FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
föredraget den 16 juni 2011[1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 8413

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 8413

A — Unionsrätten ..... I - 8413

B — Nationell rätt ..... I - 8415

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna ..... I - 8415

IV — Förfarandet vid domstolen ..... I - 8417

V — Parternas huvudargument ..... I - 8418

VI — Bedömning ..... I - 8419

A — De väsentligaste frågeställningarna i målet ..... I - 8419

B — Unionsrättsliga bestämmelser beträffande arten av och nivån på rätten till årlig betald semester ..... I - 8420

1. Rätten till årlig betald semester i unionens rättsordning ..... I - 8420

a) Rättsliga grunder på unionsnivå ..... I - 8420

b) Medlemsstaternas behörighet att genomföra bestämmelserna ..... I - 8421

2. Förhållandet mellan direktiv 2000/79 och arbetstidsdirektiven och i vilken omfattning principerna i rättspraxis kan tillämpas ..... I - 8423

1 — Originalspråk i förslaget till avgörande: tyska. Rättegångsspråk: engelska.

3. Principerna i rättspraxis beträffande rätten till årlig betald semester ..... I - 8425

a) Bibehållen lön under semestern ..... I - 8425

b) Slutsats: Semesterlönen får inte beräknas utifrån minimibehovet ... I - 8430

4. Medlemsstaternas behörighet avseende beräkning av semesterlönen .... I - 8431

5. Förslag i denna del ..... I - 8432

C — Tillvägagångssätt vid komplexa lönestrukturer ..... I - 8432

1. Allmänt ..... I - 8432

2. Unionsrättsliga bestämmelser och medlemsstaternas behörighet att reglera detaljerna i fråga om semesterlönen ..... I - 8433

3. Semesterlönens sammansättning ..... I - 8436

a) Den materiella komponenten i begreppet ”normal lön” ..... I - 8436

i) Begreppet lön i unionsrätten ..... I - 8436

ii) Grundlönen som en väsentlig del av lönen ..... I - 8438

iii) Klassificering av tilläggen som en del av lönen ..... I - 8438

b) Den tidsmässiga komponenten i den ”normala lönen” ..... I - 8441

c) Förbud mot diskriminering ..... I - 8443

4. Förslag i denna del ..... I - 8444

VII — Förslag till avgörande ..... I - 8444

I — Inledning

1. I förevarande mål om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF har Supreme Court of the United Kingdom (nedan kallad den hänskjutande domstolen) ställt ett antal frågor till domstolen beträffande tolkningen av artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden [2] och artikel 3 i det europeiska avtalet om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget, som har ingåtts mellan Association of European Airlines (AEA), Europeiska transportarbetarfederationen (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) och International Air Carrier Association (IACA) (nedan kallat det europeiska avtalet), som är en bilaga till rådets direktiv 2000/79/EG av den 27 november 2000 [3] för införlivande av detta.

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål mellan S A Williams och andra piloter som är anställda vid flygbolaget British Airways och deras arbetsgivare avseende hur lönen för perioder med årlig betald semester exakt ska beräknas. När det gäller att finna en lösning uppkommer vissa problem både genom de speciella bestämmelserna inom luftfartssektorn, vilka tar hänsyn till säkerhetsintressena i flygtrafiken och därför ska anses vara tvingande, och den komplexa lönestrukturen i denna bransch, vilken består av olika lönepåslag och tillägg. De rättsfrågor som har hänskjutits till domstolen för förhandsavgörande avser både behörighetsförhållandet mellan unionen och medlemsstaterna och de unionsrättsliga bestämmelser som arbetsmarknadens parter måste iaktta när de gör vissa sociala rättigheter – i det aktuella fallet rätten till årlig betald semester – till föremål för bindande överenskommelser i den mening som avses i artikel 139 EG och den i dag gällande artikeln 155 FEUF.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten* [4]

3. Genom artikel 139 EG, som har ersatts av artikel 155 FEUF, blev det möjligt att anta direktiv för att genomföra de överenskommelser

2 — EGT L 299, s. 9.

3 — Rådets direktiv 2000/79/EG av den 27 november 2000 om genomförande av det europeiska avtal om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget som har ingåtts mellan Association of European Airlines (AEA), Europeiska transportarbetarfederationen (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) och International Air Carrier Association (IACA) (EGT L 302, s. 57).

4 — Mot bakgrund av de benämningar som används i FEU och FEUF kommer begreppet unionsrätt att användas som ett gemensamt begrepp för gemenskapsrätt och unionsrätt. I den mån det i det följande hänvisas till enskilda primärrättsliga bestämmelser är det den vid varje tid (*ratione temporis*) gällande lydelsen som avses.

som har träffats mellan arbetsmarknadens parter:

”1) Om arbetsmarknadens parter önskar det kan dialogen mellan dem på gemenskapsnivå leda till avtalsbundna relationer, inklusive ingående av avtal.

2) Avtal som ingås på gemenskapsnivå skall genomföras antingen i enlighet med de förfaranden och den praxis som arbetsmarknadens parter och medlemsstaterna särskilt tillämpar eller, i frågor som omfattas av artikel 137, på gemensam begäran av de undertecknande parterna genom ett beslut av rådet på förslag av kommissionen.

Rådet skall besluta med kvalificerad majoritet utom när avtalet i fråga innehåller en eller flera bestämmelser som hänför sig till något av de områden för vilka enhällighet krävs enligt artikel 137.2. I så fall skall rådet fatta beslut med enhällighet.”

4. Rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden [5] ersattes den 2 augusti 2004 av direktiv 2003/88. Precis som det tidigare direktivet syftar direktiv 2003/88 till att reglera vissa minimikrav för säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden. I artikel 7, som i det nya direktivet har behållit sin ursprungliga lydelse, föreskrivs följande:

”Årlig semester

1) Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som behövs för att se till att varje arbetstagare får en årlig betald semester om minst fyra veckor i enlighet med vad som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis angående rätten till och beviljandet av en sådan semester.

2) Den årliga semestern får inte utbytas mot kontant ersättning, utom då anställningen avslutas.”

5. I artikel 17 i direktiv 2003/88 föreskrivs att medlemsstaterna har rätt att göra avvikelser från vissa bestämmelser. Artikel 7 omfattas inte av de bestämmelser från vilka medlemsstaterna kan avvika enligt direktiv 2003/88.

6. Genom direktiv 2000/79 införlivas det europeiska avtalet vars artikel 3 har följande lydelse:

”1) Flygpersonal inom civilflyget är berättigad till årlig betald semester under minst fyra veckor, i enlighet med de villkor för att få och beviljas sådan ledighet som fastställs i nationell lagstiftning eller praxis.

5 — EGT L 307, s. 18.

2) Den årliga semestern får inte utbytas mot kontant ersättning, utom då anställningen avslutas.”

B — *Nationell rätt*

7. Förenade kungariket utfärdade arbetstidsförordningen för civilflyget 2004 (Working Time Regulations 2004 [6], nedan kallad arbetstidsförordningen), för att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2000/79.

8. I artikel 4 i arbetstidsförordningen föreskrivs följande:

”1) En besättningsmedlem har rätt till årlig betald semester om minst fyra veckor, eller en proportionerlig del därav för det fall anställningen har varat under kortare tid än ett år.

2) Den semester som besättningsmedlemmen kan ha rätt till enligt förordningen

a) kan tas ut vid flera olika tillfällen, och

b) kan inte bytas mot lön, utom för det fall … anställningen avslutas.”

9. Enligt artikel 9 i arbetstidsförordningen ska varje arbetsgivare säkerställa

”a) att ingen av arbetsgivarens anställda tjänstgör som besättningsmedlem om den anställde under en period på tolv månader som löper ut före den aktuella månaden har mer än 900 flygtimmar, och

b) att ingen besättningsmedlem som är anställd hos arbetsgivaren har en total arbetstid som överstiger 2 000 timmar under en period på tolv månader som löper ut före den aktuella månaden.”

10. Det finns ingen bestämmelse i arbetstidsförordningen genom vilken arten och nivån av semesterlön fastställs innan den årliga semestern utnyttjas.

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Klagandena i målet vid den nationella domstolen är piloter anställda av British Airways plc. Villkoren för deras anställningar förhandlas fram mellan British Airways och pilotfacket, British Airline Pilots Association

6 — SI 2004 nr 756.

(BALPA). De nuvarande arbetsvillkoren återfinns i ett avtal (Memorandum of Agreement, nedan kallat MOA) av den 1 april 2005.

12. Enligt MOA och bestämmelserna i löneavtal om flygtider per månad består pilotens lön av tre delar. Den första delen utgörs av ett fast årligt belopp. Den andra och den tredje delen utgörs av tilläggsbelopp, vilket varierar beroende på den tid som piloten har flugit (Flying Pay Supplement, som uppgår till 10 GBP per planerad flygtimma, nedan kallat FPS) och tid som tillbringats på en plats utanför stationeringsorten (Time Away from Base Allowance, som uppgår till 2,73 GBP per timma, nedan kallat TAFB). Hela FPS utgör skattepliktig lön. 82 procent av tiden för TAFB betraktas som kostnadsersättning, medan endast 18 procent anses utgöra skattepliktig lön.

13. Den tid som en pilot flyger varierar beroende på hans eller hennes flygrutt och tjänstgöringsschema. Den uppgår enligt den hänskjutande domstolen i vanliga fall till 15 dagar i månaden.

14. Enligt MOA ska semesterlönen uteslutande basera sig på den första delen av lönen, det fasta årliga beloppet. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har dock gjort gällande att de enligt unionsrätten och den nationella rätten har rätt till veckovis betalning på grundval av alla tre delarna av lönen.

15. Såväl Employment Tribunal (arbetsdomstol) som Employment Appeal Tribunal (appellationsdomstol för arbetsrättsmål) biföll klagandenas talan. Court of Appeal delade däremot British Airways uppfattning i rättsfrågan och biföll bolagets talan.

16. Även om domstolens senare rättspraxis kan tolkas så, att ”normal” eller ”jämförbar” ersättning ska betalas enligt direktiv 2000/79 anser Supreme Court att begreppet ”årlig betald semester” fortfarande behöver klargöras inte minst på grund av de särskilda omständigheterna i det mål den nu har att avgöra. Dessutom finns det obesvarade frågor beträffande utrymmet för skönsmässig bedömning för nationell lagstiftning och/eller praxis ”att ställa upp villkor för att få och beviljas sådan ledighet”. Supreme Court anser därför att det i ett mål som det förevarande inte går att anföra att rättsläget inte är oklart.

17. Supreme Court har därför beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till domstolen:

”1. 1) I vilken utsträckning, om någon, definieras eller uppställs i

a) artikel 7 i direktiv 93/104/EG och artikel 7 [i] direktiv 2003/88/EG samt i

b) artikel 3 i bilagan till direktiv 2000/79/EG

europarättsliga krav på arten av och/eller semesterlönens nivå och

2) i vilken utsträckning, om någon, får medlemsstaterna bestämma hur sådan lön ska beräknas?

