FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 27. oktober 2005 [1]

I — Indledning

1. I de foreliggende sager er Domstolen blevet anmodet om at fortolke artikel 7 i Rådets direktiv 93/104/EF [2]. De forelæggende retter ønsker i det væsentlige oplyst, i hvilket omfang nationale bestemmelser

— som tillader, at feriegodtgørelse indgår i arbejdstagerens løn og udbetales som en del af lønnen, der svarer til det udførte arbejde, og

— som derfor tillader, at denne feriegodtgørelse ikke udbetales i forhold til den reelle ferieperiode (»rolled up holiday pay«)

er forenelige med den nævnte bestemmelse.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets direktiv 93/104/EF af 23.11.1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EFT L 307, s. 18, herefter »direktivet«).

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

2. Direktivets artikel 7 har følgende ordlyd:

»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.«

B — *National ret*

3. Det Forenede Kongerige har gennemført direktivet ved Working Time Regulations 1998.

4. Regulation 13 bestemmer:

»1) [...] [A]rbejdstageren [har] ret til fire ugers ferie hvert år.

[...]

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

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

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

5. Regulation 16 bestemmer:

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

[...]

4) Retten til en godtgørelse i henhold til stk. 1) berører ikke arbejdstagerens ret til løn i henhold til dennes kontrakt (»kontraktmæssig løn«).

5) Enhver kontraktmæssig løn til en arbejdstager for en ferieperiode fritager arbejdsgiveren for pligten til at yde godtgørelse i henhold til denne Regulation for denne periode. Tilsvarende fritager enhver godtgørelse, som arbejdsgiveren udbetaler for en given periode i henhold til denne Regulation, denne for pligten til at betale kontraktmæssig løn for samme periode.«

6. Regulation 35 har følgende ordlyd:

»1) Bestemmelser i en aftale (arbejdskontrakt eller anden aftale) er ugyldige, hvis de har til formål

i) a) at forhindre eller begrænse anvendelsen af bestemmelserne i disse Regulations, medmindre disse Regulations gør det muligt at indgå aftale herom [...]«

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

A — *Sag C-131/04 (Robinson-Steele)*

1. Faktiske omstændigheder

7. I sag C-131/04 verserer tvisten i hovedsagen mellem arbejdstageren C. D. Robinson-Steele og hans arbejdsgiver, selskabet R.D. Retail Services Ltd.

8. Robinson-Steele arbejdede for R.D. Retail Services fra 19. april 2002 til 19. december 2003 i henhold til forskellige kontraktvilkår — under alle omstændigheder senest som midlertidigt ansat. Hans ansættelseskontrakt, der var gældende fra 29. juni 2003, bestemte navnlig, at retten til betalt ferie blev optjent i den del af ferieåret, hvor den midlertidigt ansatte havde haft uafbrudt beskæftigelse. Kontrakten præciserede endvidere, at den midlertidigt ansatte indvilgede i, at der sammen med og som supplement til timelønnen udbetaltes en godtgørelse for retten til betalt ferie svarende til 8,33% af timelønnen.

9. Ifølge den forelæggende rets oplysninger svarer en feriegodtgørelse på 8,33% beregningsmæssigt til den ugeløn, arbejdstageren modtager, når han har arbejdet uafbrudt i tre måneder efter et system med henholdsvis dag- og nathold.

10. Robinson-Steele modtog ugeløn, og følgende angivelse fandtes på hans lønsedler: »Lønnen omfatter godtgørelse for ferie- og sygeorlov«. Der var ikke nærmere oplysninger om, hvor stor en del af lønnen feriegodtgørelsen udgjorde.

2. Nationale retsforhandlinger

11. Den 14. januar 2004 indleverede Robinson-Steele (herefter »sagsøgeren i hovedsagen«) en stævning til Employment Tribunal Leeds med hovedpåstand om, at han havde arbejdet for R.D. Retail Services (herefter»sagsøgte i hovedsagen«) i tyve måneder, hvorunder hans feriegørelse simpelthen indgik i lønnen (»rolled up holiday pay«), således at han ikke havde kunnet afholde ferie, idet feriegodtgørelsen ikke var blevet udbetalt umiddelbart før, efter eller under feriens afholdelse.

12. Ifølge den forelæggende ret skal direktivets artikel 7 fortolkes, dels fordi det engelske Employment Appeal Tribunal, hvis afgørelse retten er bundet af, har udtalt, at en privatretlig aftale om »rolled up holiday pay«, hvorefter der udredes et bestemt beløb eller en bestemt procentsats ud over grundlønnen, er gyldig [3] i henhold til national ret — navnlig i henhold til de nævnte Regulations — mens Inner House of the Court of Session, Skotland, har erklæret en sådan aftale, hvorefter feriegodtgørelsen indgik i lønnen uden forbindelse med den reelt afholdte ferie, for ugyldig [4].

13. Employment Tribunal Leeds har derfor ved kendelse af 9. marts 2004 anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

1) Er bestemmelser i national lovgivning om, at feriegodtgørelse til en arbejdstager kan indgå i timelønnen og udbetales som en del af lønnen for det udførte arbejde og ikke i forhold til den ferie, arbejdstageren reelt afholder, forenelige med artikel 7 i Rådets direktiv 93/104/EF?

2) Er artikel 7, stk. 2, til hinder for, at en national ret godskriver arbejdsgiveren en sådan godtgørelse, når den vil sikre sagsøgeren en effektiv domstolsprøvelse i henhold til sine beføjelser efter national ret?

B — *Sag C-257/04*

14. Sag C-257/04 vedrører to tvister for Court of Appeal (England & Wales), som retten har besluttet at forene.

3 — Employment Appeal Tribunal, Marshalls Clay Products mod Caulfield (2003), IRLR 552.

4 — Inner House of the Court of Session, MPS Structure Ltd mod Munro (2003), IRLR 350.

1. Sagen Caulfield m.fl. mod Marshalls Clay Products Ltd

a) Faktiske omstændigheder

15. Virksomheden Marshalls Clay Products arbejder i flerholdsskift for at sikre uafbrudt aktivitet, således at enhver arbejdstager arbejder fire dage, hvorefter han har fri i fire dage.

16. Med henblik på at overholde arbejdstagernes ret til ferie på trods af arbejdstidsordningen blev der i juli 1984 indgået en aftale mellem Marshalls Clay Products og en fagforening. Aftalen, der var en integrerende del af hver arbejdstagers ansættelseskontrakt, indeholder følgende bestemmelse:

»3. Ferie

Godtgørelse for ferie indgår i timelønnen, og der opspares ikke feriepenge. Ferie afholdes i de hvileperioder, der indgår i turnusordningen. For at arbejdstagerne kan afholde længere ferier, har de hver især krav på

to ferieperioder, der strækker sig over otte på hinanden følgende dage

og

en ferieperiode, der strækker sig over seksten på hinanden følgende dage [...]«

17. Hvad angår fastsættelsen af feriegodtgørelsens beløb [5] findes der en anden aftale indgået i maj 1984 mellem Marshalls Clay Products og en fagforening, der navnlig bestemmer:

»De ansatte i Accrington har i øjeblikket ret til feriegodtgørelse for 31 dage pr. år (svarende til 29 dages ferie). Set i forhold til de resterende arbejdsdage (232) svarer det til 13,36%. Tmelønnen omfatter 13,36% i feriegodtgørelse.«

5 — I dette forslag til afgørelse vil det beløb, der tjener som godtgørelse i ferieperioden, herefter blive kaldt »feriegodtgørelse« — uden at dette betyder, at retten til ferie er blevet erstattet af en finansiel godtgørelse i strid med direktivets artikel 7, stk. 2.

