FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 27 oktober 2005 [1]

I — Inledning

1. Förevarande mål avser en begäran om domstolens tolkning av rådets direktiv 93/104/EG. [2] De hänskjutande domstolarna önskar i huvudsak få veta i vilken mån en nationell bestämmelse,

— enligt vilken det är tillåtet att inräkna lön för årlig semester i en arbetstagares lön ävensom att betala denna som en del av lönen för den utförda arbetstiden, och

— som därmed tillåter att ersättning med avseende på en semesterperiod som arbetstagaren faktiskt tagit ut inte utbetalas ("rolled up holiday pay"),

är förenlig med nämnda bestämmelse.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om vissa aspekter rörande arbetstidens förläggning (EGT L 307, s. 18) (nedan kallat direktivet).

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

2. Artikel 7 i direktiv 93/104 om vissa aspekter i samband med arbetstidens förläggning stadgar 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 årligen betalda semestern får inte bytas ut mot kontant ersättning utom då anställningen avslutas."

B — *Nationell lagstiftning*

3. Förenade kungariket har införlivat direktiv 93/104/EG genom Working Time Regulations 1998.

4. I regulation 13 föreskrivs följande:

"(1) ... [en] arbetstagare [har] rätt till fyra veckors årlig semester.

...

(9) Den semester som en arbetstagare är berättigad till enligt denna regulation kan delas upp, men –

(a) kan tas ut endast under det semesterår under vilket den har intjänats, och

(b) får inte bytas ut mot kontant ersättning, utom då anställningen avslutas."

5. I regulation 16 stadgas följande:

"(1) En arbetstagare har rätt till betalning för varje period av den årliga semester som han har rätt till enligt regulation 13, motsvarande en veckolön för varje semestervecka.

...

(4) En rätt till betalning enligt punkt 1 påverkar inte eventuell rätt till ersättning som en arbetstagare har enligt sitt anställningsavtal ('avtalsenlig ersättning').

(5) Varje avtalsenlig ersättning som utbetalas till en arbetstagare för en semesterperiod befriar arbetsgivaren från dennes betalningsskyldighet enligt dessa regulations för den aktuella perioden. Omvänt gäller att varje löneutbetalning för en period som sker enligt dessa regulations fritar arbetsgivaren från skyldigheten att betala den avtalsenliga ersättningen för denna period."

6. Av regulation 35 framgår följande:

"(1) Varje bestämmelse i ett avtal (oavsett om det rör sig om ett anställningsavtal eller ej) är ogiltig om den är avsedd att

i) (a) utesluta eller att begränsa verkan av någon bestämmelse i dessa regulations, såvida det inte i denna förordning föreskrivs att ett avtal har sådan verkan ..."

8. C.D. Robinson-Steele var med stöd av olika avtalsvillkor anställd från den 19 april 2002 till den 19 december 2003 hos R.D. Retail Services — senast åtminstone som visstidsanställd arbetstagare. I det anställningsavtal som gällde från den 29 juni 2003 föreskrevs särskilt att rätt till betald semester uppkommer i proportion till den tid, under vilken den visstidsanställde arbetstagaren fortlöpande arbetat enligt anvisning under motsvarande år (semesteråret). Vidare innehöll avtalet den visstidsanställde arbetstagarens samtycke till att intjänad semesterlön skulle utbetalas tillsammans med den visstidsanställde arbetstagarens timlön som ett tillägg med 8,33 procent av denna timlön.

III — Omständigheterna i målet, förfarandet vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

9. Enligt uppgift från den hänskjutande domstolen motsvarar en semesterlön på 8,33 procent matematiskt precis beloppet för en veckolön, efter det att arbetstagaren fortlöpande arbetat tre månader enligt ett alternerande dag- och nattskiftssystem.

A — *Mål C-131/04 (Robinson-Steele)*

1. Omständigheter i målet

7. Till grund för mål C-131/04 ligger i målet vid den nationella domstolen en rättstvist mellan C.D. Robinson-Steele i egenskap av arbetstagare och R.D. Retail Services Ltd i egenskap av hans arbetsgivare.

10. C.D. Robinson-Steele uppbar veckolön. På lönebeskedet angavs följande: "Lönen inkluderar ersättning vid ledighet och sjukdom." Lönebeskedet innehöll inte någon separat uppgift om vilken del av lönen som utgjorde årlig semesterlön.

2. Förfarandet vid den nationella domstolen

11. C.D. Robinson-Steele (nedan kallad klaganden i målet vid den nationella domstolen) väckte den 14 januari 2004 talan vid Employment Tribunal Leeds. Härvid gjorde han i huvudsak gällande att han hade varit anställd hos R. D. Retail Services (nedan kallat svaranden i målet vid den nationella domstolen), varvid han fått betalt endast för "intjänad" semesterlön ("rolled up holiday pay"). Därigenom hade han inte kunnat ta någon semester, eftersom den ifrågavarande ersättningen inte hade utbetalats omedelbart före, efter eller under semestern.

12. Den hänskjutande domstolen har funnit det vara nödvändigt att tolka artikel 7 i direktivet, eftersom den engelska Employment Appeal Tribunal, vars avgörande den hänskjutande domstolen är bunden av, har beslutat att ett privaträttsligt avtal om "rolled up holiday pay", i vilket anges ett visst belopp eller procenttal som tillägg till grundlönen, är lagligen giltigt [3] — i synnerhet enligt nämnda regulations — och även Inner House of the Court of Session i Skottland har ogiltigförklarat ett motsvarande avtal, enligt vilket semesterersättningen inräknas i en annan betalning, som inte sammanhänger med att semestern faktiskt tas ut. [4]

13. Employment Tribunal Leeds begärde genom beslut av den 9 mars 2004 att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

"1) Är det förenligt med artikel 7 i rådets direktiv 93/104/EG att tillämpa nationella bestämmelser enligt vilka det är tillåtet att inräkna lön för årlig semester i en arbetstagares timlön och att betala den som en del av lön för utförd arbetstid men inte med avseende på den semesterperiod som arbetstagaren faktiskt tagit ut?