2. Är det i synnerhet tillräckligt att semesterlönen enligt nationell lag och/eller praxis och/eller kollektivavtal och/eller avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare gör det möjligt för och uppmuntrar arbetstagaren till att ta ut och använda sig av sin semester, och att det inte finns någon betydande risk att arbetstagaren inte kommer att göra det?

3. Eller krävs det att semesterlönen antingen a) helt överensstämmer eller b) i vid bemärkelse är jämförbar med arbetstagarens 'normala' lön?

För det fall EU-domstolen skulle besvara frågorna 3 a eller b jakande:

4. Ska i så fall jämförelsen göras med

a) den lön arbetstagaren skulle ha fått under den aktuella perioden om han eller hon hade arbetat i stället för att ha … semester, eller

b) den lön han eller hon har haft under någon annan, och i så fall vilken, period när han eller hon har arbetat?

5. Hur ska 'normal' eller 'jämförbar' bedömas i fall där

a) arbetstagarens lön utökas om och i den utsträckning han eller hon utför en särskild syssla, då

b) det finns en årlig eller annan gräns för i vilken omfattning eller under vilken tid arbetstagaren får utföra denna syssla och denna gräns överskrids eller är nära att överskridas vid tidpunkten när den årliga semestern tas ut, så att det inte hade varit tillåtet för arbetstagaren att utföra denna syssla om han eller hon hade arbetat i stället för att ha … semester?"

IV — Förfarandet vid domstolen

18. Beslutet av den 24 mars 2010 att begära förhandsavgörande registrerades på domstolens kansli den 2 april 2010.

19. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den danska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den tidsfrist som anges i artikel 23 i domstolens stadga.

20. Vid den muntliga förhandlingen den 14 april 2011 infann sig ombuden för parterna, för den danska regeringen och för kommissionen för att yttra sig muntligen.

V — Parternas huvudargument

21. *Klagandena i målet vid den nationella domstolen* och *kommissionen* har föreslagit att begäran om förhandsavgörande ska besvaras enligt följande. Enligt de relevanta bestämmelserna i unionsrätten ska en arbetstagares normala lön betalas under den period då han tar sin årliga semester. Medlemsstaterna har visserligen rätt att när de nödvändiga praktiska åtgärderna vidtas bland annat bestämma enligt vilken metod den årliga betalda semestern ska beräknas. Metoden måste dock göra det möjligt för arbetstagarna att fortfarande få sin normala lön under semestern.

22. När den normala lönen beräknas ska enligt *klagandena i målet vid den nationella domstolen* en representativ period läggas till grund. Denna period torde i regel vara en period som ligger före den tid då den årliga semestern faktiskt tas ut. Ändå kan i undantagsfall en annan period komma i fråga för att garantera fortsatt betalning av den normala lönen. *Kommissionen* anser att den ”normala lönen” ska avspegla den genomsnittliga lönen per vecka inom en representativ referensperiod.

23. De tillägg som en arbetstagare får på grund av att han utför en särskild syssla och som är en del av arbetstagarens normala lön ska enligt *klagandena i målet vid den nationella domstolen* också betalas under perioden med årlig semester. *Kommissionen* har i detta avseende påpekat att hänsyn ska tas till alla allmänna begränsningar när semesterlönen beräknas.

24. *Motparten i målet vid den nationella domstolen* har föreslagit att begäran om förhandsavgörande ska besvaras enligt följande. I unionsrätten finns inga krav beträffande arten av och nivån på de betalningar som ska göras under perioden med årlig semester. Motparten har för säkerhets skull gjort gällande att det i unionsrätten endast krävs att semesterlönens nivå fastställs i avtal. Semesterlönen ska i vart fall vara tillräckligt hög för att arbetstagaren inte ska avhållas från att utnyttja sin rätt till årlig semester.

25. Enligt motparten i målet vid den nationella domstolen är det tillräckligt om betalningen enligt lagbestämmelser, sedvänja och avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare gör det möjligt för arbetstagaren att ta ut och

åtnjuta sin årliga semester, så att det inte finns risk för att han inte gör detta. Semesterlönen behöver därför inte nödvändigtvis exakt motsvara arbetstagarens normala lön och inte heller vara jämförbar med denna.

26. Den *danska regeringen* har föreslagit att begäran om förhandsavgörande ska besvaras enligt följande. Enligt unionsrätten har arbetstagarna rätt till minst fyra veckors årlig betald semester och till betalning av ett belopp under denna period som motsvarar deras normala lön, enligt villkoren i lagstiftningen och medlemsstaternas praxis.

27. Av detta följer enligt den danska regeringen att direktiv 2003/88 inte utgör hinder för att avtalsparterna förhandlar om vilka tillägg som ska anses utgöra en del av semesterlönen, såvida inte semesterlönen sätts så lågt att arbetstagaren ser sig förhindrad att utnyttja sin rätt till årlig betald semester.

VI — Bedömning

A — *De väsentligaste frågeställningarna i målet*

28. Föreliggande mål ger domstolen tillfälle att vidareutveckla sin rättspraxis beträffande varje arbetstagares rätt till årlig betald semester. Målet är samtidigt lämpligt för att utöka denna rättspraxis till att gälla andra verksamhetsområden för vilka unionen har skapat mer speciella regler som tar hänsyn till behoven inom respektive bransch, detta för att få till stånd en enhetlig tillämpning av unionsrätten.

29. Den hänskjutande domstolens detaljerat formulerade frågor kan väsentligen delas in i tre stora teman, vilka dock till en del överlappar varandra. Till att börja med tar man upp frågan om unionens och medlemsstaternas behörighet att göra en rättslig definition av begreppet ”årlig betald semester” och bestämma metoden för beräkning av semesterlönen. Vidare önskas information om i vilket kvantitativt förhållande semesterlönen ska stå till den normala lönen enligt unionsrätten. Slutligen ställs frågan huruvida tillägg som arbetstagaren har rätt till enligt kollektivavtal för särskilda sysslor och även eventuella begränsningar av den arbetstid som arbetsmarknadens parter har enats om i kollektivavtal också måste beaktas när semesterlönen beräknas.

30. Jag ska för överskådlighetens skull behandla tolkningsfrågorna i en annan ordning och besvara dem inom ramen för en omfattande undersökning av respektive tema. Jag börjar med att behandla frågan huruvida det i

unionsrätten finns bestämmelser om arten av och nivån på rätten till årlig betald semester och vilken lagstiftande behörighet medlemsstaterna har. Jag ska här klargöra frågan hur semesterlönen i normala fall ska vara beräknad i förhållande till den normala lönen. Till sist ska jag undersöka frågan hur man ska gå till väga i en situation som i det aktuella fallet, då lönen har en komplex struktur.

B — *Unionsrättsliga bestämmelser beträffande arten av och nivån på rätten till årlig betald semester*

1. Rätten till årlig betald semester i unionens rättsordning

a) Rättsliga grunder på unionsnivå

31. Såsom jag förklarade i mitt förslag till avgörande i målet Schultz-Hoff[7] är den omständigheten att varje arbetstagares rätt till årlig betald semester har förts in i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna[8] den mest kvalificerade och slutgiltiga bekräftelsen på denna rätts karaktär av grundläggande rättighet. Enligt artikel 31.2 i stadgan ska ”[v]arje arbetstagare … [ha] rätt till en begränsning av den maximala arbetstiden samt till dygns- och veckovila och årlig betald semester”.[9] Stadgan hade ursprungligen framför allt fastställande karaktär, eftersom den skulle förstås som ett uttryck för unionens åtagande att respektera de grundläggande rättigheterna, men i och med att Lissabonfördraget trädde i kraft har bestämmelsen slutgiltigt fått ställning som primärrätt i unionens rättsordning i enlighet med artikel 6.1 FEU.[10] Det får till följd att rättsakter som unionens organ antar på detta område numera, på grund av att unionen är bunden av de grundläggande rättigheterna, vilket föreskrivs i artikel 51.1 i stadgan, ska följa denna bestämmelse. Likaså är medlemsstaterna från och med nu bundna av de grundläggande rättigheterna i den mån de tillämpar unionsrätten.[11]

32. För att införliva rätten till årlig betald semester använder unionslagstiftaren direktivet som rättsligt instrument. De centrala bestämmelser som reglerar denna rätt på

7 — Förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i mål C-350/06, Schultz-Hoff, där domstolen meddelade dom den 20 januari 2009 (REG 2009, s. I-179), punkt 38.

8 — EUT C 303, 2007, s. 1.

9 — Denna bestämmelse baserar sig enligt förklaringarna avseende stadgan (EUT C 303, 2007, s. 17) på direktiv 93/104, på artikel 2 i Europeiska sociala stadgan från år 1961 och på punkt 8 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter från december 1989.

10 — Se dom av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Kücükdeveci (REU 2010, s. I-365), punkt 22.

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

unionsnivå och vars tolkning den hänskjutande domstolen har begärt finns i artikel 7 i direktiv 2003/88 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden, i vilket ordalydelsen i artikel 7 i det föregående direktivet 93/104 har övertagits oförändrad och vilket domstolen i sin rättspraxis ger samma bindande verkan. [12] Enligt direktivet ska medlemsstaterna vidta de åtgärder som behövs för att se till att varje arbetstagare får en årlig betald semester om minst fyra veckor i enlighet med vad som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis angående rätten till och beviljandet av en sådan semester. Någon uttrycklig bestämmelse om semesterlönens storlek finns dock varken där eller i direktiv 2000/79.

33. Enligt artiklarna 14 i de båda ovannämnda direktiven kan unionslagstiftaren emellertid anta mer specifika bestämmelser för vissa anställningar eller yrkesverksamheter som enligt en lagbestämmelse om företräde ska gå före bestämmelserna i arbetstidsdirektiven. Till denna kategori hör, vilket uttryckligen framgår av artikel 1.2 i det europeiska avtalet, också direktiv 2000/79, som innehåller mer specifika bestämmelser beträffande arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget. Unionen har antagit denna rättsakt för att genomföra det europeiska avtalet och för att utöva sina lagstiftningsbefogenheter enligt artikel 139.2 EG (artikel 155.2 FEUF).

12 — Se dom av den 10 september 2009 i mål C-277/08, Vicente Pereda (REG 2009, s. I-8405), punkt 18.