18. Den del af lønnen, der svarer til den feriegodtgørelse, som løbende udbetales, er imidlertid hverken anført i ansættelseskontrakten eller på lønsedlen. Kontrakterne henviser heller ikke til alle de aftaler, der er indgået mellem arbejdsgiveren og fagforeningen.

19. Den forelæggende ret har anført, at ferien skal holdes i hvileperioderne. Arbejdstagerne kan afholde to ferieperioder på otte sammenhængende dage eller en ferieperiode på seksten sammenhængende dage, uden at de er forpligtet hertil, men kun hvis de samler eller opsparer hviledage, og kun hvis de når til enighed med andre arbejdskolleger om at overtage deres arbejde.

20. For 182 årlige arbejdsdage i forbindelse med skifteholdsarbejde modtager hver arbejdstager feriegodtgørelse for 24,32 dage. Timelønnen på 7,515 GBP inkluderede et beløb på 6,629 GBP til dækning af den faktiske arbejdstid og et tillæg på 88,6 pence svarende til feriegodtgørelsen.

21. Arbejdstagerne fik derfor kun betaling for de fire dage, hvor de arbejdede, og ikke for de fire dage, hvor de ikke arbejdede. Deres timeløn blev forhøjet med et beløb for betalt ferie. Timelønnen gjaldt også for overtid, således at arbejdstagerne, hvis de arbejdede over et bestemt timeantal, modtog et tillæg i forhold til grundlønnen og feriegodtgørelsen.

b) Nationale retsforhandlinger

22. Ved stævninger af 3. september 2001 anlagde J.C. Caulfield, C.F. Caulfield og K.V. Barnes (herefter »appellanterne i hovedsagen«) sag ved Manchester Employment Tribunal med påstand på, at Marshalls Clay Products skulle yde dem feriegodtgørelse for perioden fra den 1. oktober 1998 til den 3. september 2001.

23. Manchester Employment Tribunal gav ved afgørelse af 12. december 2002 appellanterne i hovedsagen medhold og tilkendte dem en godtgørelse, som skulle fastsættes på et senere tidspunkt.

24. Indstævnte appellerede denne afgørelse til Employment Appeal Tribunal.

25. Den 25. juli 2003 gav Employment Appeal Tribunal indstævnte medhold i sagen.

2. Sagen Clarke mod Frank Staddon Ltd

a) Faktiske omstændigheder

26. Ifølge den forelæggende rets angivelser arbejdede M.J. Clarke (herefter »appellanten i hovedsagen«) mellem den 2. april 2001 og den 23. juni 2003 for selskabet Frank Staddon Ltd (herefter »indstævnte i hovedsagen«) som proforma selvstændig på grundlag af en underentreprenørkontrakt (construct industry scheme). Det er imidlertid ikke åbenlyst bestridt, at indstævnte i hovedsagen har rettigheder i henhold til direktivet og Working Time Regulations 1998.

27. Fra den 24. juni 2001 til den 24. juli 2001 afholdt appellanten i hovedsagen ferie og fik ikke betaling i denne periode.

28. Den kontrakt, som appellanten i hovedsagen modtog, indeholdt følgende bestemmelser:

»Godtgørelse for ferie og helligdage er inkluderet i daglønnen.«

Samme kontrakt var påført en håndskreven anmærkning med ordlyden »Lønsats«:

»Grundløn 8,689 Ferie 0,756 = 85 GBP pr. dag«.

29. Den samme beregning fremgik af en lønseddel fra august 2001. Satsen på 85 GBP vedrører imidlertid kun perioden fra 24. juni 2001. For den forudgående periode har indstævnte ikke redegjort for sammensætningen af den feriegodtgørelse, der indgik i daglønnen.

b) Nationale retsforhandlinger

30. Ved stævning indgået til Employment Tribunal den 20. november 2001 anlagde appellanten i hovedsagen sag med påstand om, at indstævnte skulle yde ham godtgørelse for den årlige ferie, han optjente i forbindelse med sit arbejde for denne i tidsrummet fra den 2. april 2001 til den 16. november 2001.

31. Employment Tribunal afviste kravet fra appellanten i hovedsagen i en afgørelse af 19. april 2002.

32. Appellanten i hovedsagen appellerede afgørelsen til Employment Appeal Tribunal.

33. Employment Appeal Tribunal afviste appellen fra appellanten i hovedsagen den 25. juli 2003.

3. De præjudicielle spørgsmål i sag C-257/04

34. Appellanterne i de to tvister i hovedsagen appellerede Employment Appeal Tribunals afgørelser til Court of Appeal. Under hensyn til de forskellige synspunkter, der tilsyneladende var hos den engelske Employment Appeal Tribunal og den skotske Inner House of Sessions, og ligeledes under hensyn til, at Robinson-Steele-sagen allerede verserede for Domstolen, besluttede Court of Appeal at forelægge Domstolen spørgsmål.

35. Court of Appeal har derfor ved kendelse af 25. juni 2004 forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er en kontraktligt bindende ordning mellem en arbejdsgiver og en arbejdstager, hvorefter en bestemt del af den løn, der udbetales til arbejdstageren, repræsenterer denne arbejdstagers »feriepenge« (en ordning med såkaldt løbende udbetaling af feriepenge), i strid med arbejdstagerens ret til årlig betalt ferie i henhold til artikel 7 i arbejdstidsdirektivet (direktiv 93/104/EF)?

2) Ændrer det noget ved svaret på spørgsmål 1, hvis arbejdstageren modtog samme løn før og efter, at den pågældende bindende ordning trådte i kraft, således at denne ordning ikke resulterede i en højere løn, men blot præciserede, at en del af den løn, der udbetales til arbejdstageren, udgør feriepenge?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Er det i strid med retten til årlig betalt ferie i henhold til artikel 7 at godskrive denne godtgørelse i forhold til den rettighed, der er fastsat i direktivet?

4) Er det nødvendigt for at opfylde forpligtelsen i artikel 7 i direktiv 93/104/EF til at sikre, at en arbejdstager har ret til en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed, at godtgørelsen udbetales til arbejdstageren i den lønperiode, hvor

han afholder sin årlige ferie, eller er det tilstrækkeligt til at overholde artikel 7, at godtgørelsen udbetales i rater over hele året?«

IV — Om de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger*

36. Det skal indledningsvist bemærkes, at ifølge fast retspraksis tilkommer det den forelæggende ret at vurdere relevansen af en anmodning om præjudiciel afgørelse [6]. Ved en eventuel tvivl med hensyn til, om spørgsmålene er formuleret korrekt med henblik på en fællesskabsretlig vurdering af sagen, kan Domstolen i givet fald omformulere spørgsmålene [7].

37. Inden for rammerne af den præjudicielle forelæggelse i henhold til artikel 234 EF tilkommer det Domstolen at fortolke fællesskabsretten. Hvad angår det første spørgsmål i sag C-131/04 skal det først fastslås, at der på baggrund af ovenstående ikke kan være tale om at undersøge, i hvilket omfang nationale lovbestemmelser er forenelige med en bestemmelse i afledt ret, men snarere i hvilket omfang den pågældende bestemmelse i afledt ret er til hinder for visse bestemmelser i national lovgivning.

38. En sammenligning med det første præjudicielle spørgsmål i sag C-257/04 og den forelæggende rets forklaringer til støtte herfor viser imidlertid klart, at der i denne sag — og dermed ligeledes i sag C-131/04 — ikke er tale om, hvorvidt fællesskabsretten er til hinder for visse bestemmelser i national lovgivning, men snarere hvorvidt en fortolkning af disse nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med direktivet, i lyset af indholdet af direktivets artikel 7 nødvendigvis indebærer, at visse bestemmelser i ansættelseskontrakter eller kollektive aftaler, der bestemmer, at feriegodtgørelse udbetales løbende med arbejdstagerens sædvanlige løn (»rolled up holiday pay«), er ugyldige.