2) Är den nationella domstolen förhindrad enligt artikel 7.2 att låta en arbetsgivare tillgodoräkna sig sådana utbetalningar då domstolen inom ramen för sin behörighet enligt nationell lagstiftning söker ge sökanden ett effektivt rättsligt skydd?"

B — *Mål C-257/04*

14. Till grund för mål C-257/04 ligger två mål som anhängiggjorts vid Court of Appeal (England & Wales) och där förenats.

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

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

1. Målet Caulfield m.fl. mot Marshalls Clay Products Ltd

a) Omständigheter i målet

15. För att garantera en oavbruten drift finns vid Marshalls Clay Products Ltd ett skiftarbetssystem, som är så utformat att varje arbetstagare arbetar fyra dagar och därefter har rätt till fyra arbetsfria dagar.

16. Detta arbetsschema krävde emellertid särskilda lösningar för arbetstagarnas semestrar. I juli 1984 slöts ett arbetsavtal mellan Marshalls Clay Products och en fackförening. Detta avtal utgjorde en del av varje arbetstagares anställningsavtal och innehöll följande bestämmelse:

"3. Semester

Semesterlön ingår i timlönen, och semesterlön ackumuleras således inte. Semesterdagar tas ut under perioder då vilodagar infaller inom rotationssystemet. För att förlänga ledighetsperioderna har varje anställd rätt till

två perioder om åtta dagar i följd

och en period om 16 dagar i följd ..."

17. För att fastställa storleken av semesterersättningen [5] finns ytterligare ett avtal som slöts i maj 1984 mellan Marshalls Clay Products och en fackförening. I detta avtal föreskrivs bland annat följande:

"För närvarande har de anställda vid fabriken i Accrington rätt till 31 dagars semesterlön per år (avseende 29 dagars semester). Som andel av resterande arbetade dagar (232) utgör detta 13,36 procent. Timlönen inkluderar semesterlön med 13,36 procent."

5 — I fortsättningen betecknas det belopp som tjänar som ersättning under semesterperioderna som "semesterlön" — utan att man härigenom vill antyda att krav på semester hade utbetalats genom en kontant ersättning i strid mot artikel 7.2 i direktivet.

18. Den del av ersättningen som utgjorde inräknad semesterersättning redovisades visserligen vare sig i anställningsavtalet eller på lönebeskedet. Avtalen innehöll emellertid en hänvisning till samtliga överenskommelser mellan arbetsgivare och fackförening.

19. Den hänskjutande domstolen har hänvisat till att inarbetad semester skall tas ut under viloperioden. De anställda kan utan skyldighet därtill ta ut två perioder om åtta dagar i följd eller en period om 16 dagar i följd, men endast genom sammanläggning av sina vilodagar och genom att de övertar skiften för andra arbetskamrater genom överenskommelse om att byta arbetstider.

20. Genom att fullgöra de enligt skiftsystemet erforderliga 182 arbetsdagarna per år erhåller varje arbetstagare semesterersättning för 24,32 dagar: Av varje timlön på 7,515 GBP som betalas per arbetad timme erhålls 6,629 GBP för den faktiskt fullgjorda arbetstiden, och 0,886 GBP utgör påslaget avseende semesterlön.

21. De anställda får alltså till följd härav betalt endast för de fyra dagar som de arbetar men inte för de fyra dagar som de inte arbetar. Den timlön de erhåller höjs på så sätt att den inkluderar semesterlönen. Timtaxan tillämpas också för övertid varför de anställda erhåller påslag på såväl grundlön som semesterlön vid övertidsarbete.

b) Förfarandet vid den nationella domstolen

22. Genom ansökan av den 3 september 2001 väckte J.C. Caulfield, C.F. Caulfield och K.V. Barnes (nedan kallade klagandena i målet Caulfield) talan vid Manchester Employment Tribunal med yrkande att Marshalls Clay Products Ltd (nedan kallad svaranden) skulle förpliktas att utbetala semesterlön för tiden den 1 oktober 1998 till den 3 september 2001.

23. Genom beslut av den 12 december 2002 biföll Manchester Employment Tribunal de tre klagandenas talan och förordnade att ersättningen skulle fastställas vid en senare tidpunkt.

24. Svaranden överklagade detta beslut till Employment Appeal Tribunal.

25. Employment Appeal Tribunal biföll den 25 juli 2003 svarandens talan.

2. Målet Clarke mot Frank Staddon Ltd

a) Omständigheter i målet

26. Enligt uppgift från den hänskjutande domstolen arbetade M.J. Clark (nedan kallad klaganden i målet vid den nationella domstolen) under tiden den 2 april till den 23 juni 2001 för Frank Staddon Ltd (nedan kallat svaranden) på grund av ett underleverantörsavtal (*construction industry scheme*) under sken av att vara egenföretagare. Det är likväl ostridigt att klaganden i målet vid den nationella domstolen åtnjuter de rättigheter som tillerkänns genom direktivet och Working Time Regulations 1998.

27. Under tiden den 24 juni till den 24 juli 2001 hade klaganden i målet vid den nationella domstolen oavlönad semester.

28. I anställningsavtalet för klaganden vid den nationella domstolen anges följande:

"All lön avseende semesterdagar och allmänna helgdagar är inräknad i dagslönen."

På samma avtal finns vid ordet "ersättningsnivå" en handskriven anteckning:

"Grundlön 8,689 Semester 0,756 = 85 GBP per dag."