Genom att det europeiska avtalet har inbegripits har det blivit en integrerad del av direktiv 2000/79. [13] Liksom alla direktiv omfattas också det senare av domstolens tolkningsbehörighet [14], varför den hänskjutande domstolens begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning också när det gäller artikel 3 i det europeiska avtalet.

b) Medlemsstaternas behörighet att genomföra bestämmelserna

34. De nationella bestämmelser som medlemsstaterna har utfärdat för att införliva de ovannämnda direktiven omfattas däremot inte av domstolens tolkningsbehörighet. Genom att använda direktivet som rättsligt instrument kan medlemsstaterna mer i detalj utforma bestämmelserna om rätten till årlig

13 — Se dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact (REG 2008, s. I-2483), punkt 58, av den 23 april 2009 i de förenade målen C-378/07–C-380/07, Angelidaki m.fl. (REG 2009, s. I-3071), punkt 195, och av den 16 juli 2009 i mål C-537/07, Gómez-Limón (REG 2009, s. I-6525), punkt 34. Egger, J., "Rechtswirkungen von Rahmenvereinbarungen im Sozialbereich", *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (utgiven av Waldemar Hummer), Wien 2010, s. 223, påpekar att överenskommelserna själva inte har normativ verkan. Först genom rådsbeslutet omvandlas ramöverenskommelsen direkt till sekundär unionsrätt och kan tolkas av domstolen.

14 — Se Rebhahn, R., *EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), andra upplagan, Baden-Baden 2009, artikel 139 EG, punkterna 4 och 10, sidorna 1378 och 1379, som påpekar att genomförande av en överenskommelse som har träffats av arbetsmarknadens parter leder till en EU-rättsakt genom rådets beslut. Domstolen är behörig att tolka direktivet och den överenskommelse som har förts in i detta.

betald semester i sina respektive rättsordningar. De har denna behörighet inte bara enligt artikel 249.3 EG (artikel 288.2 FEUF), i enlighet med vilken det överlåts åt de nationella myndigheterna att välja formen och medlet för att uppnå det bindande målet, utan uttryckligen också enligt de olika direktiven.

35. Härtill kommer att unionslagstiftaren, som är bunden av subsidiaritetsprincipen när vederbörande utövar sina lagstiftningsbefogenheter, enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88 och artikel 3 i det europeiska avtalet i förening med skäl 11 i direktiv 2000/79 [15] har begränsat sig till att reglera enskilda väsentliga aspekter som vilket antal semesterdagar som ska krävas, medan nämnda lagstiftare när det gäller villkoren för att utnyttja och bevilja dessa såsom förklarats ovan har hänvisat till ”vad som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis”. Detta tillvägagångssätt är, vilket domstolen fastställde i domen i målet Förenade kungariket mot rådet, [16] också i överensstämmelse med det uppdrag som framgår av grunden för behörigheten i fördraget, enligt vilken unionslagstiftaren ensam har getts behörighet att utfärda bestämmelser om minimikrav för att genom harmonisering bidra till att höja nivån av säkerhet och hälsoskydd för arbetstagarna, vilket i första hand åligger medlemsstaterna.

36. Medlemsstaterna spelar en avgörande roll vid genomförandet av denna rättighet då de, vid genomförandet av artikel 7.1 i direktiv 2003/88, ska anta de nödvändiga nationella genomförandebestämmelserna, något som domstolen fastställde i ovanstående dom. [17] Detta gäller även för fastställandet av villkoren för utnyttjandet av rätten till årlig semester och utfärdandet av tillämpningsföreskrifter avseende denna rätt, varvid medlemsstaterna får ange under vilka konkreta omständigheter som arbetstagarna kan utnyttja rätten till årlig semester, som de har med hänsyn till fullgjorda anställningsperioder i deras helhet. [18]

37. Hänvisningen till nationell lagstiftning i artikel 7.1 i direktiv 2003/88 gör det i synnerhet möjligt för medlemsstaterna att skapa rambestämmelser i vilka de organisatoriska och processuella aspekterna av semesteruttag regleras, såsom planering av semesterperioden, eventuell skyldighet för arbetstagaren att i förväg underrätta arbetsgivaren om den semesterperiod han önskar utnyttja, fastställande av en viss kortaste arbetsperiod som ska

15 — Genom skäl 11 i direktiv 2000/79 bekräftas att subsidiaritetsprincipen ska beaktas enligt följande: ”Eftersom civilflygssektorn är en starkt integrerad sektor, kan målen för detta direktiv, att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet, med beaktande av de rådande konkurrensvillkoren, inte i tillräcklig utsträckning uppnås av medlemsstaterna, så gemenskapsåtgärder är nödvändiga i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget. Detta direktiv går inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.”

16 — Se dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade kungariket mot rådet (REG 1996, s. I-5755), punkt 47.

17 — Ibidem, punkt 47, och dom av den 16 mars 2006 i de förenade målen C-131/04 och C-257/04, Robinson-Steele (REG 2006, s. I-2531), punkt 57.

18 — Dom av den 26 juni 2001 i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881), punkt 53.

ha föregått semesteruttag, villkor för proportionell beräkning av rätten till årlig semester när anställningsförhållandet har varat kortare tid än ett år och så vidare. [19] Det är dock alltid fråga om just åtgärder som syftar till att fastställa villkoren för att utnyttja rätten till semester och för att bevilja semester, vilka är tillåtna enligt direktiv 2003/88.

påvisas som kan vara till hjälp för att besvara tolkningsfrågorna.

2. Förhållandet mellan direktiv 2000/79 och arbetstidsdirektiven och i vilken omfattning principerna i rättspraxis kan tillämpas

38. Det ska i detta sammanhang påpekas att domstolen vid upprepade tillfällen har påmint om att medlemsstaterna alltid måste respektera de gränser som sätts av unionsrätten när de utövar sina befogenheter att utforma bestämmelser. [20] Genom en tolkning har domstolen visat och preciserat dessa gränser. [21] Ur dess rättspraxis går det dessutom att härleda olika användbara riktlinjer för hur semesterlönen ska vara beräknad för att rätten till årlig betald semester inte ska mista sin funktion. Det rekommenderas där att rättspraxis analyseras och eventuella principer

39. En fråga som emellertid först måste klargöras är huruvida principerna i rättspraxis, vilka domstolen hittills har utvecklat i samband med tolkningen av artikel 7 i arbetstidsdirektiven och vilka jag kommer att gå in på i samband med mina senare redogörelser, också kan tillämpas på artikel 3 i det europeiska avtalet. Frågan har särskild betydelse i synnerhet som domstolen, vilket har förklarats ovan, på ett avgörande sätt har bidragit till att undersöka denna rätts normativa räckvidd. Tolkningen i rättspraxis av denna bestämmelse i direktiven gör det samtidigt möjligt att fastställa omfattningen av unionslagstiftarens lagstiftningsbefogenheter när det gäller beräkning av semesterlönen. För att föregripa resultatet av min undersökning: Jag anser att bestämmelsernas ordalydelse, mening och syfte och förarbetena till dessa talar för att så är fallet.

40. Det ska till att börja med fastslås att meningen och syftet med både arbetstidsdirektiven och direktiv 2000/79 är, trots att de baserar sig på olika rättsliga grunder, att utforma arbetstiden genom att bestämda gränser sätts av hänsyn till arbetstagarnas säkerhet och hälsa. Detta följer till exempel av skäl 11 i direktiv 2000/79 och av skäl 11 i

19 — Enligt kommissionens redogörelser i målet BECTU, vilka generaladvokaten Tizzano tog upp i sitt förslag till avgörande, punkt 34.

20 — Se domarna i målen BECTU (ovan fotnot 18), punkt 53, och Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 46, i vilka domstolen fastslog att medlemsstaterna i sina nationella bestämmelser får fastställa villkor för att utöva och genomföra rätten till årlig betald semester samtidigt som den klargjorde att medlemsstaterna inte får uppställa villkor för denna rätt som följer direkt av direktiven 93/104 och 2003/88.

21 — Se, beträffande det inflytande som rättspraxis har på tolkningen av arbetstidsdirektivet, Nowak, T., ”The Working Time Directive and The European Court of Justice”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volym 15 (2008), nr 4, s. 447.

direktiv 2003/88. Dessutom är ordalydelsen i artikel 3 i det europeiska avtalet nästan identisk med ordalydelsen i artikel 7 i arbetstidsdirektiven. Om parterna som undertecknade det europeiska avtalet hade önskat ge artikel 3 en annan innebörd hade de säkert valt en annan terminologi än den som används i arbetstidsdirektiven.

41. Av förarbetena till det europeiska avtalet [22] framgår vidare att innebörden av begreppet ”årlig betald semester” i artikel 3 var avsedd att motsvara direktiv 93/104 till innehållet. I kommissionens ursprungliga förslag till arbetstidsdirektiv angavs att dess tillämpningsområde skulle omfatta alla ekonomiska sektorer och verksamhetsområden. Rådet bestämde däremot att vissa verksamhetsområden skulle undantas från direktivets tillämpningsområde, dock inte på grund av att det ansåg att hälsan och säkerheten var tillräckligt skyddade inom dessa områden, utan på grund av att det var medvetet om att de arbetstagare som är sysselsatta inom dessa verksamhetsområden i regel måste arbeta långt hemifrån, varför det var nödvändigt att utfärda mer specifika bestämmelser. I kommissionens ”Vitbok om sektorer och verksamheter som inte omfattas av direktivet om arbetstid” föreslog kommissionen bland annat ett differentierat tillvägagångssätt enligt vilket egna bestämmelser skulle utfärdas för varje verksamhetsområde beträffande arbetstid och vila för mobila arbetstagare. [23] Efter att ha utvärderat reaktionerna från arbetsmarknadens parter beslutade kommissionen att föreslå detta tillvägagångssätt som slutligen kom till uttryck i unionslagstiftningen. [24] Enligt detta differentierade tillvägagångssätt skulle det europeiska avtalet endast gälla för den mobila personalen inom civilflyget och rätten till årlig betald semester enligt artikel 7 i direktiv 93/104 övertas oförändrad i artikel 3 i det europeiska avtalet. Av kommissionens förslag till direktiv [25] framgår slutligen att det europeiska avtalet om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget bland annat var avsett att införliva den rätt till årlig betald semester som garanteras i punkt 8 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. Genom förarbetena till direktiv 2000/79 bekräftas således att unionslagstiftaren avsåg att utöka de redan gällande bestämmelserna beträffande denna rätt till att omfatta mobil personal inom civilflyget utan att ändra själva innehållet i rättigheten.

22 — Se *Vitbok om sektorer och verksamheter som inte omfattas av direktivet om arbetstid*, KOM(97) 334 slutlig, punkterna 11–13.

23 — Ibidem, punkt 74.

24 — Se Barnard, C., *EC Employment Law*, andra upplagan, Oxford 2002, s. 403.

25 — Se förslag till rådets direktiv om det europeiska avtalet om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget som slutits mellan Association of European Airlines (AEA), Europeiska transportarbetarfederationen (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) och International Air Carrier Association (IACA), KOM(2000) 382 slutlig.