39. Det første præjudicielle spørgsmål i sag C-131/04 skal derfor omformuleres i lyset af det første, andet og fjerde spørgsmål i sag C-257/04 og skal fortolkes således, at den forelæggende ret i det væsentlige ønsker oplyst, om den ret til årlig betalt ferie, som hver arbejdstager eventuelt kan gøre krav på

6 — Dom af 6.12.2001, sag C-472/99, Clean Car Autoservice, Sml. I, s. 9687, præmis 13, og af 7.1.2003, sag C-306/99, (BIAO) Sml. I, s. 1, præmis 88.

7 — Under alle omstændigheder bestræber Domstolen sig i sin faste praksis på at give den forelæggende ret nyttige anvisninger med hensyn til dennes stillingtagen i den sag, som er indbragt for den. Se i denne retning f.eks. dom af 4.7.2000, sag C-424/97, Haim, Sml. I, s. 5123, præmis 58, og af 12.9.2000, sag C-366/98, Geffroy, Sml. I, s. 6579, præmis 20.

i henhold til direktivets artikel 7, er til hinder for, at ferieperioderne i henhold til en individuel eller kollektiv aftale godtgøres på samme tid som lønnen udbetales.

40. Den forelæggende ret i sag C-257/04 har imidlertid — og ikke uden grund — understreget, at hverken direktivet eller de nationale gennemførelsesbestemmelser udtrykkeligt regulerer sådanne bestemmelser. Der skal i denne forbindelse erindres om den nationale rets forpligtelse til at fortolke nationale bestemmelser, nemlig de bestemmelser, der er vedtaget med henblik på at gennemføre et direktiv, i overensstemmelse med fællesskabsretten og dermed med direktivet.

41. På baggrund af de præmisser, der fremgår af de to forelæggelseskendelser, og hvorefter de nationale lovbestemmelser efter den nationale rets opfattelse er åbne for fortolkning [8], tilkommer det ikke Domstolen i nærværende sag at træffe endelig afgørelse om gennemførelsen af direktiv 93/104 i Det Forenede Kongerige, men snarere at give de forelæggende retter en fortolkning af de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, der giver dem mulighed for i videst muligt omfang at fortolke de nationale lovbestemmelser i overensstemmelse med direktivet i forbindelse med deres bedømmelse af de omtvistede aftaler om løbende udbetaling af feriegodtgørelse.

42. Domstolen har i fast praksis fastslået, at en national ret »ved anvendelsen af nationale retsforskrifter — navnlig bestemmelser i en lov, der særligt er blevet vedtaget med det formål at gennemføre kravene i henhold til et direktiv — i videst muligt omfang [skal] fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes, og for dermed at handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF« [9].

43. Jeg har med særlig interesse bemærket, at dette princip om fællesskabskonform fortolkning af national ret atter er bekræftet i sagen Pfeiffer m.fl. i sammenhæng med direktivets bestemmelser om maksimal arbejdstid. Domstolen udtalte navnlig, at det »påhviler [...] den forelæggende ret, der er forelagt tvister som de i hovedsagerne verserende, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 93/104, og som har deres udspring i faktiske omstændigheder, der ligger efter udløbet af direktivets gennemførelsesfrist, når den anvender de bestemmelser i national ret, der særligt er bestemt til at gennemføre dette direktiv, i videst muligt omfang [at] fortolke dem på en sådan måde, at de kan finde anvendelse i

8 — Det fremgår nemlig af de to forelæggende retters forklaring, at dels de engelske retter, dels de skotske retter har fortolket de nationale gennemførelsesbestemmelser forskelligt for så vidt angår de aftaler, jeg har nævnt.

9 — Dom af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 113. Jf. ligeledes bl.a. dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26. Jf. ligeledes dom af 23.2.1999, sag C-63/97, BMW, Sml. I, s. 905, præmis 22, af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, Océano Grupo Editorial og Salvat Editores, Sml. I, s. 4941, præmis 30, og af 23.10.2003, sag C-408/01, Adidas-Salomon og Adidas Benelux, Sml. I, s. 12537, præmis 21.

overensstemmelse med direktivets målsætning« [10].

44. Netop på området for tvister mellem private parter, således som det er tilfældet her, er princippet om, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, et uomgængeligt princip, der skal sikre fællesskabsrettens fulde virkning [11].

45. Sammenfattende skal det derfor fastslås, at de to forelæggende retter med de første spørgsmål [12] i det væsentlige ønsker oplyst, om retten til årlig betalt ferie i den i direktivets artikel 7 omhandlede forstand principielt er til hinder for aftaler, der bestemmer, at feriegodtgørelsen udbetales løbende.

For at besvare dette spørgsmål skal indholdet og rækkevidden af retten til årlig betalt ferie i den i direktivets artikel 7 omhandlede forstand først undersøges. Derefter vil jeg undersøge, i hvilket omfang aftaler mellem private kan hindre denne ret.

10 — Dommen i sagen Pfeiffer m.fl., præmis 117.

11 — Jf. ligeledes dommen i sagen Pfeiffer m.fl., præmis 114: »Kravet om ensartet fortolkning af national lovgivning er uadskilleligt forbundet med traktatens system, idet traktaten giver den nationale ret mulighed for inden for rammerne af sin kompetence at sikre sig fællesskabsrettens fulde virkning, når den afgør den tvist, der er indbragt for den.«

12 — Hvortil kommer det fjerde spørgsmål i sag C-257/04, der vil blive behandlet sammen med disse spørgsmål.

B — *Årlig betalt ferie i den i artikel 7 i direktiv 93/104 omhandlede forstand*

1. Genstanden for retten til årlig betalt ferie

a) Ordlyden og opbygningen af direktivets artikel 7, stk. 1

46. Direktivets artikel 7, stk. 1, sikrer arbejdstageren en ubetinget ret til en årlig betalt ferie på fire uger. Domstolen har allerede anerkendt denne ret i sin dom af 26. juni 2001 i BECTU-sagen [13], hvor den udtalte dels, at »artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104 pålægger medlemsstaterne en klar og præcis forpligtelse« [14], dels at der er tale om en »individuel[...] ret« [15] for arbejdstageren [16].

47. Ud over denne principielle anerkendelse af en ret indeholder ordlyden af artikel 7, stk. 1, kun få angivelser af den måde, hvorpå

13 — Sag C-173/99, Sml. I, s. 4881.

14 — Præmis 34.

15 — Præmis 35.

16 — Jf. ligeledes præmis 43: »Det fremgår af ovenstående, at hver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie må betragtes som et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning [...]«. Jf. ligeledes dom af 18.3.2004, sag C-342/01, Merino Gómez, Sml. I, s. 2605, præmis 31: »Artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104 [...] skal forstås som ensbetydende med, at den nationale gennemførelsesmåde under alle omstændigheder skal respektere retten til en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed.«

arbejdsgiveren skal opfylde sine forpligtelser i denne retning. Hvad angår »kriterierne for opnåelse og tildeling« henvises der blot til »national lovgivning og/eller praksis«.

48. Det følger ganske vist af ordlyden af direktivets artikel 7, stk. 1, at arbejdstageren har ret til en »reel hviletid« [17], hvorunder han opretholder sin løn [18]. Det er imidlertid ikke præciseret, på grundlag af hvilke principper den tilsvarende ferieperiode skal godtgøres. Under disse betingelser vides det ikke, om feriegodtgørelsen skal følges med den afholdte ferie, eller om den ligeledes kan udbetales på forhånd eller efterfølgende. Det kan endda udledes af henvisningen til national lovgivning og/eller praksis, at direktivet i meget vidt omfang overlader det til medlemsstaterne at udfylde hullerne i denne henseende.