29. Samma fördelning angavs även på lönebeskedet från augusti 2001. Beloppet 85 GBP avser emellertid endast den period som påbörjades den 24 juni 2001. För tiden dessförinnan specificerade svaranden inte den semesterlön som inräknades i dagslönen.

b) Förfarandet vid den nationella domstolen

30. Genom ansökan, som inkom till Employment Tribunal den 20 november 2001, väckte klaganden i målet vid den nationella domstolen talan och yrkade att svaranden skulle förpliktas att till honom utge årlig semesterlön för det han intjänat genom det arbete som han utfört för svaranden under perioden den 2 april 2001 till den 16 november 2001.

31. Genom beslut av den 19 april 2002 ogillade Employment Tribunal talan av klaganden vid den nationella domstolen.

32. I överklagande till Employment Appeal Tribunal anförde klaganden i målet vid den nationella domstolen besvär mot detta beslut.

33. Den 25 juli 2003 avslog Employment Appeal Tribunal klaganden vid den nationella domstolens överklagande.

3. Tolkningsfrågorna i mål C-257/04

34. Klagandena i målen vid de båda nationella domstolarna har överklagat Employment Appeal Tribunals beslut till Court of Appeal. Med hänsyn till de olika slut som Employment Appeal Tribunal England och den skotska Inner house of the Court of Session kommit till, samt med hänsyn till det vid domstolen redan anhängiggjorda målet Robinson-Steele har Court of Appeal beslutat att begära förhandsavgörande.

35. Genom beslut av den 25 juni 2004 har Court of Appeal därför begärt ett förhandsavgörande från domstolen avseende följande frågor:

"1) Utgör ett bindande avtal mellan en arbetsgivare och en arbetstagare som innebär att en fastställd del av den lön som utbetalas till arbetstagaren utgör dennes "semesterlön" ("rolled up holiday pay") ett åsidosättande av arbetstagarens rätt att erhålla betalning för sin årliga semester enligt artikel 7 i rådets direktiv 93/104/EG om arbetstiden?

2) Skulle det påverka svaret på fråga 1 om arbetstagaren erhöll samma lön före och efter det att det bindande avtalet i fråga trädde i kraft så att effekten av detta inte blev att ytterligare lön fastställdes, utan snarare att en del av den lön som skulle utbetalas till arbetstagaren betecknades som semesterlön?

3) Om svaret på den första frågan är jakande, utgör det ett åsidosättande av rätten till betald årlig semester enligt artikel 7 om utbetalningen tillgodoräknas på så sätt att den kvittas mot den rättighet som tillerkänns genom direktivet?

4) Är det för att fullgöra skyldigheten att garantera en arbetstagares rätt till minst fyra veckors betald semester per år, som följer av artikel 7 i direktiv 93/104/EG, nödvändigt att betalningen till arbetstagaren sker under den period då han

tar sin årliga semester, eller är det tillräckligt att utbetalningen sker i delposter under året för att detta skall vara förenligt med artikel 7 i direktivet?

IV — Tolkningsfrågorna

A — *Inledande anmärkningar*

36. Enligt domstolens fasta rättspraxis [6] ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra om det finns behov av ett förhandsavgörande. Vid tveksamhet huruvida frågorna har ställts på rätt sätt för den gemenskapsrättsliga bedömningen av målet kan domstolen i förekommande fall omformulera frågorna. [7]

37. Det är EG-domstolens uppgift att inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG tolka gemenskapsrätten. Med avseende på den första tolkningsfrågan i mål C-131/04 skall det till att börja med konstateras att det mot denna bakgrund inte kan vara fråga om i vilken mån en sekundärrättslig bestämmelse är förenlig med nationell lagstiftning, utan snarare om i vilken mån den aktuella sekundärrättsliga bestämmelsen utgör hinder för vissa nationella bestämmelser i lag.

38. En jämförelse med den första tolkningsfrågan i mål C-257/04 och de förklaringar som den där hänskjutande domstolen har lämnat i samband med denna tydliggör emellertid att det i detta mål — och därmed även i mål C-131/04 — visserligen handlar mindre om huruvida gemenskapsrätten hindrar viss nationell lagstiftning, utan snarare om huruvida en direktivskonform tolkning av denna nationella lagstiftning med hänsyn till innehållet i artikel 7 i direktivet leder till att vissa bestämmelser i anställnings- eller kollektivavtalen, enligt vilka semesterlön inräknas i arbetstagarens vanliga lön ("rolled up holiday pay"), skall anses ogiltiga.

39. Den första tolkningsfrågan i mål C-131/04 skall således med hänsyn till den första, den andra och den fjärde tolkningsfrågan i mål C-257/04 omformuleras och förstås på det sättet att den hänskjutande domstolen i huvudsak vill få klarhet i, om den enskilde arbetstagarens rätt till årlig betald semester, som eventuellt framgår av

6 — Dom av den 6 december 2001 i mål C-472/99, Clean Car Autoservice (REG 2001, s. I-9687), punkt 13, och av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) (REG 2003, s. I-1), punkt 88.

7 — Under alla omständigheter söker domstolen enligt sin fasta rättspraxis att bidra med preciseringar för att vägleda den nationella domstolen vid bedömningen av den där anhängiga tvisten. Se exempelvis dom av den 4 juli 2000 i mål C-424/97, Haim (REG 2000, s. I-5123), punkt 58, och dom av den 12 september 2000 i mål C-366/98, Geffroy (REG 2000, s. I-6579), punkt 20.

artikel 7 i direktivet, utesluter att det i bestämmelser i specialavtal eller kollektivavtal föreskrivs att ersättning för semesterperioderna utbetalas tillsammans med lönen.

40. Den hänskjutande domstolen i mål C-257/04 har dock på goda grunder understrukit att varken direktivet eller nationella bestämmelser om införlivande innehåller en uttrycklig bestämmelse om sådana klausuler. I detta sammanhang skall erinras om den till den nationelle domaren riktade skyldigheten att gemenskapsrättsligt och därmed direktivskonformt tolka nationell lagstiftning, särskilt sådan som utfärdas för införlivandet av ett direktiv.