42. Genom förarbetena till direktiv 2003/88 bekräftas också att de bestämmelser i vilka rätten till årlig betald semester regleras var avsedda att också tillämpas på mobil personal, inbegripet mobil personal inom civilflyget. Direktiv 93/104 ändrades nämligen senare genom direktiv 2000/34, varvid de undantag som hittills hade gällt för transportväsendet enligt det föreslagna differentierade tillvägagångssättet (bortsett från bestämmelser för sjömän) avskaffades. Bestämmelserna beträffande årlig semester har till följd av detta *utökats* till att omfatta mobil personal inom de undantagna sektorerna och verksamhetsområdena, vilket entydigt framgår av skäl 9 i direktiv 2000/34. [26] Däremot har bestämmelserna om arbetstid och vila enligt skäl 10 [27] bara *anpassats* till dessa. Det klargörs dessutom i artikel 2 i direktiv 2000/79 att genomförandet av detta direktiv inte under några omständigheter ska vara tillräckligt skäl för att motivera en sänkning av den allmänna skyddsnivån för arbetstagarna på de områden som omfattas av detta direktiv. Medlemsstaterna får med andra ord inte återgå till en skyddsnivå som redan har uppnåtts genom direktiv 93/104 i dess lydelse enligt direktiv 2000/34. Detta motsvarar exakt det som anges i skäl 16 i direktiv 2000/79 [28].

43. Av ovanstående följer att inget hindrar att de principer i rättspraxis som domstolen hittills har utvecklat i samband med tolkningen av artikel 7 i arbetstidsdirektiven tillämpas på artikel 3 i det europeiska avtalet.

3. Principerna i rättspraxis beträffande rätten till årlig betald semester

a) Bibehållen lön under semestern

44. Betydelsen av rätten till årlig betald semester är sedan länge erkänd i domstolens praxis. Den ska enligt fast rättspraxis anses vara en särskilt viktig princip i unionens socialrätt som inte får frångås och som de ansvariga nationella myndigheterna bara får

26 — Skäl 9 i direktiv 2000/34 har följande lydelse: ”De befintliga bestämmelserna om årlig semester och hälsokontroller för nattarbete och skiftarbete bör *utökas* till att omfatta mobila arbetstagare i de undantagna sektorerna och verksamheterna.” Se, för ett liknande resonemang, Rofes i Pujol, M. I., ”Comentario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, nr 41, s. 165.

27 — Skäl 10 i direktiv 2000/34 har följande lydelse: ”De befintliga bestämmelserna om arbetstid och vila behöver *anpassas* till mobila arbetstagare i de undantagna sektorerna och verksamheterna.”

28 — Skäl 16 i direktiv 2000/79 har följande lydelse: ”Genomförandet av detta direktiv bör inte användas för att motivera en försämring av den aktuella situationen i en medlemsstat.”

införliva inom de gränser som uttryckligen anges i direktiv 93/104 och i det efterföljande direktivet 2003/88. [29] Genom att förankra rätten till årlig betald semester på sekundärrättslig nivå avsåg unionslagstiftaren att garantera att arbetstagare i alla medlemsstater får åtnjuta en faktisk viloperiod, ”i syfte att säkerställa ett effektivt skydd av arbetstagarens säkerhet och hälsa”. [30] Syftet med den årliga betalda semestern är att arbetstagaren ska kunna vila sig och åtnjuta en period av avslappning och fritid. [31]

45. Vad beträffar arbetstagarens specifika rätt till semesterlön som är relevant i föreliggande mål om förhandsavgörande ska det, vilket har nämnts ovan, fastslås att det varken i arbetstidsdirektiven eller i direktiv 2000/79 finns några bestämmelser i vilka semesterlönens storlek eller metoden för beräkning av denna fastställs. En analys av domstolens praxis ger emellertid viktig vägledning om vilka unionsrättsliga krav som semesterlönen måste uppfylla.

46. I detta avseende hänvisas det till att börja med till den ovannämnda domen i de förenade målen Robinson-Steele, i vilken domstolen fastställde att rätten till årlig semester och att få betalt för denna i arbetstidsdirektiven ”behandlas som två delar av en sammanhängande rättighet”. [32] Av detta kan redan följande första viktiga rättsliga slutsats dras: Eftersom de båda rättigheterna enligt domstolen inte kan skiljas från varandra får rätten till semesterlön inte heller frångås när EU-rätten tillämpas på det nationella planet, såvida inte detta uttryckligen föreskrivs i arbetstidsdirektiven. Det kan i detta avseende konstateras att artikel 7 i direktiv 2003/88 inte ingår bland de bestämmelser från vilka det enligt direktivet uttryckligen är tillåtet att göra undantag. Eftersom undantag inte får göras från denna bestämmelse till nackdel för arbetstagaren vare sig enligt lag eller genom avtal håller jag i princip med den danska regeringen [33] om att rätten till semesterlön enligt

29 — Se domen i målet BECTU (ovan fotnot 18), punkt 43, dom av den 18 mars 2004 i mål C-342/01, Merino Gómez (REG 2004, s. I-2605), punkt 29, och domen i de förenade målen Robinson-Steele m.fl. (ovan fotnot 17), punkt 48. Se, beträffande direktiv 2003/88, domarna i målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 22, och Vicente Pereda (ovan fotnot 12), punkt 18, samt dom av den 22 april 2010 i mål C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (REU 2010, I-3527), punkt 28.

30 — Se domarna i målen BECTU (ovan fotnot 18), punkt 44, Merino Gómez (ovan fotnot 29), punkt 30, Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 23, och Vicente Pereda (ovan fotnot 12), punkt 21.

31 — Se domarna i målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 25, och Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (ovan fotnot 29), punkt 30.

32 — Domen i de förenade målen Robinson-Steele m.fl. (ovan fotnot 17), punkt 58.

33 — Se punkt 16 i den danska regeringens skriftliga yttrande.

unionsrätten är av tvingande karaktär [34]. Det ska dessutom observeras att denna princip i unionens socialrätt som anses vara särskilt betydelsefull enligt rättspraxis inte heller får tolkas restriktivt. [35]

47. Enligt domstolen är syftet med kravet på betald semester att arbetstagaren under sin semester ”lönemässigt sett ska befinna sig i en motsvarande situation som under de perioder han arbetar”. Domstolens övriga konstateranden beträffande semesterlönens storlek anser jag vara tillräckligt klara, eftersom den i punkt 50 i den ovannämnda domen i de förenade målen Robinson-Steele uttryckligen fastställde att begreppet ”årlig betald semester” som förekommer i artikel 7.1 i direktiv 93/104 betyder att ”lön måste utgå under hela den årliga semestern i den mening som avses i direktivet”. Återstående tvivel beträffande tolkningen av denna mening torde dessutom undanröjas genom det efterföljande klargörandet (”med andra ord”), enligt vilket ”arbetstagaren ska få *ordinarie* lön under denna viloperiod”. Detta ska tolkas så, att semesterlönens storlek exakt ska motsvara den normala lönen.

48. Den hänskjutande domstolen har visserligen rätt i att tvisteföremålet i de förenade målen Robinson-Steele skiljer sig från tvisteföremålet i förevarande mål. Det förra målet avsåg huvudsakligen frågan huruvida en viss praxis var förenlig med unionsrätten om denna praxis bestod i att ersättningen för en minsta årlig semester betalades ut i form av delbelopp som fördelades över arbetsåret tillsammans med lönen för utfört arbete och inte, till exempel, som betalning för en viss period då arbetstagaren faktiskt tog semester. Ändå är de överväganden som domstolen lade till grund i punkt 50 i den domen allmänt hållna och avser inte alls enbart de särskilda omständigheter som låg till grund för det målet. De har tvärtom allmän giltighet och måste följaktligen också beaktas när tolkningsfrågorna besvaras. Att dessa överväganden är allmängiltiga visar det faktum att domstolen tog upp dem igen i ett annat sammanhang i punkt 58 i den ovannämnda domen i målet Schultz-Hoff, närmare bestämt i samband med frågan hur den ersättning ska beräknas som anges i artikel 7.2 i direktiv 2003/88 och som en arbetstagare som, av anledningar som han inte kunnat påverka, inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester innan anställningen

34 — En tolkning av artikel 12 i ILO:s konvention nr 132 leder också till denna slutsats. Enligt bestämmelsen ska nämligen varje överenskommelse om avstående från rätten till en minsta årlig semester som föreskrivs i artikel 3 tredje stycket i denna konvention eller om avstående från denna semester mot ersättning eller på annat sätt beroende på förhållandena i landet i fråga anses vara ogiltig eller förbjudas. Se, för ett liknande resonemang, Blanpain, R., ”The Holidays With Pay Convention of the ILO (N° 132): a Commentary”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, volym 16/4, 2000, s. 364.

35 — Domen i målet Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (ovan fotnot 29), punkt 29.

upphörde har rätt till. Domstolen bekräftade här sin tolkning enligt vilken ”lön måste utgå under hela den årliga semestern” och ”arbetstagaren ska få normal lön”.

49. Dessutom ger både en systematisk och en grammatisk tolkning argument för ovanstående rättsuppfattning. För detta ska direktiv 2003/88 och direktiv 2000/79 jämföras med andra EU-rättsakter i vilka en variant av bibehållen lön under semestern föreskrivs. I rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar [36] föreskrivs, för att skydda gravida arbetstagare mot risker i fråga om deras säkerhet och hälsa och mot möjliga konsekvenser för graviditeten eller amningen, utöver en ändring av arbetsförhållandena och byte av arbetsuppgifter också att arbetstagaren ska beviljas ledighet, och enligt artikel 11.1 i direktivet ska ”de rättigheter som följer av anställningsavtalet, även i fråga om bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning, säkerställas i nationell lagstiftning eller praxis”. Bestämmelsen har en särskild karaktär som domstolen senast helt riktigt påpekade i domarna av den 1 juli 2010 i målen Parviainen [37] och Gassmayr [38]. Domstolen påpekade att det i denna bestämmelse i direktivet i de flesta språkversioner som förelåg när direktivet antogs bara angavs bibehållen ”lön” i obestämd form och inte arbetstagarens lön i bestämd form. [39] Av formuleringen i denna bestämmelse i direktivet och av andra belägg drog domstolen slutsatsen att en gravid arbetstagare som i enlighet med artikel 5.2 i direktivet tillfälligt ges andra arbetsuppgifter än de hon hade före graviditeten enligt artikel 11.1 i direktivet inte har rätt till den lön som hon i genomsnitt hade innan hon fick andra arbetsuppgifter. [40] Någon jämförbar rättslig situation föreligger emellertid inte vad gäller artikel 7.1 i direktiv 2003/88 och artikel 3 i det europeiska avtalet. Ordalydelsen i dessa bestämmelser är entydig såtillvida som den årliga semestern enligt alla språkversioner helt enkelt ska vara ”betald” [41], vilket talar för en kontinuitet som innebär att den ”normala” lönen fortfarande betalas ut i enlighet med rättspraxis.

36 — EGT L 348, s, 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3.

37 — Dom av den 1 juli 2010 i mål C-471/08, Parviainen (REU 2010, s. I-6533).

38 — Dom av den 1 juli 2010 i mål C-194/08, Gassmayr (REU 2010, s. I-6281).

39 — Domarna i målen Parviainen, punkt 50, och Gassmayr, punkt 61.