49. Hvad angår opbygningen skal det endvidere anføres, at direktivet ikke indeholder andre bestemmelser, der behandler det pågældende spørgsmål. I øvrigt giver direktivets artikel 15 generelt adgang til at anvende eller indføre nationale bestemmelser, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Artikel 17 præciserer imidlertid, at kun visse af direktivets bestemmelser, der udtømmende er opregnet, kan fraviges af medlemsstaterne eller arbejdsmarkedets parter. Direktivets artikel 7 er dog ikke blandt de bestemmelser, som direktivet udtrykkeligt giver adgang til at fravige, således som Domstolen allerede har fastslået i BECTU-dommen [19].

b) Betydningen af og formålet med den minimale årlige betalte ferie

50. Domstolen har ligeledes allerede i BECTU-dommen [20] haft lejlighed til at interessere sig for *ratio legis* i direktivets artikel 7.

51. Direktivets formål er at fastsætte minimumsforskrifter med henblik på at forbedre arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår ved indbyrdes tilnærmelse af de nationale bestemmelser med hensyn til blandt andet arbejdstidens længde [21]. Domstolen udledte dette dels af direktivets hjemmel — nemlig artikel 138 EF (tidligere EF-traktatens artikel 118 A), der tilsigter den størst mulige beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed — dels ligeledes af ordlyden af første, fjerde, syvende og ottende betragtning til direktivet samt ordlyden af artikel 1, stk. 1.

17 — Jf. Merino Gómez-dommen, præmis 30.

18 — Endvidere bestemmer artikel 7, stk. 2, i direktiv 93/104 klart, at retten til en minimal årlig betalt ferieperiode ikke kan erstattes med en finansiel godtgørelse.

19 — Præmis 41.

20 — Jf. fodnote 13.

21 — BECTU-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 13), præmis 37.

52. Ifølge disse bestemmelser har harmoniseringen på fællesskabsplan af arbejdstidens tilrettelæggelse endvidere til formål at garantere en bedre beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, idet det fastslås, at de bør have minimumshvileperioder og passende pauser [22].

53. For ligeledes effektivt at sikre den bedste beskyttelse af arbejdstagerens sikkerhed og sundhed er det imidlertid nødvendigt, at han konkret får de fastsatte hvileperioder og dermed også årlig ferie [23]. Direktivets artikel 7, stk. 2, udelukker derfor, at den minimale årlige ferie kan erstattes med en finansiel godtgørelse — udover i tilfælde af arbejdsforholdets ophør.

54. For ligeledes effektivt at udøve retten til ferie skal arbejdstageren derfor også være i stand til reelt at afholde den ferie, han har ret til uden at blive forhindret heri af for eksempel bindende praksis. Det er dette formål, som opretholdelsen af lønnen under ferieperioden tjener, det vil sige garantien for en minimal årlig betalt ferie.

22 — Ottende betragtning til direktivet forekommer mig særlig interessant: »For at sikre arbejdstagernes sikkerhed og sundhed i Fællesskabet bør de have minimumshvileperioder — dagligt, ugentligt og årligt — og passende pauser.«

23 — Dom af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389, præmis 70.

55. Det skal således fastslås for så vidt angår retten til en minimal årlig betalt ferie i den i direktivets artikel 7 omhandlede forstand, at det væsentlige ikke er så meget godtgørelsen for de tilsvarende perioder som den effektive mulighed for at afholde den pågældende ferie. Hvad angår retsforhandlingerne i hovedsagen — og de forskellige faktiske situationer, der kendetegner dem — skal det undersøges, i hvilket omfang de omtvistede metoder til godtgørelse af årlig ferie påvirker denne faktiske mulighed for at afholde ferie.

2. I hvilket omfang kan retten til årlig betalt ferie i den i direktivets artikel 7 omhandlede forstand være til hinder for en ordning med »rolled up holiday pay«?

a) Parternes hovedargumenter

i) Bemærkninger fra sagsøgeren i hovedsagen og appellanterne i hovedsagen

56. Robinson-Steele har i sag C-131/04 ikke indgivet bemærkninger til Domstolen.

57. Appellanterne i hovedsagen i sag C-257/04 er af den opfattelse, at direktivets artikel 7 bestemmer, at ferien skal betales i den periode, hvorunder arbejdstageren ville have modtaget løn, hvis han var fortsat med at arbejde. Hvis der ikke udbetales løn i denne periode, er der enten tale om en godtgørelse, der er i strid med direktivets

artikel 7, stk. 2, eller en mekanisme, der hindrer eller begrænser den effektive nydelse af ferien, hvilket derfor er forbudt. Appellanterne er navnlig af den opfattelse, at ordningen med »rolled up holiday pay« forhindrer arbejdstageren i at afholde den årlige ferie. Da arbejdstageren tjener mere ved at arbejde hver uge, tilskyndes han i høj grad til ikke at afholde ferie, navnlig hvis hans løn er beskeden.

58. Nødvendigheden af løbende at spare feriegodtgørelsen op forhindrer endvidere arbejdstageren i at afholde ferie i den første del af året.

59. Det er endvidere lidet sandsynligt, navnlig med beskedne lønninger, at den tildelte ugentlige feriegodtgørelse opspares og ikke forbruges. Det følger heraf, at det er umuligt at afholde ferie, navnlig når beskæftigelsesperioden i det pågældende år endnu ikke er tilstrækkelig lang.

ii) Bemærkninger fra sagsøgte i hovedsagen og de indstævnte i hovedsagen

60. Sagsøgte i hovedsagen, R.D. Retail Services (sag C-131/04), og de indstævnte i hovedsagen, Marshalls Clay Products og Frank Staddon (sag C-257/04), er af den opfattelse, at det ikke er i strid med direktivet at udbetale feriegodtgørelsen i rater samtidig med grundlønnen, eftersom denne samlede betaling er aftalt i kontrakten. Disse parter har anført, at den absolutte og ubetingede ret i direktivets artikel 7 kun omfatter en minimal periode på fire ugers betalt ferie. Hverken artiklens ordlyd eller dens formål kræver imidlertid efter deres opfattelse, at den årlige ferie betales på en bestemt måde eller på et bestemt tidspunkt. »[K]riterier[ne] for opnåelse og tildeling« reguleres i overensstemmelse med direktivets artikel 7, stk. 1, af national ret. Eftersom national ret i praksis ikke er til hinder for en udøvelse af denne ret, er den i overensstemmelse med de fællesskabsretlige krav.

61. Endvidere skal den beskyttelse, som direktivet giver, tage hensyn til behovet for at undgå alle uhensigtsmæssige administrative, finansielle og retlige byrder og tillade en vis smidighed. Hvad angår forskellen mellem retten som sådan og kriterierne for dens udøvelse, der afspejler den balance, som direktivet tilsigter mellem beskyttelsen af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed og behovet for en smidig anvendelse af direktivet, har både sagsøgte og de indstævnte henvist til Domstolens dom i sag C-173/99 og til generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i samme sag.

62. Arbejdstageren er under alle omstændigheder ikke tvunget til at afholde ferie. Han kan altid selv vælge, hvad han laver i den ferie, han har ret til. Han kan i sin ferie for

eksempel frit arbejde for en anden arbejdsgiver, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at udgøre en krænkelse af reglen i direktivets artikel 7. Arbejdstagerne er i øvrigt i stand til at forvalte deres økonomiske ressourcer, således at de tilpasser sig ordningen med løbende udbetaling af feriegodtgørelse.

iii) Indlæg fra Det Forenede Kongeriges regering

63. Det Forenede Kongeriges regering er ligeledes af den opfattelse, at ordningen med løbende udbetaling af feriegodtgørelse er lovlig. Hverken ordlyden af eller formålet med direktivets artikel 7, stk. 1, kræver, at ferien betales på et bestemt tidspunkt. Ordlyden af direktivets artikel 7 — ligesom betragtningerne til direktivet — viser derimod med henvisningen til national lovgivning og forskellig national praksis, at det kan være nødvendigt med en vis smidighed ved iværksættelsen af direktivet. Ordlyden afspejler i øvrigt subsidiaritetsprincippet. Det Forenede Kongeriges regering har ligeledes i denne sammenhæng henvist til forslaget til afgørelse og dommen i sag C-173/99.