41. Med utgångspunkt i premissen i fråga om de båda begärda förhandsavgörandena att den nationella lagstiftningen enligt den nationella domstolens uppfattning kan bli föremål för tolkning, [8] kan EG-domstolen i föreliggande mål när allt kommer omkring inte bestämma över införlivandet av direktiv 93/104/EG i Förenade kungariket. Frågan blir i stället om att ge de hänskjutande domstolarna en tolkning av den tillämpliga gemenskapsrättsliga lagstiftningen, som å andra sidan ger dem tillfälle att företa en så direktivskonform tolkning som möjligt av den nationella lagstiftningen vid bedömningen av ifrågavarande system för inräknad semesterlön.

8 — Av förklaringarna från de båda hänskjutande domstolarna kan man nämligen sluta sig till att domstolar i å ena sidan England och å andra sidan Skottland har tolkat införlivandebestämmelserna på olika sätt beträffande nämnda avtalssystem.

42. Domstolen har i sin fasta rättspraxis påpekat att en nationell domstol "[v]id tillämpningen av nationell rätt, och särskilt bestämmelser i en nationell lag som specifikt har införts för att genomföra ett direktiv, är ... skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet och iaktta artikel 249 tredje stycket EG". [9]

43. Av särskild betydelse är att denna princip om gemenskapsrättskonform tolkning av nationell rätt bekräftades i det ovan nämnda målet Pfeiffer m.fl. när det gäller direktivets reglering av högsta tillåtna arbetstid. Domstolen slog särskilt fast att "den hänskjutande domstolen vid avgörandet av de mål som är anhängiga vid denna domstol, vilka faller inom tillämpningsområdet för direktiv 93/104 och som grundas på faktiska omständigheter som hänför sig till tiden efter utgången av fristen för införlivande av det sistnämnda, tillämpar bestämmelser i nationell rätt som särskilt är avsedda för att införliva detta direktiv, ... således [har] att i den utsträckning det är möjligt tolka dessa bestämmelser på ett sådant sätt att de kan få

9 — Dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2005, s. I-8835), punkt 113. Se även dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 26, den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, och av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkt 26. Jämför även dom av den 23 februari 1999 i mål C-63/97, BMW (REG 1999, s. I-905), punkt 22, av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98–C-244/98, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores (REG 2000, s. I-4941), punkt 30, och av den 23 oktober 2003 i mål C-408/01, Adidas-Salomon och Adidas Benelux (REG 2003, s. I-12537), punkt 21.

en tillämpning som överensstämmer med direktivets mål". [10]

44. Det är just i sådana tvister mellan enskilda som i föreliggande fall, som principen om gemenskapsrättskonform tolkning av den nationella rätten utgör en oundgänglig princip för säkerställandet av gemenskapsrättens fulla verkan. [11]

45. Sammanfattningsvis skall följaktligen konstateras att de båda hänskjutande domstolarna har ställt sin första fråga [12] för att få klarhet i huruvida rätten till årlig betald semester enligt artikel 7 i direktivet principiellt utgör hinder för ett system med inräknad semesterlön.

För att kunna besvara denna fråga måste man först gå in på innehållet i och räckvidden av rätten till årlig betald semester enligt artikel 7 i direktivet. I ett vidare steg måste prövas i vad mån avtal mellan enskilda kan strida mot denna rätt.

10 — Domen i målet Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 117.

11 — Se även domen i målet Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 114: "Kravet på en direktivskonform tolkning av nationell rätt följer av det i fördraget upprättade systemet som sådant, eftersom det tillåter att den nationella domstolen inom ramen för sin behörighet säkerställer att gemenskapsrätten ges full verkan när den avgör den vid denna domstol anhängiggjorda tvisten."

12 — Härtill kommer den fjärde frågan i målet C-257/04, som skall behandlas gemensamt med dessa frågor.

B — *Årlig betald semester enligt artikel 7 i direktiv 93/104/EG*

1. Föremål för rätten till årlig betald semester

a) Ordalydelse och systematik i artikel 7.1 i direktivet

46. Artikel 7.1 i direktivet garanterar en ovillkorlig rätt för arbetstagaren till en årlig betald semester om fyra veckor. Domstolen godtog detta redan i sin dom av den 26 juni 2001 i målet BECTU [13], där den slog fast att "artikel 7.1 i direktiv 93/04/EG ... uppställer en klar och precis skyldighet för medlemsstaterna att vidta de åtgärder som krävs" [14], dock att det rör sig om en "individuell rätt" för arbetstagaren [15]. [16]

47. Utöver detta principiella godkännande av en rätt innehåller ordalydelsen i artikel 7.1 i direktivet endast få hänvisningar till hur

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

14 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 13), punkt 34.

15 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 13), punkt 35.

16 — Se även punkt 43: "Av ovanstående följer att varje arbetstagares rätt till betald årlig semester skall betraktas som en särskilt viktig princip i den gemenskapsrättsliga arbetsrätten ..." Se vidare domstolens dom av den 18 mars 2004 i mål C-342/01, Merino Gómez (REG 2004, s. I-2606), punkt 31: "Artikel 7.1 i direktiv 93/104 ... skall så förstås att den nationella tillämpningen under alla omständigheter skall respektera rätten till en årlig betald semester om minst fyra veckor."

arbetsgivaren skall fullgöra motsvarande skyldigheter. Beträffande "villkoren för rätten till och beviljandet av" hänvisas endast till "nationell lagstiftning och/eller ... nationell praxis".

48. Av ordalydelsen i artikel 7.1 i direktivet följer att arbetstagaren har en rätt till en "faktisk viloperiod" [17], under vilken han får betalt. [18] Det är emellertid oklart efter vilka principer motsvarande semesterperiod skall ersättas. Med detta synsätt är det ovisst om en motsvarande betalning skall erläggas under semestern eller om betalning även kan göras i för- och efterskott. Av hänvisningen till nationell lagstiftning och/eller praxis kan man till och med sluta sig till att direktivet i största utsträckning överlåter till medlemsstaterna att fylla motsvarande tomrum i bestämmelserna.