40 — Domen i målet Parviainen (ovan fotnot 37), punkt 62.

41 — Se till exempel den tyska (”bezahlt”), den franska (”payé”), den danska (”med løn”), den spanska (”retribuidas”), den portugisiska (”remuneradas”), den slovenska (”plačanega”), den italienska (”retribuite”), den svenska (”betald”) och den nederländska (”betaald”) versionen.

50. Ett ytterligare belägg för min uppfattning följer slutligen av Internationella arbetsorganisationens (ILO) principer, till vilka hänsyn ska tas enligt skäl 6 i direktiv 2003/88 när det gäller arbetstidens förläggning. Inom ramen för ILO som ett fackorgan inom FN har rätten till en minsta årlig betald semester hittills omfattats av två multilaterala konventioner, varvid konvention nr 132 [42], som trädde i kraft den 30 juni 1973, har ersatt konvention nr 52 [43], som gällde fram till dess. Dessa konventioner innehåller föreskrifter som är tvingande för konventionsstaterna avseende förverkligandet av denna grundläggande sociala rättighet i deras rättsordningar. I konvention nr 132, vars relevans för tolkningen av direktiv 2003/88 domstolen senast uttryckligen bekräftade i den ovannämnda domen i målet Schultz-Hoff [44], anges i artikel 7.1 att varje person som tar ut den semester som föreskrivs i konventionen under hela semestern ska få ”minst sin *normala* eller genomsnittliga lön”.

51. Mot bakgrund av ovanstående överväganden beror det förmodligen på en felaktig tolkning av rättspraxis att den hänskjutande domstolen i punkt 29 i begäran om förhandsavgörande antog att EU-domstolen i domen i målet Schultz-Hoff – beträffande den situation som arbetstagaren ska befinna sig i under den årliga semestern genom kravet på betalning av semesterlön – kan ha menat något annat när ordet ”motsvarande” användes, [45] eventuellt också möjligheten att avdrag fick göras från den normala lönen. Dessutom

42 — Konvention nr 132 om semester (reviderad 1970), som antogs av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens den 24 juni 1970 och trädde i kraft den 30 juni 1973.

43 — Konvention nr 52 om semester, som antogs av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens den 24 juni 1936 och trädde i kraft den 22 september 1939. Denna konvention ersattes av konvention nr 132, men är fortfarande öppen för ratificering.

44 — Domen i målet Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 38. Se diskussionen i doktrinen om den betydelse som ILO:s konventioner har i unionens rättsordning. Korda, M./Pennings, F., ”The legal character of international social security standards”, *European Journal of Social Security*, volym 10 (2008), nr 2, s. 132, enligt vilka Europeiska unionen inte är behörig att upprätta rättsligt bindande normer för social trygghet. Därför har de avtal som undertecknats inom ramen för ILO och Europarådet central betydelse för utvecklingen av internationella normer för social trygghet. Bercusson, B., ”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, sidorna 58 och 59, förespråkar en aktivare roll för domstolen i samband med konstitutionaliseringen av den europeiska sociala modellen som ska ta hänsyn till ILO:s normer vid tolkningen av primär- och sekundärrätten. Murray, J., ”The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time”, *Transnational Labour Regulation – The ILO and EC compared*, s. 175, anser att det finns stora överensstämmelser mellan arbetstidsdirektivet och ILO:s bestämmelser vad beträffar reglernas föremål och syfte.

45 — Domen i målet Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 60.

motsvarar EU-domstolens redogörelser i den domen helt och hållet mina redogörelser i målet Stringer m.fl. [46], enligt vilka den ersättning som en arbetstagare får ska vara likvärdig med hans ”normala” lön. Oberoende av det avvikande ordvalet är det till sist fråga om samma sak, nämligen om att genom en teleologisk tolkning av artikel 7.1 i arbetstidsdirektiven säkerställa att direktivens syften inte omintetgörs genom en felaktig tillämpning. Det gäller särskilt att säkerställa att arbetstagaren inte förfördelas genom att vederbörande beslutar sig för att utnyttja sin rätt till årlig semester. Till just dessa nackdelar hör i första hand eventuella ekonomiska avbräck som skulle avhålla honom från detta alltefter hans utgångsläge.

52. Mot bakgrund av det ovan anförda kan jag fastställa att unionsrätten, såsom den har tolkats av domstolen, innehåller tillräckligt klara anvisningar om hur semesterlönen ska beräknas. Enligt detta ska semesterlönen i vart fall vara lika hög som lönen.

b) Slutsats: Semesterlönen får inte beräknas utifrån minimibehovet

53. Genom att lönen fortfarande betalas ut under den årliga semestern ska slutligen den årliga semesterns betydelse för rekreationen skyddas på ett effektivt sätt. Den tolkning av artikel 7.1 i arbetstidsdirektiven som stöder sig på meningen och syftet med arbetstidsdirektiven såsom det kommer till uttryck i domstolens praxis förbjuder i vart fall en beräkning av semesterlönen utifrån ett minimibehov för uppehället. Det skulle inte vara förenligt med denna rättspraxis att, vilket motparten i målet vid den nationella domstolen har föreslagit, [47] bara lägga det belopp till grund som referensbelopp för beräkningen av semesterlönen som är tillräckligt högt för att det inte ska hindra arbetstagaren från att utnyttja sin rätt till årlig betald semester. För det första skulle en sådan åtgärd nämligen inte betyda ”bibehållen lön” under den årliga semestern. Den föreslagna tolkningen skulle snarare innebära att domstolens krav på en semesterlön i enlighet med direktiven i efterhand skrevs om till arbetstagarnas nackdel. För det andra skulle en sådan tolkning leda till att en rättslig situation skapades för arbetstagarna som varken uppfyllde kraven på minimiharmonisering i unionen eller kravet på rättssäkerhet.

46 — Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-350/06 och C-520/06 (ovan fotnot 7), punkt 38.

47 — Se punkterna 41, 43 och 76 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från motparten i målet vid den nationella domstolen.

54. En minimiharmonisering, vilken också eftersträvas i det europeiska avtalet enligt artikel 2.1 i direktiv 2000/79 för luftfartsområdet, betyder nämligen inte att unionens agerande begränsas till en minsta gemensam nämnare. Det är alltså inte på något sätt fråga om en minimiharmonisering. Målet är inte att för hela unionen bestämma den i en medlemsstat gällande lägsta nivån av skydd, utan att formulera det för EU-politiken i fråga oundgängliga grundskyddet. [48] Allt annat skulle vara oförenligt med de målsättningar som fastställs i artikel 136 EG, nämligen ”att förbättra levnads- och arbetsvillkor” och därigenom ”möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls” och ”åstadkomma ett fullgott socialt skydd”. En bestämmelse med minimikrav när det gäller arbetstagares säkerhet och hälsa måste vara objektivt och klart formulerad, så att ett effektivt och enhetligt genomförande säkerställs i hela unionen. Ett kriterium som att den årliga semestern ska vara ”ekonomiskt genomförbar”, vilket motparten faktiskt har föreslagit i målet vid den nationella domstolen, skulle inte vara möjligt, i synnerhet som användningen av detta – vilket klagandena i målet vid den nationella domstolen helt riktigt har hävdat [49] – skulle vara beroende av den aktuella situationen, särskilt varje enskild arbetstagares ekonomiska börda. Om ett sådant obestämt kriterium användes, skulle det till sist undergräva rätten till årlig semester.

4. Medlemsstaternas behörighet avseende beräkning av semesterlönen

55. Bestämning av metod för beräkning av semesterlön omfattas i brist på uttryckliga bestämmelser i arbetstidsdirektiven och i direktiv 2000/79 åter av medlemsstaternas behörighet, vilka, såsom har förklarats ovan, är skyldiga att fastställa de nödvändiga nationella tillämpningsbestämmelserna. Domstolen drog samma slutsats i den ovannämnda domen i målet Schultz-Hoff [50] beträffande den inte heller i unionsrätten reglerade frågan hur den ekonomiska ersättning ska beräknas som enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88 när anställningen upphör ska ersätta den minsta perioden eller de minsta perioderna med årlig betald semester. I detta avseende gäller ”nationell lagstiftning eller praxis”, till vilka det hänvisas i direktiven. Medlemsstaterna ska härvid se till att de nationella tillämpningsbestämmelserna tar hänsyn till de begränsningar som följer av själva unionsrätten

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

49 — Se punkt 74 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från klagandena i målet vid den nationella domstolen.

50 — Domen i målet Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 7), punkterna 57–62.

liksom de principer i rättspraxis som jag har behandlat ovan.

C — *Tillvägagångssätt vid komplexa lönestrukturer*

1. Allmänt

5. Förslag i denna del

56. Den hänskjutande domstolens fråga 1, som är allmänt hållen såtillvida som den avser principiella aspekter av rätten till semesterlön, anser jag att jag har besvarat genom mina ingående redogörelser både beträffande omfattningen av den lagstiftningsbefogenhet som unionslagstiftaren har utövat och som medlemsstaterna har och beträffande de unionsrättsliga bestämmelser som framgår av arbetstidsdirektiven, direktiv 2000/79 och domstolens praxis.

58. Principen att semesterlönen ska beräknas så, att den överensstämmer med den ”normala” lönen behöver förvisso anpassas till sådana fall då lönens storlek inte är konstant, eftersom den på grund av olika faktorer som parterna i kollektivavtal anser vara relevanta kan variera från en period till en annan. Sådana faktorer kan antingen vara knutna till en arbetstagares yrkesposition inom företaget eller till bestämda tjänster som denne utför. Till den senare kategorin hör tillägg i form av särskild lön och ersättningar för omkostnader.

57. De något mera konkret formulerade frågorna 2 och 3 ska besvaras med att semesterlönen i princip ska beräknas på sådant sätt att den överensstämmer med arbetstagarens ”normala” lön. En ekonomisk ersättning som beviljas som semesterlön uppfyller i vart fall inte kraven i unionsrätten om den bara beräknas så, att det inte finns någon betydande risk för att arbetstagaren inte tar ut sin årliga semester.

59. Med frågorna 4 och 5 ombeds domstolen slutligen fastställa vad som i ett fall som det i målet vid den nationella domstolen menas med ”normal lön” under semestern. Det kan konstateras att begreppet har en tidsmässig och en materiell komponent. Båda tolkningsfrågorna avser dessa komponenter. Med fråga 4 önskas ett klarläggande av huruvida den faktiska perioden, det vill säga den period under vilken arbetstagaren har haft semester, ska läggas till grund som relevant

period, eller en annan period. Med fråga 5 vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida arbetstagaren skulle ha rätt till ett tillägg om och i den mån han hade utfört en särskild syssla. Om frågan besvaras jakande, vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida, när semesterlönen beräknas, hänsyn eventuellt också ska tas till övre gränser för sysslornas omfattning och den tid då de har utförts.