64. Regulation 16 gennemfører på passende vis direktivets artikel 7 ved at tildele arbejdstageren den krævede årlige ferie og en godtgørelse for denne periode. Eftersom national lovgivning og praksis ikke gør retten til årlig betalt ferie illusorisk, er kravene i artikel 7 overholdt.

65. Den foreslåede fortolkning har heller ikke ifølge Det Forenede Kongerige den følge, at arbejdstagerne forhindres i at afholde deres årlige ferie. Da en arbejdsgiver ikke ensidigt kan anvende ordningen med »rolled up holiday pay«, eftersom der skal indgås en aftale mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, er en sådan aftale kun sandsynlig, hvis arbejdstageren faktisk modtager betaling, og godtgørelsen beregnes korrekt.

66. En aftale om »rolled up holiday pay« har endvidere den virkning, at arbejdstageren betales forud for sin årlige ferie, når ferien afholdes på et senere tidspunkt i ansættelsesforholdet. Man kan forvente af arbejdstageren, at han sørger for, at betalingen af feriegodtgørelse i rater ikke forhindrer ham i at afholde sin ferie. Den løbende udbetaling af feriegodtgørelse udgør ligeledes både det mest retfærdige og mindst komplicerede middel for midlertidigt ansatte, hvis ansættelsesforhold undertiden afsluttes, inden de har kunnet påberåbe sig nogen ret til ferie eller gøre krav på betaling heraf. Der er derfor ingen grund til, at direktivets artikel 7 kræver, at den årlige ferie skal betales på et bestemt tidspunkt.

67. Hvis endvidere ferien skal betales på det tidspunkt, hvor den afholdes, medfører dette — i modsætning til det, som betragtningerne til direktivet understreger — betydelige administrative vanskeligheder for arbejdsgiverne, navnlig for periodisk eller midlertidigt ansatte. Betalingen af ferie i rater giver her mulighed for at spare beregningen af skyldig daglig feriegodtgørelse i hvert tilfælde af afholdt ferie. Hvis arbejdstageren insisterer på at afholde ferie i en arbejdsperiode, vil det oftest ligeledes medføre vanskeligheder på grund af arbejdets art.

iv) Irlands indlæg

68. Irlands Chief State Solicitor er i sine skriftlige indlæg i sag C-257/04 af den opfattelse, at det følger af ordene »årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed« i direktivets artikel 7, stk. 1, at arbejdstageren skal modtage betaling i denne periode eller umiddelbart forinden. Inden for rammerne af ordningen med løbende betaling af feriegodtgørelse modtager han netop ikke betaling under ferien.

69. Det skal ligeledes på grund af direktivets formål, der er at beskytte arbejdstagernes sundhed og sikkerhed, garanteres, at arbejdstagerne ikke kun har en ret til ferie, men ligeledes faktisk kan afholde ferie. Løbende udbetaling af feriegodtgørelse tilskynder imidlertid ikke til at afholde ferie, da det indebærer, at arbejdstagerne anmodes om at holde ferie uden at modtage betaling i denne periode — mens de, når de arbejder, løbende får betaling hver uge eller hver måned. En sådan ordning er i strid med direktivets formål, der netop er at forhindre, at arbejdstagerne modtager penge i stedet for deres årlige ferie.

v) Kommissionens bemærkninger

70. Med udgangspunkt i, at opretholdelsen af lønnen under den årlige ferie ikke er et formål i sig selv, men et middel til at garantere, at den minimale årlige ferie ligeledes faktisk kan anvendes uden økonomiske begrænsninger, er alle aftaler om feriegodtgørelse forenelige med direktivet, eftersom de sikrer, at arbejdstageren faktisk drager nytte af en årlig ferie af mindst fire ugers varighed, som han modtager betaling for, som om han arbejdede.

71. Da direktivet ikke foreskriver, hvorledes dette formål skal gennemføres, tilkommer det medlemsstaterne at fastsætte vilkårene for feriegodtgørelse. Dette skal imidlertid ikke have den følge, at den grundlæggende ret til årlig ferie skades.

72. I det omfang feriegodtgørelsen inden for rammerne af ordningen med løbende udbetaling af feriegodtgørelse sammen med timelønnen betales uafhængig af, om arbejdstageren afholder den tilsvarende ferie, og uden foranstaltninger, der gør det muligt at sikre, at arbejdstageren faktisk afholder sine fire ugers ferie, må det fastslås, at det grundlæggende krav om, at der skal garanteres mindst fire ugers årlig ferie, ikke er overholdt, hvilket er en krænkelse af direktivets ordlyd og formål.

73. Den løbende udbetaling af feriegodtgørelse kan navnlig hindre arbejdstagerne i at afholde ferie. Herudover kan en sådan ordning give anledning til misbrug fra de arbejdsgivere, der ikke ønsker, at deres ansatte faktisk afholder ferie.

74. Kommissionen anser derfor ordningen med »rolled up holiday pay« for uforenelig med direktivets artikel 7, i det omfang den ikke ligeledes garanterer, at ferien af mindst fire ugers varighed faktisk kan afholdes.

b) Retlig bedømmelse

75. I lyset af det væsentlige normative indhold af direktivets artikel 7, som jeg ovenfor har redegjort for [24], forekommer den løbende udbetaling af feriegodtgørelse — således som det bestemmes i f.eks. de omtvistede aftaler i hovedsagen — under alle omstændigheder kun forenelig med direktivets formål på den betingelse, at den aftale, der fastsætter denne løbende udbetaling, garanterer, at arbejdstageren ligeledes faktisk kan afholde den ferie, han har ret til. Hvad angår spørgsmålet, om en vis aftale, som de i denne sag omhandlede vedrørende »rolled up holiday pay«, er til hinder for, at arbejdstageren faktisk kan afholde sin årlige betalte ferie, kan det kun besvares endeligt af den nationale ret i betragtning af alle de forhold, der foreligger i sagen, navnlig alle aftaledokumenterne.

76. Det er derfor kun på et generelt plan, at jeg kan undersøge, i hvilket omfang de her omtvistede regler kan være problematiske for udøvelsen af den ret, der er garanteret ved direktivets artikel 7, eller om en eventuel tilsidesættelse af den ret, der gives i direktivets artikel 7, kan være berettiget af smidighedshensyn.

i) Er »rolled up holiday pay« til hinder for, at arbejdstageren afholder sin årlige betalte ferie?

77. Selv i en ordning, der fastsætter løbende udbetaling af feriegodtgørelse, kan arbejds-

24 — Jf. ovenfor, punkt 46 ff.

tagerne i princippet frit afholde deres ferie. Man kan imidlertid spørge, om den minimale feriegodtgørelse for hele ansættelsesperioden ikke i praksis har den bindende virkning, at arbejdstagerne ikke udøver deres ret til ferie. Dette er imidlertid ikke i overensstemmelse med direktivets formål, som er effektivt at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Således som Domstolen allerede har fastslået for hvileperioder, skal de med direktivet garanterede hvileperioder i videst muligt omfang hindre enhver forringelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, som kontinuerlige arbejdsperioder uden nødvendig hvile kan indebære [25].