49. I systematiskt hänseende skall vidare konstateras att direktivet inte innehåller några ytterligare bestämmelser som rör den här aktuella frågan. För övrigt är det enligt artikel 15 i direktivet generellt tillåtet att tillämpa eller införa mer förmånliga bestämmelser i nationell lagstiftning när det gäller arbetstagarnas säkerhet och hälsa. I artikel 17 anges emellertid att medlemsstaterna eller arbetsmarknadens parter får avvika endast från några av de bestämmelser som uttömmande uppräknas och detta får då endast ske under vissa förutsättningar. Artikel 7 i direktivet hör emellertid inte till de bestämmelser från vilka avvikelser får ske enligt direktivet, något som domstolen också konstaterade i domen i målet BECTU. [19]

b) Den årliga minimisemesterns innebörd och ändamål

50. Domstolen hade likaledes tillfälle att redan i domen i målet BECTU [20] gå in på *ratio legis* i artikel 7.1 i direktivet.

51. Syftet med direktivet är att fastställa minimibestämmelser som är ämnade att förbättra arbetstagarens levnadsstandard och arbetsvillkor, framför allt genom en tillnärmning av de nationella arbetstidsbestämmelserna. [21] Domstolen härleder detta å ena sidan ur direktivets rättsliga grund — nämligen artikel 138 EG (tidigare artikel 118a i EG-fördraget), som tar sikte på ett förstärkt skydd för arbetstagarens säkerhet och hälsa — och å andra sidan ur ordalydelsen i de första, fjärde, sjunde och åttonde skälen i direktivet liksom ur ordalydelsen i artikel 1.1 i direktivet.

17 — Jämför domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 16), punkt 30.

18 — Därutöver klargörs i artikel 7.2 i direktiv 93/104/EG att rätten till en årlig betald minimisemester inte kan bytas ut mot en kontant ersättning.

19 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 13), punkt 41.

20 — Se ovan fotnot 13.

21 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot13), punkt 37.

52. Enligt samma bestämmelser är syftet med denna harmonisering på gemenskapsnivå av arbetstidens förläggning att säkerställa ett bättre skydd för arbetstagarnas säkerhet och hälsa genom att låta dem åtnjuta viloperioder av en viss minsta längd samt tillräckliga raster. [22]

53. För att ett förstärkt skydd för arbetstagarens säkerhet och hälsa verkligen skall uppnås krävs det att de föreskrivna viloperioderna, således även den årliga semestern, faktiskt beviljas arbetstagaren. [23] På grund härav är det enligt artikel 7.2 i direktivet inte tillåtet att byta ut den årliga minimisemestern mot kontantersättning — utom då anställningen avslutas.

54. Ett faktiskt beviljande av rätten till semester innefattar således även att arbetstagaren faktiskt kan ta ut den semester som tillkommer honom och inte avhålls från detta på grund av konkreta påtryckningar härom. Detta syfte främjas av den fortsatta betalningen av lön för semesterperioden, och alltså garantin för en årlig betald minimisemester.

22 — Av särskilt intresse synes här det åttonde skälet vara, vilket i sammandrag har följande lydelse: "för att trygga hälsa och säkerhet för arbetstagare inom gemenskapen, [bör] dessa ges viloperioder av en viss minsta längd samt tillräckliga raster ..."

23 — Domstolens dom av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389), punkt 70.

55. Det skall följaktligen konstateras att vid rätt till årlig betald minimisemester enligt artikel 7 i direktivet är betalningen för motsvarande perioder mindre intressant än den faktiska möjligheten till en rätt att ta ut ifrågavarande semester. Med tanke på målen vid de nationella domstolarna — och de olika sakomständigheter som gäller i dessa — skall nu utredas i vilken mån de ifrågavarande ersättningsmetoderna för den årliga semestern angår denna faktiska möjlighet att ta ut semestern.

2. I vad mån kan rätten till årlig betald semester enligt artikel 7 i direktivet utgöra hinder för en "rolled up holiday pay"?

a) Yttranden som har inkommit till domstolen

i) Sökandenas inställning i målen vid de nationella domstolarna

56. C.D. Robinson-Steele har inte redovisat sin inställning i C-131/04 för EG-domstolen.

57. Klagandena i målen vid de nationella domstolarna i mål C-257/04 är av den åsikten att artikel 7 i direktivet kräver att betalningen äger rum under den tidsperiod där arbetstagaren skulle ha betalats om han hade fortsatt att arbeta. Sker inte betalning inom denna tidsperiod rör det sig antingen

om en betald ersättning i strid med artikel 7.2 i direktivet eller om en mekanism som hindrar eller begränsar ett uttag av semester och på grund av detta är förbjuden. Särskilt systemet för "rolled up holiday pay" hindrar arbetstagarna från att ta ut sin årliga semester. Eftersom arbetstagaren tjänar mer om han arbetar varje vecka, utgör detta nämligen en avsevärd uppmuntran särskilt för låginkomsttagare att inte ta ut någon semester.

58. Behovet av att "spara ihop" betalningen för den årliga semestern utgör dessutom hinder för att ta ut semester under den första delen av året.