2. Unionsrättsliga bestämmelser och medlemsstaternas behörighet att reglera detaljerna i fråga om semesterlönen

60. Att göra en uttömmande bedömning av frågan vad som avses med ”normal lön” enligt rättspraxis är omöjligt, inte minst på grund av att EU-bestämmelserna är knapphändiga inom detta område, vilket nödvändigtvis sätter gränser för domstolens tolkning.

61. För att motivera att unionen inte har lagstiftande behörighet och att domstolen därmed inte heller har tolkningsbefogenhet har den danska regeringen hänvisat till artikel 137.5 EG, enligt vilken denna artikel bland annat uttryckligen inte gäller för ”löneförhållanden”. Jag ser dock här inget egentligt hinder, för såsom domstolen vid upprepade tillfällen har förklarat i rättspraxis [51] bör man komma ihåg att denna bestämmelse i fördraget ska ges en snäv tolkning, så att inte räckvidden av artikel 137.1–137.4 påverkas otillbörligt och så att målen med artikel 136 EG inte ifrågasätts. Bestämmelsen i fördraget får därför inte tolkas så, att dess tillämpningsområde omfattar alla frågor som har något samband med löneförhållanden. Såsom domstolen förklarade i den ovannämnda domen i målet Impact med hänvisning till domen i målet Del Cerro Alonso [52] ska nämnda undantag snarare förstås så, att det avser de åtgärder som, såsom likriktning av vissa eller samtliga delar av lönerna och/eller deras nivå eller införandet av en minimilön på gemenskapsnivå, innebär att unionsrätten direkt blandar sig i fastställandet av löner i unionen. [53] Fastställandet av nivån på de olika beståndsdelarna av en arbetstagares lön omfattas följaktligen inte av unionslagstiftarens behörighet, utan är obestridligen en fråga för de olika medlemsstaternas behöriga myndigheter, och dessa myndigheter är skyldiga att iaktta unionsrätten vid utövandet av behörighet på områden som inte omfattas av unionens behörighet. [54]

51 — Se domen av den 15 april 2008 i målet Impact (ovan fotnot 13), punkt 125.

52 — Dom av den 13 september 2007 i mål C-307/05, Del Cerro Alonso (REG 2007, s. I-7109).

53 — Domen i målet Impact (ovan fotnot 13), punkt 124.

54 — Ibidem (punkt 129).

62. Detta säger dock inget om huruvida unionslagstiftaren har befogenhet att reglera semesterlönens storlek när lönestrukturerna är komplexa. Såsom generaladvokaten Kokott helt riktigt förklarade i nämnda mål hindrar inte denna undantagsbestämmelse unionen från att anta bestämmelser som har ekonomiska effekter, till exempel vad gäller arbetsvillkoren (artikel 137.1 b EG) eller med avseende på förbättringar av arbetsmiljön för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet (artikel 137.1 a EG). Den hindrar inte unionslagstiftaren från att fastställa riktlinjer för den nationella arbetsrätten, vilka ger arbetstagare rätt till årlig betald semester, vilket har skett i artikel 7 i direktivet 2003/88. [55] Detsamma gäller för de nästan identiska bestämmelserna i artikel 3 i det europeiska avtalet, som är en bilaga till direktiv 2000/79, i synnerhet som undantagsbestämmelsen i artikel 137.5 EG också omfattar detta direktivs rättsliga grund i artikel 139 EG. [56] Unionslagstiftaren har med andra ord inte bara behörighet att reglera de förhållanden som är föremål för direktiven 2003/88 och 2000/79, utan han skulle dessutom rättsligt sett i princip ha haft befogenhet att utfärda mer detaljerade bestämmelser om semesterlönens art och nivå.

63. I de ovannämnda bestämmelserna har unionslagstiftaren emellertid inte fastställt *hur semesterlönen ska vara sammansatt i detalj,* utan i stället hänvisat till nationell ”lagstiftning eller praxis”. Unionslagstiftarens avsikt att ge medlemsstaterna och arbetsmarknadens parter ett stort utrymme för skönsmässig bedömning kommer till uttryck i skäl 10 i direktiv 2000/79, enligt vilket ”det är lämpligt att genomföra avtalet genom ett direktiv i enlighet med artikel 249 i fördraget”. För luftfartsområdet görs en extra hänvisning till den nationella rätten såtillvida som medlemsstaterna enligt skäl 12 ges möjlighet ”att definiera de begrepp i avtalet som inte definieras särskilt i detta i enlighet med nationella lagar och praxis, i likhet med andra direktiv om socialpolitik där liknande begrepp används, under förutsättning att definitionerna är förenliga med avtalet”. I artikel 3 i direktiv 2000/79 åläggs dessutom medlemsstaterna att ”försäkra sig om att arbetsmarknadens parter genom avtal har vidtagit alla nödvändiga åtgärder”.

64. På unionsnivå används i grund och botten ett liknande tillvägagångssätt som vid genomförandet av ILO:s konvention nr 132, vilken inte heller innehåller några specifika bestämmelser om beräkning av semesterlönen och i stället ger de stater som har undertecknat konventionen ett stort utrymme för

55 — Se punkt 175 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 9 januari 2008 i målet Impact (ovan fotnot 13).

56 — Se, för ett liknande resonemang, Rebhahn, R. (ovan fotnot 14), artikel 137, punkt 56, s. 1363.

skönsmässig bedömning. [57] I artikel 1 i konventionen föreskrivs till exempel att ”bestämmelserna i denna konvention ska genomföras genom nationell lagstiftning om de inte genomförs genom kollektivavtal, skiljedom, domstolsavgöranden, officiella förfaranden för att fastställa löner eller på något annat sätt som överensstämmer med nationell praxis och verkar lämpligt med hänsyn till de särskilda förhållandena i varje land”.

65. Ett sådant tillvägagångssätt tar hänsyn till både subsidiaritetsprincipen och kravet att arbetsmarknadsparternas fria förhandlingsrätt ska respekteras vid löneförhandlingar. Det ska i detta sammanhang erinras om att den kollektiva förhandlingsrätten och kollektivavtalsfriheten, som är inneboende i denna rätt, utgör grundläggande rättigheter som skyddas i unionens rättsordning. [58] Den kollektiva förhandlingsrätten erkänns i både olika internationella rättsakter som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta eller anslutit sig till såsom den europeiska sociala stadgan, [59] som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, vilken för övrigt uttryckligen nämns i artikel 136 EG och rättsakter som har utarbetats av nämnda medlemsstater på gemenskapsnivå eller inom ramen för Europeiska unionen, såsom gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, [60] som antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989, vilken likaledes nämns i artikel 136 EG, och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [61], proklamerad i Nice den 7 december 2000.

66. Ett sådant tillvägagångssätt motsvarar dessutom kraven i praxis, i synnerhet som det är mycket svårt att anta enhetliga bestämmelser för alla branscher. [62] Parternas redo-

57 — Enligt Böhnert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, s. 100, används så kallade flexibilitetsklausuler i ILO:s konventioner. Med detta avses olika åtgärder, bland annat användning av vida begrepp och stort utrymme för skönsmässig bedömning när skyldigheterna genomförs och vid fastställandet av de mål som ska nås.

58 — Se mitt förslag till avgörande av den 14 april 2010 i mål C-271/08, kommissionen mot Tyskland, där domstolen meddelade dom den 5 juli 2010 (REU 2010, s. I-7091), punkt 77.

59 — Artikel 6 i den europeiska sociala stadgan, som har övertagits ordagrant i artikel 6 i den reviderade europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Strasbourg den 3 maj 1996, ålägger parterna, för att trygga arbetstagarnas och arbetsgivarnas rätt att förhandla kollektivt, bland annat att främja gemensamt samråd mellan arbetstagare och arbetsgivare och att, där så är nödvändigt och lämpligt, främja ett förfarande med frivilliga förhandlingar mellan å ena sidan arbetsgivarna eller deras organisationer och å andra sidan arbetstagarnas organisationer för att uppnå en reglering av arbetsvillkoren genom kollektivavtal.

60 — Enligt punkt 12 i gemenskapens stadga för arbetstagares grundläggande sociala rättigheter ska arbetsgivare och arbetsgivarorganisationer å ena sidan och arbetstagarorganisationer å andra sidan ha rätt att förhandla och sluta kollektivavtal enligt de villkor som anges i nationell lagstiftning och praxis.

61 — Enligt artikel 28 i stadgan om de grundläggande rättigheterna har arbetstagare och arbetsgivare, eller deras respektive organisationer, i enlighet med gemenskapsrätten samt nationell lagstiftning och praxis rätt att förhandla och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer och att i händelse av intressekonflikter tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina intressen, inbegripet strejk.

62 — Se min redogörelse i punkt 42 i detta förslag till avgörande beträffande den differentierade regleringsmetod som unionslagstiftaren har använt och som slutligen ledde till att direktiv 2000/79 antogs för civilflygets speciella område.

görelser i målet vid den nationella domstolen visar hur flexibel luftfartssektorn måste vara. Det måste skapas regler som tar hänsyn till varje branschs särdrag och som accepteras av arbetsmarknadens parter. Domstolen har att ta hänsyn till unionslagstiftarens återhållsamhet också när den tolkar unionsrätten. Å andra sidan vill jag påminna om att medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning inte är obegränsat, vilket jag har nämnt ovan. [63] Införlivandeåtgärderna måste i stället hållas inom en unionsrättslig ram.

67. Av ovanstående överväganden följer att medlemsstaterna i princip, eftersom det inte finns några unionsrättsliga bestämmelser som förbjuder detta, i enlighet med sin nationella arbetsmarknadslagstiftning får tillåta att lönen delas upp i en grundlön och flera tillägg som arbetstagaren får beroende på sina prestationer.

i) Begreppet lön i unionsrätten

3. Semesterlönens sammansättning

a) Den materiella komponenten i begreppet ”normal lön”

68. Vad beträffar den materiella komponenten i begreppet ”normal lön” när lönestrukturen är komplex, vilket är föremålet för fråga 5, anser jag att det ur skäl 12 i direktiv 2000/79 inte utan vidare går att härleda exklusiv behörighet för medlemsstaterna eller arbetsmarknadens parter att i detalj bestämma vilka belopp som ska anses utgöra en del av ”semesterlönen”. Begreppet ”semesterlön” är nämligen ändå kopplat till begreppet ”lön”, och den måste följaktligen också i princip fortfarande betalas oavkortad under semestern. Det senare begreppet är i hög grad präglat av unionsrätten.

69. Någon definition av begreppet ”lön” förekommer visserligen varken i arbetstidsdirektiven eller i direktiv 2000/79, men i unionsrätten finns en tillräckligt klar definition i artikel 141.2 EG som domstolen också har hänvisat till vid tolkningen av direktiv som – liksom direktiv 93/104 självt, som det bland annat är fråga om här – har antagits på grundval av bemyndigandet i artikel 118a i EG-fördraget. [64] Definitionen motsvarar

63 — Se punkterna 38, 45, 53, 54 och 55 i detta förslag till avgörande.