78. Det Forenede Kongeriges regering er for det første generelt af den opfattelse — og ikke uden grund — at arbejdstagerne sædvanligvis er i stand til at forvalte deres finanser således, at den del af deres løn, der svarer til feriegodtgørelsen, er til deres rådighed på det tidspunkt, de afholder ferie. Denne formodning hviler imidlertid på forudsætninger, der forekommer mig at være i det mindste diskutable i denne sag. Det skal bemærkes, at arbejdstagere med beskedne lønninger, hvilket arbejdstagere under ordninger med midlertidigt arbejde eller skifteholdsarbejde generelt er, har ikke den samme frihed til at råde over deres ressourcer på samme måde som andre: de er nemlig hovedparten af tiden tvunget til at anvende den største del, hvis ikke det hele, af deres løn til almindelige leveomkostninger, således at det forekommer uundgåeligt, at feriegodtgørelsen risikerer at blive anvendt til andet formål. På samme måde er der netop for sådanne arbejdstagere med beskedne indtægter mulighed for, at de ved at arbejde mere også tjener mere, hvilket kraftigt tilskynder dem til ikke at afholde ferie. Ved at fortsætte med at arbejde i stedet for at afholde ferie fortsætter de nemlig ikke blot med at oppebære løn i ferieperioden, men de modtager ligeledes for den yderligere arbejdsperiode deres sædvanlige løn, selv om denne periode (fire uger om året) allerede er blevet betalt gennem de feriegodtgørelser, der løbende er blevet udbetalt sammen med lønnen. Uafhængigt heraf skal man ligeledes have in mente, at den af Det Forenede Kongeriges regering forudsatte mulighed for personlig forudseenhed i forvaltningen af ferie under alle omstændigheder forudsætter, at arbejdstageren er oplyst om den del af hans løn, der skal anvendes til at finansiere hans ferie. For at give mulighed for denne forudsigende økonomiske forvaltning af ferie er det med andre ord nødvendigt med en gennemsigtig aftale om »rolled up holiday pay« [26].

79. Der er imidlertid også andre årsager til at tvivle på gyldigheden af aftaler om løbende udbetaling af feriegodtgørelse henset til formålene med direktivets artikel 7, stk. 1. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at beskyttelsen af arbejdstagerens sikkerhed og sundhed ikke udelukkende sker i hans egen interesse, men ligeledes er af almen interesse, hvorfor det ikke alene er arbejdstagerens ansvar at sørge for at identificere og anvende den godtgørelse, der udbetales i medfør af hans ret til ferie, når godtgørelsen ikke altid er angivet som sådan. Arbejdstageren er

25 — Jaeger-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 23), præmis 92.

26 — Vedrørende dette krav om gennemsigtighed, jf. ligeledes nedenfor min drøftelse vedrørende det andet spørgsmål i sag C-257/04, punkt 101 ff.

bestemt ikke forpligtet til at afholde sin ferie eller at anvende den til at hvile sig. Med henblik på en fortolkning, der er tilpasset direktivets formål, bør det imidlertid næppe være muligt at godkende aftaler, der kan tilskynde til at arbejde uden afbrydelse, hvorved der gives afkald på den minimale ferie[27]. Den skadelige virkning, som aftalerne om løbende udbetaling af feriegodtgørelse har på direktivets formål, anerkendes ligeledes af Det Forenede Kongerige, når det gør gældende, at der er praktiske vanskeligheder, hvis en midlertidig arbejdstager insisterer på at afholde den ferie, han har ret til, i en arbejdsperiode — og ikke ved afslutningen af hans opgave.

80. Det følger, i lyset af formålet med retten til minimal årlig betalt ferie, heraf, at aftaler om løbende udbetaling af feriegodtgørelse på grundlag af en direktivkonform fortolkning af de nationale bestemmelser til gennemførelse af direktivet kun kan være gyldige, hvis arbejdstageren i øvrigt er garanteret muligheden for at afholde den minimale årlige ferie.

ii) Undersøgelse af »kravet om smidighed«

81. Direktivet bestemmer selv i syttende betragtning, at »af hensyn til de spørgsmål, som kan opstå i forbindelse med tilrettelæggelsen af arbejdstiden i virksomhederne, synes det hensigtsmæssigt at give mulighed for at anvende visse bestemmelser i nærværende direktiv med en vis smidighed, idet det sikres, at principperne om beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed følges«.

82. Der skal her endnu en gang erindres om vigtigheden af retten til årlig betalt ferie, der er indskrevet i punkt 8 og 19 i fællesskabspagten om grundlæggende sociale rettigheder af 9. december 1989, der er citeret i fjerde betragtning til direktivet. Ifølge Domstolens praksis udgør denne ret et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning[28]. Da direktivet derfor ikke fastsætter en undtagelse til denne ret[29], skal selv en simpel krænkelse hvile på vægtige grunde.

27 — I modsætning til synspunktet hos de indstævnte i hovedsagen og den nederlandske regerings mundtlige argumentation, der sandsynligvis var med tanke på en anden verserende sag (C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging mod Nederlandene), vedrører de foreliggende sager udelukkende spørgsmålet om en fællesskabskonform fortolkning af national ret — og ikke spørgsmålet om, hvorvidt en korrekt gennemførelse af direktiv 93/104 burde indeholde en pligt for arbejdstageren til at afholde ferie — i givet fald for at hvile sig. Den fællesskabsretlige problematik med løbende udbetaling af feriegodtgørelse er ikke, at arbejdstageren ikke er forpligtet til faktisk at afholde sin ferie, men at han økonomisk tilskyndes til ikke at gøre sin ret til hvile i henhold til diektivets artikel 7, stk. 1, gældende.

28 — BECTU-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 13), præmis 43, og Merino Gomez-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 16), præmis 29.

29 — Jf. i denne henseende direktivets artikel 17 og 18.

83. Den blotte nedbringelse af administrative udgifter kan under ingen omstændigheder udgøre et tilstrækkeligt grundlag, fordi det er en begrundelse, der hviler på økonomiske hensyn. Det følger imidlertid af femte betragtning til direktivet, at forbedringen af arbejdstagernes sikkerhedsmæssige, hygiejnemæssige og sundhedsmæssige vilkår under arbejdet er et mål, der ikke bør underordnes rent økonomiske hensyn [30]. Herudover har direktivet allerede skullet tage højde for de virkninger, som bestemmelserne om arbejdstid kan have på små og mellemstore virksomheder, i det omfang EF-traktatens artikel 118 A (efter ændring nu artikel 138 EF), der udgør hjemmelen, giver mulighed for at vedtage foranstaltninger på betingelse af, at de blandt andet ikke må hæmme oprettelsen eller udviklingen af sådanne virksomheder [31].

84. Man kan ikke desto mindre spørge, om de omtvistede aftaler under visse betingelser kunne tillades af andre vægtige praktiske årsager. For at bedømme disse årsager er det imidlertid nødvendigt at sondre mellem de i hovedsagerne omhandlede to former for tilrettelæggelse af arbejdstiden, nemlig skifteholdsarbejde og midlertidigt arbejde.

— Arbejdstageres skifteholdsarbejde af ubestemt varighed

85. Skifteholdsarbejde er et fast ansættelsesforhold [32]. Det er derfor i dette tilfælde ligeledes muligt at forudsige varigheden af den ferie, som arbejdstageren kan drage nytte af. Det beløb, der skal udbetales, er ligeledes fastsat. På baggrund af denne regelmæssighed — i tvisten i hovedsagen fire dages arbejde, fire dages hvile — ser jeg derfor ikke umiddelbart noget behov for at fravige princippet om opretholdelse af lønnen under ferie.

86. Hvad angår sagen Caulfield m.fl. mod Marshalls Clay skal man imidlertid ligeledes have in mente, at den løbende udbetaling af feriegodtgørelse i henhold til aftale ledsages af en fastlæggelse af ferien — ligeledes omtvistet — hvorefter ferie kun kan afholdes ved at sammenlægge hvileperioder. Det er korrekt, at hvileperioder og ferieperioder tjener direktivets formål om beskyttelse af arbejdstageres sikkerhed og sundhed, men de adskiller sig fra hinanden på den måde, at hvileperioderne er begrundet i en vis regulering af arbejdstiden, således at de er uden betydning for retten til minimal årlig betalt ferie i direktivets artikel 7, stk. 1. Den omtvistede aftale om arbejdsvilkår synes ikke klart at sondre mellem hvileperioder og ferieperioder.