59. Dessutom är det framför allt bland låginkomsttagarna föga troligt att de sparar de belopp som varje vecka betalas ut som semesterlön i stället för att spendera desamma. Av detta följer att det blir ekonomiskt omöjligt att ta semester, i synnerhet om arbetsperioden för det år som är i fråga ännu inte pågått tillräckligt länge.

ii) Svarandenas inställningar i målet vid den nationella domstolen

60. Svarandena i respektive mål vid de nationella domstolarna, R.D. Retail Services (mål C-131/04) och Marshalls Clay Products (mål C-257/04), är av den uppfattningen att det inte strider mot direktivet att betala beloppet för den årliga semestern i delposter tillsammans med grundlönen, om denna integrerade betalning har avtalats enligt kontrakt. De har hänvisat till att artikel 7 i direktivet ger en absolut och ovillkorlig rätt endast till minst fyra veckors betald semester. Varken ordalydelsen i eller syftet med artikel 7 innebär emellertid något krav att betalningen av den årliga semestern skall ske på visst sätt eller vid en viss tidpunkt. "Villkoren för rätten och beviljandet" är enligt artikel 7.1 i direktivet överlåtna till den nationella rätten. Så länge detta inte faktiskt hindrar att den rätten utövas, är det förenligt med de gemenskapsrättsliga kraven.

61. Dessutom måste det skydd som garanteras genom direktivet ta hänsyn till att det är nödvändigt att undvika olämpliga, administrativa, finansiella och rättsliga hinder samt att möjliggöra flexibilitet. Beträffande åtskillnad mellan själva rätten och villkoren för att utöva den, vilket den av direktivet eftersträvade balansen mellan skyddet för arbetstagarens säkerhet och hälsa och behovet av flexibilitet i tillämpningen återspeglar, har båda svarandena åberopat domstolens dom i mål C-173/99 liksom generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i samma mål.

62. Arbetstagaren kan i alla fall inte tvingas att ta semester. Arbetstagaren kan också alltid själv bestämma vad han gör under den semester han har rätt till. Således står det

honom fritt att till exempel arbeta för en annan arbetsgivare. Detta kan inte i sig anses strida mot bestämmelsen i artikel 7 i direktivet. För övrigt har arbetstagarna möjlighet att handha sina ekonomiska tillgångar på sådant sätt att de inte behöver omfattas av systemet för den integrerade betalningen om de så önskar.

iii) Regeringens i Förenade kungariket inställning

63. Även Förenade kungarikets regering är av den uppfattningen att ett system för inräknad semesterlön är tillåtet. I synnerhet kräver varken ordalydelsen i eller syftet med artikel 7.1 i direktivet en betalning vid en bestämd tidpunkt. Ordalydelsen i artikel 7 i direktivet pekar i likhet med skälen för artikeln med sin hänvisning till nationell rätt och praxis snarare på att en viss grad av flexibilitet kan erfordras vid införlivandet. Häri återfinns dessutom subsidiaritetsprincipen. Även Förenade kungarikets regering hänvisar i detta sammanhang till förslag till avgörande och dom i mål C-173/99.

64. I förordning 16 införlivas artikel 7 i direktivet på ett adekvat sätt genom att den ger arbetstagaren den årliga semester som krävs och en betalning med avseende på den tiden. Under förutsättning att nationella lagar och rättspraxis inte gör rätten till årlig betald semester illusorisk, är kraven i artikel 7 uppfyllda.

65. Den föreslagna tolkningen leder inte heller till att arbetstagare hindras från att ta ut sin årliga semester. Eftersom arbetsgivaren inte ensidigt kan besluta om "rolled up holiday pay" då det fordras en överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare, kommer ett sådant avtal bara i fråga om arbetstagaren faktiskt får betalt och denna betalning är korrekt beräknad.

66. Ett avtal om "rolled up holiday pay" leder dessutom till att arbetstagaren får betalt för sin årliga semester i förskott om semestern tas ut under ett senare skede av arbetsanställningen. Av arbetstagaren fordras att han i sin tur sörjer för att delbetalningarna av semesterlönen inte hindrar honom från att ta ut semestern. Den inräknade semesterlönen är också det mest rättvisa och okomplicerade sättet för korttidsanställda, vilkas anställningsförhållande i vissa fall upphör innan de hinner göra anspråk på någon semester eller semesterlön. Det finns därför ingen anledning varför det enligt artikel 7 skulle krävas en bestämd tidpunkt för betalningen för den årliga semestern.

67. En betalning vid den tidpunkt när semestern tas ut kommer dessutom att — i strid mot skälen i direktivet — leda till avsevärda administrativa svårigheter för arbetsgivaren, särskilt när det gäller diversearbetare eller visstidsanställda. Betalning i delposter inbesparar här beräkningen av den semesterersättning som arbetsgivaren är skyldig att betala ut i varje enskilt fall där rätt till semester föreligger. På grund av arbetets natur kommer det ofta också att leda till svårigheter om arbetstagaren insisterar på att ta ut semester under en arbetsperiod.

iv) Irländska republikens inställning

68. Irlands Chief State Solicitor har i sitt skriftliga yttrande i mål C-257/04 hävdat att det av formuleringen "betald minimisemester" i artikel 7.1 i direktivet följer att arbetstagaren måste erhålla betalning under eller omedelbart före denna tidpunkt. Inom systemet för inräknad semesterersättning får han emellertid inte betalt under sin semester.

69. Även enligt syftet med direktivet att trygga arbetstagarnas hälsa och säkerhet måste det säkerställas att arbetstagarna inte bara har en rätt till semester utan också att de faktiskt kan ta ut denna. En inräknad semesterersättning leder däremot till att någon semester inte tas ut om arbetstagarna måste ta ut semester utan att erhålla betalning medan de, eftersom det fordras av arbetstagarna att ta semester, under vilken de inte erhåller någon betalning — medan de, om de arbetar, får betalt regelbundet varje vecka eller varje månad. Detta strider mot de syften i direktivet, som just skall förhindra att arbetstagarna får kontant ersättning i stället för den årliga semestern.

v) Kommissionens inställning

70. Utgår man från att full lön under den årliga semestern inte är något självändamål utan ett medel för att säkerställa att årlig semester av viss minsta längd också faktiskt kan utnyttjas utan ekonomiska inskränkningar, är ett avtal om semesterlön förenligt med direktivet, om det säkerställer att arbetstagaren verkligen åtnjuter en årlig semester av en minsta längd om fyra veckor och får betalt för den tiden som om han arbetade.

