskriteriet, dvs. sådanne tillæg, der aflønner arbejdstageren for at stå til rådighed på forskellige

72 — Jf. S. Krebber, nævnt ovenfor i fodnote 66, punkt 25, s. 1630.

73 — Jf. dom fra Employment Tribunal af 11.5.2007, Mrs S.A. Williams and others/British Airways Plc (sag nr. 3314875/2006), præmis 27 og 29, s. 8 (bilag 2 til sagsøgte i hovedsagens skriftlige indlæg), og Supreme Courts sammenfatning af de faktiske omstændigheder (»Agreed Statement of Facts and Issues in the Supreme Court of the United Kingdom«), punkt 8, s. 3, bilag I til sagsøgte i hovedsagens skriftlige indlæg.

74 — Jf. punkt 11 i sagsøgerne i hovedsagens skriftlige indlæg.

75 — Jf. M. Fuchs og F. Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2. oplag, Wien, 2006, s. 123.

tidspunkter [76]. Konsekvent er både et tillæg på grundlag af ubekvemme arbejdstider [77] og en godtgørelse for overarbejde [78] samt for overarbejde på grund af deltagelse i kurser, der gik ud over den individuelle arbejdstid [79], ligeledes i retspraksis blevet anset for omfattet af denne definition. På denne baggrund burde også overtidstillæg, tillæg for helligdage, tillæg for skifteholdsarbejde og tilsvarende ydelser falde ind under denne kategori [80].

78. Ligheden mellem de ydelser, der her ikke er udtømmende opregnet, og de omtvistede tillæg ligger lige for hånden, men i sidste ende hænger de alle sammen med pilotens beredvillighed til at stille sin tid til rådighed til udførelse af et arbejde, så længe som arbejdsgiveren finder det nødvendigt. En forskel mellem de to omtvistede former for tillæg ligger imidlertid deri, at FPS er en direkte modydelse for en typisk pilotopgave — nemlig at flyve et luftfartøj — mens TAFB snarere har karakter af en godtgørelse for fravær fra pilotens sædvanlige tjenestested, der nødvendigvis er forbundet med at rejse. At en ydelses eventuelle karakter af godtgørelse ikke uden videre er til hinder for en klassificering som løn i henhold til artikel 141, stk. 2, EF, fremgår allerede af den omstændighed, at endog en erstatning for uberettiget afskedigelse, der er fastsat ved lov [81], falder ind under dette begreb. Sammenlignet med sådanne erstatninger er TABF's karakter af godtgørelse — i hvert fald for så vidt som der er tale om den her relevante bestanddel, der ikke skal beskattes — imidlertid væsentligt mindre udpræget. Der skal i denne forbindelse endvidere henvises til, at denne bestanddel — i modsætning til den bestanddel af TAFB, der ikke skal beskattes — ikke er nogen godtgørelse for omkostninger, men at den allerede i henhold til national ret er løn. Denne klassificering er efter min opfattelse rigtig, især fordi den er en indirekte godtgørelse for den udførte opgave, der har kompensatorisk karakter og kan sammenlignes med et tillæg for ubekvemme arbejdstider. Uanset dette er begge tillæg ydelser af pengeværdi, som arbejdsgiveren bevidst udbetaler med henblik på en bestemt opgave, piloten varetager, således at der ikke kan stilles spørgsmålstegn ved, om de to tillæg har karakter af løn.

79. Disse tillæg er således »andre ydelser«, som arbejdstageren i henhold til artikel 141, stk. 2, EF modtager som følge af arbejdsforholdet. Herefter hører også disse

76 — Jf. dom af 17.10.1989, sag 109/88, Danfoss, Sml. s. 3199, præmis 3.

77 — Jf. dom af 30.3.2000, sag C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen, Sml. I, s. 2189, præmis 39 ff.

78 — Jf. dom af 6.12.2007, sag C-300/06, Voß, Sml. I, s. 10573, præmis 12 ff.