30 — Jf. i denne retning allerede BECTU-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 13), præmis 59, og Jaeger-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 23), præmis 67.

31 — BECTU-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 13), præmis 60, der henviser til dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 44.

32 — Drøftelsen i punkt 85-87 vedrører derfor ikke en midlertidigt ansats skifteholdsarbejde, således som det er tilfældet i sag C-131/04.

87. Hvis arbejdsgiveren imidlertid er i stand til at fastslå, at de forudsatte hvileperioder — i overensstemmelse med aftalen — beregnes således, at de ligeledes sammenlægger en del af ferieperioden, hvorved der kan afholdes en længere ferie ved at bytte hold, forekommer den (yderligere) aftale om løbende udbetaling af feriegodtgørelse ikke længere problematisk, idet arbejdstagerens reelle mulighed for at afholde den minimale årlige ferie — med forbehold for den nationale rets undersøgelse af de andre omstændigheder i sagen — forekommer at være intakt.

— Midlertidigt arbejde

88. I tilfælde af midlertidigt arbejde er det derimod ofte ikke muligt at forudsige de perioder, hvor arbejdstageren faktisk arbejder for den pågældende arbejdsgiver. Overgangen fra arbejdsperioder til ikke-arbejdsperioder ligner derfor arbejdsforholdets ophør. I tilfælde af arbejdsforholdets ophør giver direktivets artikel 7, stk. 2, dog netop mulighed for en finansiel godtgørelse for retten til ferie. Det forekommer imidlertid mere rationelt at fastsætte en fortsat udbetaling i rater end at beregne den opnåede ret til ferie ved afslutningen af hver arbejdsperiode, således at arbejdsgiveren systematisk udligner en del af den ret til årlig betalt ferie, som den midlertidigt ansatte har optjent i det år, han har arbejdet[33]. Man skal dog ikke glemme, at de midlertidigt ansatte på arbejdsmarkedet har en til sammenligning mere usikker status. Hvis princippet i direktivets artikel 7, stk. 2, om forbud mod finansiel godtgørelse for retten til ferie fraviges, svækkes deres stilling yderligere, hvilket — uden modydelse — forekommer vanskeligt foreneligt med direktivets formål.

89. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål i sag C-131/04 og det første og fjerde præjudicielle spørgsmål i sag C-257/04 besvares med, at det tilkommer den nationale ret, når den undersøger individuelle eller kollektive aftaler om løbende udbetaling af feriegodtgørelse at efterprøve, i hvilket omfang arbejdstagerne faktisk har mulighed for reelt at drage nytte af den minimale årlige betalte ferie, de har ret til. En sådan mulighed er generelt udelukket, når aftalen begrænser sig til at fastslå, at den minimale årlige betalte ferie betales på samme tidspunkt, som grundlønnen udbetales, uden at der — eventuelt i en anden

33 — I forskellige medlemsstater er dette problem blevet løst ved oprettelse af ferie- eller lønudligningskasser. I den belgiske og franske ordning med Caisses de congés payés betaler arbejdsgiveren bidrag til den kompetente kasse, der herefter sikrer udbetaling af feriegodtgørelse, således at arbejdsgiveren kun betaler den del af feriegodtgørelsen, som arbejdstageren har optjent i arbejdsgiverens virksomhed, mens arbejdstageren modtager feriegodtgørelse på ferietidspunktet. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft i Tyskland (ferie- og lønudligningskasse for byggeindustrien) fungerer på lignende vis, idet retten til udbetaling af feriegodtgørelse primært er rettet mod arbejdsgiveren.

aftale — fastsættes de vilkår, hvorunder selve ferien kan afholdes.

C — Det andet og tredje spørgsmål i sag C-257/04 og det andet spørgsmål i sag C-131/04

90. I det tilfælde, hvor aftalen om »rolled up holiday pay« i princippet er tilladt, ønsker den forelæggende ret med det andet spørgsmål i sag C-257/04 oplyst, om direktivets artikel 7 er til hinder herfor, såfremt niveauet for arbejdstagerens godtgørelse er identisk før og efter aftalens ikrafttræden, således at aftalen ikke resulterer i en højere løn, men snarere at en del af den løn, der udbetales arbejdstageren, udgør feriegodtgørelse.

91. I det tilfælde, hvor de omtvistede aftaler, der fastsætter løbende udbetaling af feriegodtgørelse, ikke kan tillades, ønsker den forelæggende ret med det andet spørgsmål i sag C-131/04 og det tredje spørgsmål i sag C-257/04 i det væsentlige oplyst, om beløb, der allerede er udbetalt i overensstemmelse med de omtvistede aftaler, kan godskrives den ret til feriegodtgørelse, der er fastsat i direktivets artikel 7.

1. Behovet for feriegodtgørelse i tillæg til den løn, arbejdstageren får udbetalt

a) Parternes hovedargumenter

92. M.J. Clarke er som appellant i en af tvisterne i hovedsagen i sag C-257/04 af den opfattelse, at den regel, der var i kraft før august 2001, var uforenelig med direktivet, da feriegodtgørelsen, det vil sige den del af lønnen, der udgjorde denne godtgørelse, ikke kunne fastlægges. I det omfang indstævnte, Frank Staddon, først efter indgåelsen af den omtvistede aftale om løbende udbetaling af feriegodtgørelse særskilt på lønsedlen anførte den del af lønnen, der svarede til feriegodtgørelsen, hvilket imidlertid ikke medførte en lønstigning, svarer den udtrykkelige angivelse faktisk til en nedsættelse af timelønnen.

93. Indstævnte, Frank Staddon, der er den eneste, som er direkte berørt af dette spørgsmål i sagen, er ikke fremkommet med bemærkninger herom.

94. Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at det tilkommer de nationale retter at fastslå, om den omstændighed, at

godtgørelsens beløb før og efter indførelsen af den særskilte angivelse af feriegodtgørelse er forblevet det samme, udgør en indikation af, at arbejdstageren reelt ikke modtager nogen feriegodtgørelse.

95. Efter Kommissionens opfattelse skal feriegodtgørelsen inden for rammerne af ordningen med løbende udbetaling af feriegodtgørelse faktisk tillægges den sædvanlige timesats (dvs. før aftalen) i form af en vis procent eller et vist beløb.

96. Irland er af den opfattelse, at det ikke er nødvendigt at behandle dette spørgsmål, da ordningen med løbende udbetaling af feriegodtgørelse under alle omstændigheder er uforenelig med fællesskabsretten.

b) Retlig bedømmelse

97. Det skal indledningsvist bemærkes, at den forelæggende ret i spørgsmålet ikke udtrykkeligt har henvist til det tidspunkt, hvor den særskilte angivelse af feriegodtgørelsen blev indført, men snarere til ikrafttrædelsen af aftalen om løbende udbetaling af feriegodtgørelse.

98. Med henblik på at opfylde formålet om at give arbejdstageren mulighed for at afholde ferie og at tilskynde ham hertil skal anvendelsen af direktivets artikel 7 faktisk føre til, at feriegodtgørelsen udbetales oveni den løn, der udbetales for arbejdstiden. Denne yderligere udbetaling kan i princippet sikres i form af yderligere enhedsbetalinger, der tiltænkes som betaling for hele feriegodtgørelsen eller er af en sådan art, at det tilsvarende beløb tillægges time-, dags- eller ugelønnen. I dette sidstnævnte tilfælde skal den løn, der udbetales efter ikrafttrædelsen af aftalen om »rolled up holiday pay« — og fortsat på betingelse af, at man faktisk kan anse aftalen for overensstemmende med direktivets artikel 7, stk. 1 — være højere.