71. Eftersom det i direktivet inte föreskrivs hur detta syfte skall uppnås, åligger det medlemsstaterna att utforma semesterlönen. Detta får emellertid inte leda till att själva den grundläggande rätten till årlig semester undermineras.

72. Eftersom betalningen för den semesterlön som är inräknad i timlönen sker utan hänsyn till om arbetstagaren tar ut motsvarande semester eller inte och det inte finns någon åtgärd som säkerställer att arbetstagaren faktiskt tar ut sina fyra semesterveckor, får det till resultat att man i strid med direktivets ordalydelse och syfte kommer att kringgå det grundläggande kravet på att säkerställa en årlig semester om minst fyra veckor.

73. Den inräknade semesterersättningen kan särskilt hindra arbetstagare från att ta ut sin semester. Dessutom kan ett sådant system leda till missbruk, av arbetsgivare som inte vill att deras arbetstagare faktiskt tar ut sin semester.

74. Kommissionen anser därför att systemet för "rolled up holiday pay" är oförenligt med artikel 7 i direktivet för såvitt det inte också garanterar att semestern om minst fyra veckor verkligen kan tas ut.

b) Rättslig bedömning

75. Med hänsyn till det ovan återgivna [24] väsentliga innehållet i bestämmelsen i artikel 7 i direktivet synes en inräknad semesterlön — som till exempel de i målen vid de nationella domstolarna tvistiga avtalen — i vilket fall som helst bara vara förenlig med syftena med direktivet om det kontraktsenliga avtal som ligger till grund för semesterlönen säkerställer att arbetstagaren också faktiskt kan ta ut den semester han är berättigad till. Om ett visst avtal, som till exempel de omtalade avtalen om "rolled up holiday pay", utgör hinder för en faktisk möjlighet att ta ut den årliga betalda semestern, är det bara den nationella domstolen som slutligt kan avgöra målet under beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och då särskilt det samlade avtalsunderlaget.

76. Det kan med anledning härav endast allmänt prövas huruvida de ifrågavarande bestämmelserna skulle kunna framstå som problematiska för utnyttjandet av den genom artikel 7 i direktivet garanterade rätten eller om ett eventuellt åsidosättande av rätten enligt artikel 7 i direktivet kan motiveras av flexibilitetsskäl.

i) Utgör "rolled up holiday pay" ett hinder för rätten till en årlig betald semester?

77. Även i ett system för inräknad semesterlön står det arbetstagarna i princip fritt att ta

24 — Se ovan punkt 46 och följande punkter.

ut sin semester. Det är emellertid osäkert om den betalning för minimisemester som sträcker sig över anställningsperioden inte faktiskt tvingar arbetstagarna att avstå från att utnyttja sin rätt till semester. Om så är fallet kommer dock syftet med direktivet — att effektivt skydda arbetstagarnas säkerhet och hälsa — inte att tillgodoses. Domstolen har redan konstaterat detta med avseende på viloperioderna och i likhet därmed skall också de raster som garanteras i direktivet i möjligaste mån förebygga en försämring av arbetstagarnas säkerhet och hälsa — som kan bli följden av ackumulerad arbetstid utan nödvändigt avbrott. [25]

78. Förenade kungarikets regering utgår på goda grunder i princip från att arbetstagare principiellt kan sköta sin ekonomi så att den delen av deras lön, som utbetalas som semesterersättning, står till deras förfogande vid den tidpunkt, då de tar ut sin semester. Detta antagande bygger emellertid på förutsättningar som åtminstone bör diskuteras i sammanhanget. Det skall för det första påpekas att låginkomsttagare, till vilka korttids- och skiftarbetare normalt hör, inte har samma dispositionsfrihet som andra arbetstagare. Låginkomsttagare kommer för det mesta att vara tvingade att konsumera om inte hela så åtminstone den största delen av lönen för sitt uppehälle, varmed risken för att semesterersättningen kommer att användas till andra ändamål än de som åsyftas med direktivet tycks vara ofrånkomlig. Det är också just för arbetstagare med låga inkomster som möjligheten att arbeta extra och därmed tjäna mera pengar utgör ett betydande incitament att inte ta ut någon semester. Om de nämligen arbetar utan avbrott i stället för att ta semester erhåller de inte bara fortlöpande utbetalning av lön för semesterperioden utan också ordinarie lön för varje period som de arbetar extra, trots att denna period (fyra veckor per år) redan är kompenserad genom den inräknade semesterlönen. Oberoende därav skall man även komma ihåg att den av Förenade kungarikets regering påstådda möjligheten till en "privat semesterförsorg" i vart fall förutsätter att arbetstagaren informeras om vilken del av lönen som skall avsättas för finansieringen av hans semester. En sådan ekonomisk semesterförsorg förutsätter med andra ord att begreppet "rolled up holiday pay" i avtalet är begripligt. [26]

79. Det finns emellertid ytterligare skäl som talar för att avtal om inräknad semesterlön inte med hänsyn till syftena med artikel 7.1 i direktivet skall anses som invändningsfria. Redan av övervägandet att skyddet för arbetstagarens hälsa och säkerhet inte bara hör till den enskilde arbetstagarens intresse utan även till det allmänna intresset, följer att det inte bara kan läggas på arbetstagarens ansvar att dels förstå, att den ersättning som

25 — Domen i målet Jaeger (ovan fotnot 23), punkt 92.