79 — Jf. dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötel, Sml. I, s. 3589, præmis 13, og af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, præmis 23.

80 — Jf. S. Krebber, nævnt ovenfor i fodnote 66, punkt 28, s. 1631.

81 — Jf. dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith, Sml. I, s. 623, præmis 28.

lønbestanddele til den »normale løn«, der i henhold til Domstolens praksis fortsat skal betales til arbejdstageren under ferien. Derfor har en arbejdstager også i den periode, hvor han holder årlig ferie, principielt krav på de tillæg, der normalt tilkommer ham.

80. Det forhold, at arbejdstageren gør brug af sin ret til årlig ferie, kan ikke udgøre en retlig lovlig grund til undtagelsesvis at fortolke det EU-retlige lønbegreb så indskrænkende, at de tillæg, der påløber i denne tid, ikke hører dertil. Dette ville ellers betyde, at arbejdstageren økonomisk set blev behandlet anderledes, alt efter om han arbejdede eller var på ferie, hvilket imidlertid — som jeg allerede udførligt har redegjort for — ville være i strid med retspraksis.

81. Anerkendelsen af et krav på de normale tillæg betyder imidlertid ikke nødvendigvis, at arbejdstageren ville have at uformindsket krav på alle tænkelige tillæg. Efter min opfattelse har Domstolen sat en grænse for dette krav, for så vidt som retspraksis også kan forstås således, at arbejdstageren ikke skal have krav på mere end sin »normale løn«. Hvilke følger denne fortolkning har, vil jeg forklare nu.

b) Tidsmæssige komponenter i den »normale løn«

82. Som jeg antydede i begyndelsen, har begrebet den »normale løn« også en tidsmæssig komponent. Efter den sædvanlige betydning kan noget kun betegnes som »normalt«, hvis det har bestået i en bestemt periode og senere kan fremdrages som grundlag for en sammenligning. Dette udtryk implicerer, som Kommissionen [82] og sagsøgerne i hovedsagen [83] med rette har forklaret, i det væsentlige udjævningen af en løn, der i sig selv med regelmæssige tidsmæssige mellemrum fluktuerer, til størrelsen af en gennemsnitsindtægt. Til undersøgelsen af en »normal løn« kræves, som procesdeltagerne med rette har anført, nødvendigvis en *tilstrækkelig repræsentativ referenceperiode*, i hvilken forbindelse der i hovedsagen kommer flere alternative perioder på tale. Enten tager man udgangspunkt i den konkrete periode, hvor arbejdstageren var på ferie, og beregner en hypotetisk gennemsnitsindtægt, eller man tager udgangspunkt i en tidligere periode, hvor arbejdstageren uafbrudt var beskæftiget, og beregner en gennemsnitsindtægt. Begge muligheder nævnes i det fjerde præjudicielle spørgsmål. Det ville imidlertid være lige så tænkeligt at beregne en ensartet ferieløn for de enkelte kategorier af piloter. Imidlertid forekommer ingen af de udgangspunkter, der kommer på tale, praktisk set at skulle foretrækkes, idet de

82 — Jf. punkt 27 i Kommissionens skriftlige indlæg.

83 — Jf. punkt 55 og 100 i sagsøgerne i hovedsagens skriftlige indlæg.

begge har både fordele og ulemper. Således har det første udgangspunkt f.eks. den ulempe, at det ikke altid vil være muligt med sikkerhed at fastlægge, hvilke opgaver den pilot, der holder ferie, i den pågældende periode kunne forventes at have udført, hvis man — alt efter udgangspunktet — kan gå ud fra, at den pågældende opgave principielt også ville have kunnet udføres af enhver anden pilot [84]. Det andet udgangspunkt ville på sin side — såfremt der var tale om nyansættelser — kunne give anledning til vanskeligheder, da der netop ikke findes nogen reel referenceperiode, som man kunne fremdrage [85]. Trods dette burde det første og det andet udgangspunkt i den praksis, som sagsøgerne i hovedsagen [86] henviser til, dog ikke føre til nogen nævneværdig kvantitativ forskel mellem de beregnede beløb.