64 — Dom av den 8 september 2005 i mål C-191/03, McKenna (REG 2005, s. I-7631), punkt 29.

dessutom normerna i den internationella arbetsrätten, eftersom den ju har tillkommit med stöd av artikel 1 a i ILO:s konvention nr 100 [65]. [66] Det tycks mot bakgrund av ovanstående vara möjligt att också i det aktuella fallet hänvisa till begreppen i primärrätten när direktiv 2000/79 tolkas.

70. Jag ska därför undersöka frågan vilka ersättningar som ska anses utgöra delar av lönen enligt denna definition.

71. Enligt artikel 141.2 EG ska man enligt legaldefinitionen med ”lön” förstå ”den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen”. Det har ingen betydelse om förmånen betalas ut i enlighet med anställningskontraktet, i enlighet med en rättslig bestämmelse eller frivilligt. [67] I domstolens praxis har man haft en tendens att ge bestämmelsen en vid tolkning. [68] Där kan begreppet lön i artikel 141.2 EG under vissa omständigheter sträcka sig mycket längre än begreppet ”lön” i den nationella rätten. [69] Varje ersättnings karaktär av lön ska undersökas genom en individuell bedömning.

72. Innan jag undersöker de enskilda ifrågavarande delarna av lönen med avseende på deras karaktär av lön vill jag dock helt kort påpeka att det är nödvändigt att hålla fast vid den hittillsvarande vida tolkningen av begreppet lön i unionsrätten. Just i fall som det förevarande där lönen består av flera delar kan en alltför snäv tolkning nämligen medföra en risk för att arbetsgivaren sporras att hävda att enskilda delar inte hör till lönen och/eller att rent av dela upp lönen ytterligare, för att kunna betala så lite semesterlön som möjligt. En sådan praxis skulle emellertid leda till att arbetstagaren avhölls från att utnyttja den årliga betalda semestern och att rekreationssyftet därmed gick förlorat. Jag anser att klagandena i målet vid den nationella domstolen gjorde en riktig bedömning när de påpekade detta. [70]

65 — Artikel 1a i ILO:s konvention nr 100 har följande lydelse: ”Uttrycket ’lön’ omfattar den gängse lönen, grund- eller minimilönen och alla ytterligare förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, ska få av arbetsgivaren på grund av anställningen.”

66 — Se Krebber, S., *EUV/EGV – Kommentar* (utgiven av Christian Calliess/Matthias Ruffert), tredje upplagan, München 2007, artikel 141, punkt 23, s. 1629.

67 — Domen i målet McKenna (ovan fotnot 64), punkt 29.

68 — Se Eichenhofer, E., *EUV/EGV – Kommentar*, München 2003, artikel 141 EG, punkt 10, s. 1530.

69 — Se Rebhahn, R. (ovan fotnot 14), artikel 141 EG, punkt 10, s. 1386.

70 — Se punkt 73 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från klagandena i målet vid den nationella domstolen.

ii) Grundlönen som en väsentlig del av lönen

73. Med tanke på den entydiga ordalydelsen omfattar denna bestämmelse i vart fall alla ersättningar som en arbetstagare får som ”grundlön”. Senast bekräftade domstolen uttryckligen detta i den ovannämnda domen i målet Parviainen i fallet med en flygvärdinna som utförde en pursers sysslor hos flygbolaget. I det målet behandlade domstolen frågan huruvida en gravid arbetstagare som av hälso- och säkerhetsskäl tillfälligt har förflyttats till en annan tjänst enligt artikel 5.2 i direktiv 92/85, förutom sin grundlön enligt anställningsavtal eller anställningsförhållande, under den tid som det tillfälliga arbetet varar bibehåller rätten till de delar av lön och tillägg som har samband med arbetstagarens ställning som överordnad, hennes anställningstid och hennes yrkeskvalifikationer. Domstolen besvarade frågan jakande och ansåg redan från början att klagandens grundlön omfattades av begreppet lön i artikel 141 EG. [71] Till en grundlön hör också det fasta belopp som varje pilot i vart fall har rätt till enligt MOA jämfört med kollektivavtal om månadsvisa arbetsscheman. Denna löns storlek är exakt fastställd och avgörs av vissa faktorer som pilotens tjänsteställning och den flygplansflotta som piloten tillhör. Följaktligen hör denna fasta oföränderliga del av varje lön som en pilot har i vart fall till den ”normala lönen” som enligt domstolens praxis fortfarande ska betalas ut under semestern.

iii) Klassificering av tilläggen som en del av lönen

74. Något svårare är det däremot att bedöma huruvida de ifrågavarande tilläggen också omfattas av begreppet lön i den mening som avses i artikel 141.2 EG. Enligt den hänskjutande domstolen tillkommer nämligen utöver grundlönen ytterligare två löneförmåner som skiljer sig åt till sin funktion och när det gäller beskattningen. Tilläggens storlek avgörs av den tid piloten har flugit (FPS) och hur länge han har varit borta från stationeringsorten (TAFB). Hela FPS anses enligt nationell rätt utgöra lön och beskattas i enlighet därmed. 82 procent av tiden för TAFB betraktas som kostnadsersättning, medan endast 18 procent anses som lön och beskattas.

75. Oberoende av hur de klassificeras enligt nationell rätt kan sådana tillägg ur unionsrättslig synvinkel eventuellt anses utgöra ”andra ersättningar” enligt den ovannämnda legaldefinitionen. Detta ska prövas nedan. Om

71 — Domen i målet Parviainen (ovan fotnot 37), punkterna 49 och 50.

man utgår från lönens funktion som arbetsgivarens motprestation för det arbete som arbetstagaren har utfört, bör varje prestation av ekonomiskt värde anses vara en ”annan ersättning” som är en sådan prestation i vid bemärkelse och inte endast utförs av andra skäl (till exempel ökning av produktiviteten, förbättring av arbetsvillkoren och arbetsklimatet eller främjande av hälsan). [72]

76. Till att börja med måste emellertid föremålet för granskningen avgränsas i förhållande till tolkningsfrågornas betydelse för utgången i målet vid den nationella domstolen. Av handlingarna i målet [73] framgår i vart fall att klagandena i målet vid den nationella domstolen har rätt till FPS och till den andel av TAFB som beskattas och som räknas som en del av lönen. Också av de argument som klagandena i målet vid den nationella domstolen har framfört kan man dra denna slutsats, i synnerhet som de uteslutande hänvisar till just dessa delar av lönen i sina skriftliga yttranden i målet vid EU-domstolen [74]. Den hänskjutande domstolens frågor måste därför förstås så, att det bara är i fråga om FPS och den del av TAFB som beskattas som den vill få klarhet i huruvida också hänsyn ska tas till tilläggen när semesterlönen beräknas och inte bara till grundlönen. Eftersom det inte har betydelse för utgången i målet behöver således den efterföljande prövningen inte utökas till att omfatta den del av TAFB som ska anses utgöra kostnadsersättning.

77. I princip omfattar det vida begreppet lön i artikel 141.2 EG, utöver den egentliga lönen som ska betalas som motprestation för det utförda arbetet, också samtliga övriga delar som lönepåslag, tillägg och bonusar, förmåner som beviljas av arbetsgivaren eller gratifikationer. [75] Som lön i den mening som avses i denna bestämmelse har domstolen i vart fall erkänt lönepåslag som följer flexibilitetskriteriet, det vill säga sådana tillägg genom vilka arbetstagaren avlönas för sin beredskap att

72 — Se Krebber, S. (fotnot 66), punkt 25, s. 1630.

73 — Se Employment Tribunals dom av den 11 maj 2007, Mrs S A Williams m.fl. mot British Airways Plc (mål nummer: 3314875/2006), punkterna 27 och 29, s. 8 (bilaga 2 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från motparten i målet vid den nationella domstolen), och Supreme Courts sammanfattning av de faktiska omständigheterna (”Agreed Statement of Facts and Issues in the Supreme Court of the United Kingdom”), punkt 8, s. 3 (bilaga 1 till det skriftliga yttrandet som har inkommit från motparten i målet vid den nationella domstolen).

74 — Se punkt 11 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från klagandena i målet vid den nationella domstolen.

75 — Fuchs, M./Marhold, F., *Europäisches Arbeitsrecht*, andra upplagan, Wien 2006, 123.

arbeta på olika tider.[76] I rättspraxis har det helt följdriktigt ansetts att både påslag på grund av obekväm arbetstid[77] och ersättning för övertid[78] liksom för övertid på grund av deltagande i kurser som varat längre än den individuella arbetstiden[79] omfattas av definitionen. Enligt denna logik bör också övertidstillägg, helgtillägg, skifttillägg och jämförbara förmåner höra till denna kategori.[80]

78. Det är uppenbart att de ersättningar som här inte räknas upp uttömmande liknar de ifrågavarande tilläggen, eftersom de till sist alla är kopplade till pilotens beredskap att ställa sin tid till förfogande för att utföra sitt arbete så länge som arbetsgivaren anser detta vara nödvändigt. Det finns emellertid en skillnad mellan de båda ifrågavarande typerna av tillägg såtillvida som FPS är en direkt motprestation för en typisk pilotsyssla – nämligen att flyga ett flygplan – medan TAFB snarare har karaktären av ersättning för det avstånd från pilotens normala stationeringsort som är förknippat med resandet. Att en ersättnings karaktär av gottgörelse inte utan vidare hindrar att den klassificeras som ersättning i den mening som avses i artikel 141.2 EG visar enligt rättspraxis redan det faktum att till och med ersättningar som har samband med uppsägningar[81] och som föreskrivs i lag omfattas av detta begrepp. Jämfört med sådana ersättningar är TAFB:s karaktär av gottgörelse dock klart mindre uttalad – åtminstone när det gäller den i det aktuella fallet relevanta delen, som inte beskattas. Det ska i detta avseende dessutom erinras om att den skattepliktiga delen, till skillnad från den del av TAFB som inte beskattas, inte är en kostnadsersättning, utan ska anses utgöra lön redan enligt värderingarna i den nationella rätten. Jag anser att denna klassificering är riktig i synnerhet som den senare delen är en direkt ersättning för utfört arbete, vilken har karaktär av kompensation och kan jämföras med ett tillägg på grund av obekväm arbetstid. Trots det är båda tilläggen ersättningar av ekonomiskt värde som arbetsgivaren medvetet betalar ut för en viss syssla som piloten utför, varför de båda tilläggens karaktär av lön inte kan ifrågasättas.

79. Båda tilläggen är således ”övriga förmåner” som arbetstagaren får enligt artikel 141.2 EG på grund av anställningen. Följaktligen

76 — Se dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss (REG 1989, s. 3199; svensk specialutgåva, s. 187), punkt 3.

77 — Se dom av den 30 mars 2000 i mål C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen (REG 2000, s. I-2189), punkt 39 och följande punkter.

78 — Se dom av den 6 december 2007 i mål C-300/06, Voß (REG 2007, s. I-10573), punkt 12 och följande punkter.