99. Da det beløb, som arbejdstageren har fået udbetalt før og efter den bindende aftales ikrafttræden, er forblevet det samme, er den eneste ændring, der følger af aftalen, at en del af den udbetalte løn udgør retten til ferie. Det er således åbenbart, at arbejdsgiveren efter aftalens ikrafttrædelse kun tilsyneladende har overholdt retten til betalt ferie. Formålet med at garantere en minimal betalt ferie er således reduceret til ingenting. Arbejdstageren råder netop ikke over den godtgørelse, der giver ham mulighed for faktisk at anvende ferien som fritid.

100. I retsforhandlingerne i sagen Clarke mod Staddon, der er en del af sag C-257/04, bestemte ansættelseskontrakten dog allerede,

at lønnen omfattede feriegodtgørelse. Den nøjagtige andel blev fastsat efterfølgende ved en senere aftale. I et sådant tilfælde er risikoen for, at feriegodtgørelsen kun er fiktion, ikke så stor, idet den omtvistede godtgørelse har været omfattet siden den første aftale, men først blev særskilt angivet fra tidspunktet for den anden aftale.

101. Problemet er imidlertid i denne sag et problem om gennemsigtighed. Hvis arbejdstageren ikke er i stand til at identificere, hvilket beløb af hans løn der skal dække almindelige leveomkostninger, og hvilken del der skal anvendes til udøvelse af retten til ferie, vil det være vanskeligt, især for den arbejdstager, hvis løn er beskeden, faktisk at spare dette — ikke-identificerbare — beløb op til den minimale årlige ferie. Dette gælder så meget desto mere, således som det fremgår af retsforhandlingerne i sagen Caulfield m.fl. mod Marshalls Clay, der ligeledes er en del af sag C-257/04, når den timesats, der er forhøjet med feriegodtgørelsen, tjener som grundlag for beregningen af yderligere timer. Denne løn udgør for arbejdstageren hans samlede løn for arbejdet og ikke (ligeledes) hans feriegodtgørelse.

102. Denne gennemsigtighed — og den bevidsthed, den medfører[34] — mangler åbenbart ligeledes, når ansættelseskontrakten ikke giver mulighed for at vide, at feriegodtgørelsen udbetales løbende sammen med lønnen. Situationen ser for arbejdstageren ud som om, at han kun har ret til ubetalt ferie.

2. Spørgsmålet om hensyntagen til allerede udbetalte beløb

a) Parternes hovedargumenter

103. Appellanterne i hovedsagen i sag C-257/04 er af den opfattelse, at det er i strid med retten til årlig betalt ferie i henhold til direktivets artikel 7 at tage hensyn til beløb, der allerede er udbetalt i henhold til en aftale om »rolled up holiday pay« og modregne dem i appellanternes ret til årlig betalt ferie.

104. De indstævnte i hovedsagen i denne sag er derimod af den opfattelse, at selv hvis en aftale om løbende udbetaling af feriegodtgørelse var i strid med direktivets artikel 7, skal allerede udbetalte beløb godskrives. Hvis dette ikke var tilfældet, skulle arbejdsgiveren udbetale feriegodtgørelse to gange.

34 — Jf. herom ovenfor, punkt 78.

105. Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at intet kan begrunde, at der ikke tages hensyn til den del af den udbetalte godtgørelse, der svarer til ferien, eftersom den faktisk er blevet udbetalt oveni lønnen. Arbejdstageren havde kun ret til dette beløb på grund af hans ret til ferie, og aftaleparterne tilsigtede ligeledes, at beløbet udgjorde feriegodtgørelse.

106. Kommissionen er ligeledes af den opfattelse, at hverken ordlyden af eller formålet med artikel 7, stk. 2, er til hinder for en sådan hensyntagen til allerede udbetalte beløb, eftersom den allerede gennemførte betaling, der var omfattet af lønnen, faktisk blev udbetalt oveni grundlønnen. Artikel 7, stk. 2, fremhæver blot vigtigheden af den faktiske udøvelse af den garanterede årlige ferie.

107. Den irske regering er derimod af den opfattelse, at retten til årlig betalt ferie i henhold til artikel 7 ikke overholdes, hvis der tages hensyn til allerede udbetalte beløb.

b) Retlig bedømmelse

108. Også ved besvarelsen af dette spørgsmål skal man henholde sig til formålet med direktivets artikel 7. Formålet med at give lønmodtageren en effektiv mulighed for at drage nytte af en minimal årlig ferie [35] kan ikke opfyldes efterfølgende, det vil sige på det tidspunkt, hvor arbejdstageren gør krav på betaling for ferien, da det pågældende år efter al sandsynlighed er forløbet. Hvis arbejdsgiveren efterfølgende bliver dømt til (atter) at udbetale feriegodtgørelse uden at kunne godskrive de allerede udbetalte beløb, vil der derfor udelukkende være tale om en sanktion.

109. Det kan imidlertid af hensyn til den effektive retsbeskyttelse være nødvendigt ikke at anse den betaling i rater, der har fundet sted, for den krævede feriegodtgørelse i henhold til direktivets artikel 7 i det tilfælde, hvor arbejdsgiveren har valgt en ordning, der ikke i tilstrækkelig grad opfylder kravet om gennemsigtighed [36], ud fra synspunktet om at garantere retten til minimal ferie. Risikoen for, at arbejdsgiveren skal betale to gange, kan nemlig således afholde ham fra overhovedet at indføre ulovlige aftaler. Herimod taler dog, at arbejdstageren således bliver økonomisk tilskyndet til ikke at afholde den minimale ferie, han har ret til.

110. Under forudsætning af, at betingelsen om den nødvendige gennemsigtighed overholdes, er der derfor fortsat intet, der gør det muligt at konkludere, at direktivets artikel 7 er til hinder for en hensyntagen til beløb, der allerede er udbetalt i henhold til en aftale om løbende udbetaling af feriegodtgørelse.

35 — Jf. ovenfor, punkt 55.

36 — Jf. ovenfor, punkt 101 ff.

V — Forslag til afgørelse

111. På baggrund af ovenstående betragtning foreslår jeg, at de spørgsmål, der er forelagt Domstolen, besvares således:

»1) Det tilkommer den nationale ret, når den undersøger individuelle eller kollektive aftaler om løbende udbetaling af feriegodtgørelse i forhold til bestemmelser til gennemførelse af artikel 7 i Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden at efterprøve, i hvilket omfang arbejdstagerne faktisk har mulighed for reelt at drage nytte af den minimale årlige ferie, de har ret til i henhold til artikel 7. En sådan mulighed er generelt udelukket, når aftalen begrænser sig til at fastslå, at den minimale årlige betalte ferie betales på samme tidspunkt, som grundlønnen udbetales, uden at der — eventuelt i en anden aftale — fastsættes de vilkår, hvorunder selve ferien kan afholdes.

Under alle omstændigheder opfylder en sådan aftale ikke kravene i artikel 7 i direktiv 93/104/EF, hvis den nøjagtige andel af lønnen, der svarer til feriegodtgørelsen, ikke er angivet på gennemsigtig vis, eller hvis en sådan angivelse først er indført efter, at den samlede løn i sig selv er steget.

2) Selv hvis en aftale om løbende udbetaling af feriegodtgørelse ikke garanterer arbejdstagerens faktiske mulighed for at drage nytte af den ferie, han har ret til, hvilket indebærer en krænkelse af artikel 7 i direktiv 93/104/EF, udelukker artikel 7 i direktiv 93/104/EF ikke, at beløb, med hensyn til hvilke det er fastslået, at de er blevet udbetalt, og som således klart kan identificeres af arbejdstageren som feriegodtgørelse, modregnes i arbejdstagerens eventuelle krav.«