83. Ved en nærmere betragtning af den fremførte problematik bliver det tydeligt, at de fordele og ulemper ved de to udgangspunkter, som parterne har drøftet udførligt, overvejende vedrører den praktiske side af gennemførelsen af retten til årlig betalt ferie. Med andre ord vedrører de egentlig spørgsmålet om, hvilket udgangspunkt, der er det mest hensigtsmæssige for at gennemføre den ret, der er sikret ved EU-retten. Inden for rammerne af en præjudiciel sag skal Domstolen ved fortolkning undersøge, hvilke retligt bindende krav EU-retten opstiller for de nationale gennemførelsesbestemmelser [87], og inden for rammerne af et retsligt samarbejde tage stilling til de retsspørgsmål, der er forelagt den af den nationale ret. På denne baggrund skal Domstolen i den foreliggende retssag fastslå, at EU-retten, som sagsøgte i hovedsagen med rette har bemærket [88], ikke foreskriver noget bestemt udgangspunkt.

84. Da der ikke findes nogen detaljerede krav på EU-retligt plan, må det lægges til grund, at kompetencen til at fastlægge den omhandlede referenceperiode og til at beregne den tilsvarende gennemsnitlige løn er placeret på nationalt plan, i hvilken forbindelse »national lovgivning og/eller praksis« i henhold til § 3 i den europæiske aftale, henholdsvis artikel 7 i direktiv 2003/88, her er afgørende. Det påhviler den nationale lovgiver i henhold til den pågældende retsorden at udstede de nødvendige gennemførelsesbestemmelser, henholdsvis

84 — Jf. punkt 42 og 74 i sagsøgte i hovedsagens indlæg.

85 — Ibidem, punkt 42.

86 — Ibidem, punkt 102.

87 — Ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse bliver det nemlig forklaret og tydeliggjort, i hvilken retning og med hvilken betydning denne bestemmelse fra dens ikrafttræden skal eller ville skulle forstås og anvendes (jf. dom af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 16, af 10.2.2000, sag C-50/96, Deutsche Telekom, Sml. I, s. 743, præmis 43, og af 13.1.2004, sag C-453/00, Kühne & Heitz, Sml. I, s. 837, præmis 21).

88 — Jf. punkt 42 i sagsøgte i hovedsagens skriftlige indlæg.

arbejdsmarkedets parter at tilvejebringe kollektivt aftalte regler, der tilvejebringer betingelserne for, at denne gennemsnitlige løn kan udbetales.

85. Tilsvarende gælder for den internationale arbejdsret, hvoraf der kunne være afledt vigtige principper. Ordlyden af artikel 7, stk. 1, i ILO-konvention nr. 132 ligger som princip ganske vist tæt på konstateringen af en gennemsnitsindtægt, men denne bestemmelse foreskriver udtrykkeligt, at enhver person, der afholder ferie som fastsat i denne konvention, skal have udbetalt »mindst sin normale eller *gennemsnitlige løn*« i hele ferieperioden. Dette alternativ sigter åbenbart imod at tage hensyn til særlige arbejdsforhold, hvor arbejdstageren ikke oppebærer normal løn. Derimod siger den ikke noget om, hvordan denne gennemsnitlige løn skal beregnes, og frem for alt, hvilken referenceperiode der skal ligge til grund for beregningen. I stedet henviser den til, at de enkelte stater er kompetente, idet den fastslår, at »denne løn skal beregnes i hvert land på en måde, der fastlægges af den kompetente myndighed eller ved egnede procedurer«.

c) Forbud mod forskelsbehandling

86. Af min forståelse af Domstolens praksis, hvorefter arbejdstagerens ret ikke skal gå ud over hans »normale løn«, følger for det første et krav om udjævning og beregning af en gennemsnitsindtægt. Dette betyder på den anden side, at en automatisk kumulation af grundlønnen og alle tillæg ikke kan komme på tale, såfremt dette ikke normalt udbetales. For så vidt kan den danske regerings anbringende [89], hvorefter medregning af disse tillæg i gennemsnitsbeløbet kun skal foretages, hvis disse lønbestanddele har en systematisk karakter, uden forbehold tiltrædes.