79 — Se dom av den 4 juni 1992 i mål C-360/90, Bötel (REG 1992, s. I-3589; svensk specialutgåva, s. I-127), punkt 13, och av den 6 februari 1996 i mål C-457/93, Lewark (REG 1996, s. I-243), punkt 23.

80 — Se Krebber, S. (ovan fotnot 66), punkt 28, s. 1631.

81 — Se dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith (REG 1999, s. I-623), punkt 28.

hör också dessa delar av lönen till den ”normala lönen” som enligt domstolens praxis fortfarande ska betalas ut till arbetstagaren under semestern. Också för den årliga semestern har arbetstagaren därför i princip rätt till de tillägg som han i normala fall är berättigad till.

80. Den omständigheten att arbetstagaren utnyttjar sin rätt till årlig semester kan inte vara ett rättsligt tillåtet skäl till att i undantagsfall ge begreppet lön i unionsrätten en så snäv tolkning att det innebär att de tillägg som uppkommer under denna tid inte hör dit. Detta skulle annars betyda att arbetstagaren i ekonomiskt hänseende behandlades olika beroende på om han arbetade eller hade semester, vilket såsom har förklarats ovan skulle stå i strid med rättspraxis.

81. Om rätt till de gängse tilläggen i princip erkänns, betyder detta dock inte nödvändigtvis att arbetstagaren har oförminskad rätt till alla upptänkliga tillägg. Jag anser att domstolen har satt en gräns för rättigheten genom att rättspraxis också kan tolkas så, att arbetstagaren inte ska ha rätt till mer än sin ”normala lön”. Jag ska nu förklara vilka konsekvenser en sådan tolkning kan få.

b) Den tidsmässiga komponenten i den ”normala lönen”

82. Såsom jag antydde i början har begreppet ”normal lön” också en tidsmässig komponent. Enligt allmänt språkbruk kan något betecknas som ”normalt” endast om det har existerat under en viss tid och senare kan användas som underlag för en jämförelse. Uttrycket innebär, vilket kommissionen [82] och klagandena i målet vid den nationella domstolen [83] helt riktigt har förklarat, i stort sett att en lön som varierar med regelbundna intervall utjämnas till en genomsnittlig inkomst. För att beräkna en ”normal lön” behövs, vilket parterna i målet helt riktigt har påpekat, en *tillräckligt representativ referensperiod*, och i målet vid den nationella domstolen kommer flera alternativa perioder i fråga. Antingen utgår man från den faktiska period då arbetstagaren har haft semester och räknar ut en hypotetisk genomsnittlig inkomst eller också utgår man från en tidigare period då arbetstagaren har arbetat oavbrutet och räknar ut en genomsnittlig inkomst. Båda möjligheterna har tagits upp i fråga 4. Man skulle emellertid också kunna tänka sig att en enhetlig semesterlön beräknades för de olika kategorierna av piloter. Dock tycks inget av de tillvägagångssätt som kommer i fråga vara att föredra i praktiskt hänseende, eftersom båda sätten har både för- och nackdelar. Det första tillvägagångssättet har till exempel den nackdelen att det inte alltid torde vara möjligt att med säkerhet bestämma vilka uppgifter en pilot som

82 — Se punkt 27 i kommissionens skriftliga yttrande.

83 — Se punkterna 55 och 100 klagandenas skriftliga yttrande.

har semester skulle ha utfört under perioden i fråga, om man, beroende på utgångsläget, får utgå från att uppgiften i fråga i princip också hade kunnat utföras av varje annan pilot. [84] Det andra tillvägagångssättet torde återigen bereda svårigheter vid nyanställningar, eftersom det inte finns någon verklig referensperiod att utgå från. [85] Trots det torde det första och det andra tillvägagångssättet i praktiken inte leda till någon nämnvärd kvantitativ skillnad mellan de beräknade beloppen, vilket klagandena i målet vid den nationella domstolen [86] har påpekat.

83. Vid närmare betraktande av den problematik som har tagits upp framkommer det att de för- och nackdelar med vart och ett av tillvägagångssätten som parterna i målet vid den nationella domstolen har diskuterat ingående huvudsakligen avser den praktiska sidan av genomförandet av rätten till årlig betald semester. Det handlar med andra ord egentligen om vilket tillvägagångssätt som är mest ändamålsenligt för att på ett effektivt sätt genomföra den rättighet som garanteras i unionsrätten. Inom ramen för ett mål om förhandsavgörande har domstolen dock att genom en tolkning undersöka vilka rättsligt bindande bestämmelser som i unionsrätten ställs på den nationella införlivandelagstiftningen [87] och inom ramen för ett rättsligt samarbete ta ställning till de rättsfrågor som den nationella domstolen har hänskjutit till denna. Mot bakgrund av ovanstående bör domstolen i det aktuella målet fastställa att det inte föreskrivs något bestämt tillvägagångssätt i unionsrätten, vilket motparten i målet vid den nationella domstolen helt riktigt har påpekat. [88]

84. Eftersom det inte finns några detaljerade bestämmelser på unionsnivå kan man utgå från att medlemsstaterna är behöriga när det gäller att fastställa den ifrågakommande referensperioden och att beräkna motsvarande genomsnittliga lön, varvid här enligt artikel 3 i det europeiska avtalet och artikel 7 i direktiv 2003/88 ”nationell lagstiftning eller praxis” gäller. I enlighet med den gällande rättsordningen ska den nationella lagstiftaren utfärda

84 — Se punkterna 42 och 74 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från motparten i målet vid den nationella domstolen.

85 — Ibidem, punkt 42.

86 — Ibidem, punkt 102.

87 — Den tolkning som domstolen gör av en unionsrättslig bestämmelse klargör och preciserar nämligen innebörden och räckvidden av denna bestämmelse, såsom den ska eller skulle ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande (se dom av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit italiana (REG 1980, s. 1205; svensk specialutgåva, s. 149), punkt 16, av den 10 februari 2000 i mål C-50/96, Deutsche Telekom (REG 2000, s. I-743), punkt 43, och av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz (REG 2004, s. I-837), punkt 21.

88 — Se punkt 42 i det skriftliga yttrandet som har inkommit från motparten i målet vid den nationella domstolen.

nödvändiga tillämpningsbestämmelser och arbetsmarknadens parter ingå kollektivavtal genom vilka villkor skapas för att denna genomsnittliga lön ska kunna betalas.

85. Motsvarande gäller för den internationella arbetsrätten, ur vilken viktiga principer hade kunnat härledas. Enligt ordalydelsen i artikel 7.1 i ILO:s konvention nr 132 anges visserligen som princip att en genomsnittlig inkomst ska beräknas, men i bestämmelsen föreskrivs uttryckligen att varje person som tar ut den semester som föreskrivs i denna konvention ska få minst sin normala eller *genomsnittliga lön* under hela semestern. Med detta alternativ ska uppenbarligen hänsyn tas till de speciella arbetsförhållanden där arbetstagarna inte får normal lön. Däremot säger det inget om hur den genomsnittliga lönen ska beräknas och framför allt inget om vilken referensperiod som ska läggas till grund för beräkningen. I stället hänvisas till de enskilda staternas behörighet genom att det förklaras att ”denna lön i varje land ska beräknas på ett sätt som bestäms av den behöriga myndigheten eller genom lämpliga förfaranden”.

c) Förbud mot diskriminering

86. Av min tolkning av domstolens praxis, enligt vilken arbetstagarens rätt inte ska sträcka sig längre än hans ”normala lön”, följer för det första kravet på utjämning och beräkning av en genomsnittlig inkomst. Det betyder i sin tur att en automatisk kumulering av grundlönen och alla tillägg inte kommer i fråga, om de senare inte beviljas i normala fall. Jag håller med den danska regeringen [89] om att dessa tillägg bara behöver räknas in i det genomsnittliga beloppet om dessa delar av lönen har systematisk karaktär.

87. Uttrycket innebär dessutom huvudsakligen att en arbetstagare som tar semester inte får behandlas på annat sätt i ekonomiskt hänseende än om han arbetade. Med detta avses när det gäller syftet med bestämmelsen om årlig betald semester visserligen i första hand ekonomiska nackdelar för arbetstagaren. Det betyder emellertid inte att en arbetstagare som tar semester ska gynnas jämfört med de andra i ekonomiskt hänseende. Att ”normal lön” beviljas betyder nämligen att de vanliga begränsningarna i princip också ska tillämpas. Detta gäller på motsvarande sätt för årliga övre gränser eller andra övre gränser för i vilken omfattning eller under vilken tid arbetstagaren kan utföra avlönat arbete med

89 — Se punkt 20 i den danska regeringens skriftliga yttrande.

betalning av ett tillägg. Dessa övre gränser ska avspeglas i beräkningen av semesterlönen.

hans genomsnittliga inkomst. Beräkningen av den genomsnittliga lönen ska göras utifrån en tillräckligt representativ referensperiod.

4. Förslag i denna del

88. Fråga 4 ska besvaras enligt följande. En arbetstagare i en situation som den i målet vid den nationella domstolen i vilken lönen varierar har rätt till en semesterlön som motsvarar

89. Fråga 5 ska besvaras enligt följande. När den genomsnittliga lönen beräknas ska hänsyn tas till både tillägg som arbetstagaren i vanliga fall har rätt till som en del av lönen och begränsningar i form av årliga eller andra övre gränser för i vilken omfattning eller under vilken tid arbetstagaren kan utföra ett visst arbete med betalning av ett tillägg.

VII — Förslag till avgörande

90. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som ställts av Supreme Court på följande sätt:

1) Artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden och artikel 3 i det europeiska avtalet om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget som har ingåtts mellan Association of European Airlines (AEA), Europeiska transportarbetarfederationen (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) och International Air Carrier Association

(IACA), som är en bilaga till rådets direktiv 2007/79/EG av den 27 november 2000, ska tolkas så, att semesterlönen ska beräknas enligt nationell lagstiftning eller nationell praxis.

2) Semesterlönen ska därvid i princip beräknas på ett sådant sätt att den överensstämmer med arbetstagarens normala lön. En ekonomisk ersättning som beviljas som semesterlön uppfyller i vart fall inte kraven i unionsrätten, om den är beräknad så att den nätt och jämnt är tillräcklig för att det inte ska finnas någon betydande risk att arbetstagaren inte tar ut sin årliga semester.

3) I en situation som den i målet vid den nationella domstolen, där lönens storlek varierar, har arbetstagaren rätt till en semesterlön som motsvarar vederbörandes genomsnittliga inkomst. Den genomsnittliga inkomsten ska beräknas utifrån en tillräckligt representativ referensperiod.

4) När denna genomsnittliga lön beräknas ska hänsyn tas till både tillägg som arbetstagaren i vanliga fall har rätt till som en del av lönen och begränsningar i form av årliga eller andra övre gränser för i vilken omfattning eller under vilken tid arbetstagaren kan utföra ett visst arbete med betalning av ett tillägg.