87. Derudover indebærer dette begreb i det væsentlige, at en arbejdstager, der afholder ferie, økonomisk set ikke må behandles anderledes, end hvis han arbejdede. Dermed menes ganske vist først og fremmest — i betragtning af formålet med bestemmelserne om retten til årlig betalt ferie — at arbejdstageren ikke må stilles ringere økonomisk set. Det betyder imidlertid ikke, at arbejdstageren, der afholder ferie, økonomisk set skal stilles bedre end de andre arbejdstagere. Tildelingen af en »normal løn« betyder nemlig, at de øvrige begrænsninger principielt ligeledes skal finde anvendelse. Dette gælder tilsvarende for årlige eller andre højeste grænser for omfanget eller for den periode, hvori arbejdstageren kan udføre en bestemt aflønnet opgave mod betaling af et tillæg. Disse højeste grænser

89 — Sammenlign punkt 20 i den danske regerings skriftlige indlæg.

skal tilsvarende finde udtryk i beregningen af ferielønnen.

svarer til hans gennemsnitsindtægt. Beregningen af denne gennemsnitlige løn skal ske på grundlag af en tilstrækkelig repræsentativ referenceperiode.

4. Mellemresultat

88. Det fjerde præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at arbejdstageren i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor lønniveauet varierer, har ret til en ferieløn, der

89. Det femte præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at der ved beregningen af denne gennemsnitlige løn både skal tages hensyn til sådanne tillæg, der normalt tilkommer arbejdstageren som en del af lønnen, og til sådanne begrænsninger i årlige eller andre højeste grænser for omfanget eller den periode, hvori arbejdstageren kan udføre en bestemt aflønnet opgave med tildeling af et tillæg.

VII — Forslag til afgørelse

90. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Supreme Court, således:

»1) Artikel 7 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden og § 3 i den europæiske aftale om tilrettelæggelse af arbejdstiden for mobile arbejdstagere i civil luftfart, som er indgået af Sammenslutningen af Europæiske Luftfartsselskaber (AEA), European Transport Workers' Federation (ETF), European Cockpit Association (ECA), Den Europæiske Organisation for

Regionale Luftfartsselskaber (ERA) og Den Internationale Charterflysammenslutning (IACA), der er bilagt Rådets direktiv 2000/79/EF af 27. november 2000, skal fortolkes således, at beregningen af ferielønnen skal foretages efter den nationale lovgivning og/eller praksis.

2) I denne forbindelse skal ferielønnen principielt udmåles således, at den svarer til arbejdstagerens normale løn. En finansiel godtgørelse, der betales som ferieløn, opfylder i hvert fald ikke de EU-retlige krav, hvis denne kun lige netop er udmålt således, at der ikke er nogen alvorlig fare for, at arbejdstageren ikke afholder sin årlige ferie.

3) I en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor lønniveauet varierer, har arbejdstageren ret til en ferieløn, der svarer til hans gennemsnitsindtægt. Beregningen af denne gennemsnitlige løn skal ske på grundlag af en tilstrækkelig repræsentativ referenceperiode.

4) Ved beregningen af denne gennemsnitlige løn skal der både tages hensyn til sådanne tillæg, der normalt tilkommer arbejdstageren som en del af lønnen, og til sådanne begrænsninger i årlige eller andre højeste grænser for omfanget eller den periode, hvori arbejdstageren kan udføre en bestemt aflønnet opgave med tildeling af et tillæg.«