26 — Angående detta krav på tydlighet, se även redogörelserna till den andra tolkningsfrågan i mål C-257/04, punkt 101 och följande punkter.

med avseende på hans rätt till semester har utbetalats till honom är avsedd som semesterersättning, och att dels använda ersättningen i enlighet härmed. Visserligen är arbetstagaren inte skyldig att ta ut sin semester eller att utnyttja den för rekreationsändamål. I intresset av att göra en ändamålsenlig tolkning av direktivet borde det emellertid knappast vara möjligt att godkänna avtal som är ägnade att uppmuntra arbete utan avbrott med avstående från minimisemester.[27] Denna för syftet med direktivet menliga verkan av de ifrågavarande avtalen om inräknad semesterlön godkänns också av Förenade kungarikets regering eftersom den gör gällande att det vållar praktiska svårigheter när en visstidsanställd person insisterar på att ta ut sin semester under en arbetsperiod och inte vid slutet av sin anställning.

80. Med hänsyn till syftet med rätten till årlig betald minimisemester följer av allt detta att en gemenskapsrättskonform tolkning av nationell lagstiftning för införlivandet av direktivet har lett till att privaträttsliga avtal om inräknad semesterersättning kan äga lagligt bestånd bara om den faktiska möjligheten till rätten till årlig minimisemester samtidigt säkerställs genom arbetstagarna på annat sätt.

ii) Prövning av "flexibilitetskravet"

81. I själva direktivet föreskrivs visserligen i sjuttonde skälet att "med hänsyn till de frågor som kan ställas på grund av utformningen av arbetstiden i företaget, ... föreskrivs en viss flexibilitet vid tillämpningen av speciella bestämmelser ..., varvid emellertid principerna om skyddet för arbetstagarnas säkerhet och hälsa skall beaktas".

82. Här skall än en gång erinras om betydelsen av rätten till årlig betald semester, såsom den är förankrad i punkterna 8 och 19 i gemenskapens stadga om grundläggande sociala rättigheter av den 9 december 1989, vilken är nämnd i det fjärde skälet till direktivet. Enligt domstolens rättspraxis avser denna rätt en särskilt viktig socialrättslig princip inom gemenskapen.[28] Eftersom direktivet i enlighet härmed inte innehåller något undantag från denna rättighet,[29] måste därför även blotta intrånget i denna rättighet grundas på tungt vägande skäl.

27 — Emot svarandenas i förfarandet i de nationella domstolarna uppfattning och i den nederländska regeringens muntliga yttrande, som visserligen avsåg ett annat anhängigt mål (C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging mot Nederländerna), rör det sig i föreliggande fall endast om frågan om en direktivskonform tolkning av den nationella lagstiftningen — och inte om frågan huruvida ett korrekt införlivande av direktiv 93/104 skall innefatta en mot arbetstagarna riktad skyldighet att ta ut semester — i förekommande fall till viloändamål. Den gemenskapsrättsliga problematiken vid avtalsenligt inräknad semesterersättning ligger kanske inte i att arbetstagaren inte åläggs att faktiskt ta ut sin semester, utan i att han i ekonomiskt hänseende uppmuntras att inte hävda "rätten till vila" enligt artikel 7.1 i direktivet.

28 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 13), punkt 43, liksom domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 16), punkt 29.

29 — Jämför i detta avseende artiklarna 18 och 19 i direktivet.

83. En ren reducering av förvaltningskostnaderna är därför i vart fall inget tillräckligt skäl, eftersom detta går ut på ett försvar av ekonomiska skäl. Att förbättringen av arbetstagarnas säkerhet och skydd för hälsa emellertid inte får underordnas rent ekonomiska hänsyn följer redan av det femte skälet i direktivet. [30] Man har såtillvida också redan varit tvungen att i direktivet ta hänsyn till de verkningar, som den av direktivet införda arbetstidsbestämmelsen kan ha på små och medelstora företag, när artikel 118a EG-fördraget (numera artikel 138 EG) som sin rättsliga grund gör de åtgärder med mera, som stöds på dem, beroende av att de inte motverkar tillkomsten och utvecklingen av sådana företag. [31]

84. Det kan visserligen vara osäkert, om ifrågavarande avtal under vissa förutsättningar är tillåtna av tungt vägande praktiska skäl. För bedömningen av sådana skäl fordras visserligen en åtskillnad mellan de båda organisationsformerna för arbetstiden som ligger till grund för förfarandet i de nationella domstolarna, nämligen mellan skiftarbete och visstidsarbete.

30 — Jämför dessutom domen i målet BECTU (ovan fotnot 13), punkt 59, och domen i målet Jaeger (ovan fotnot 23), punkt 67.

31 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 13), punkt 60, med hänvisning till dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade kungariket mot rådet (REG 1996, s. I-5755), punkt 44.

— Skiftarbete av arbetstagare anställda på obestämd tid

85. I ett sådant skiftföretag existerar ett varaktigt anställningsförhållande. [32] I enlighet härmed är det här också möjligt att beräkna hur mycket semester arbetstagaren kan ta i anspråk. Därmed är också det belopp som skall betalas bestämt. På grund av denna regelbundenhet — i det aktuella målet fyra dagars arbete och fyra dagars viloperiod — är det inte uppenbart, i vad mån det krävs ett undantag från principen om fortsatt betalning av lön under semestern.

86. För målet i den nationella domstolen som rör målet Caulfield m.fl. mot Marshalls Clay skall visserligen ytterligare beaktas att den avtalade inräknade semesterlönen är kopplad till en — likaså tvistig — semesterbestämmelse, enligt vilken semestern genereras endast genom sammanläggning av viloperioder. Viloperioder och semesterperioder tjänar visserligen båda till att uppnå det med direktivet eftersträvade syftet att skydda arbetstagarnas säkerhet och hälsa, men skiljer sig i så måtto att viloperioderna tillåts på grund av en särskild arbetstidsbestämmelse — och i enlighet därmed inte inverkar på rätten till årlig betald minimisemester enligt artikel 7.1 i direktivet. Det tvistiga företagsavtalet synes inte klart skilja mellan vilo- och semesterperiod.

32 — Redogörelserna i punkterna 85–87 berör därför inte en visstidsanställd persons eventuella skiftanställning som i mål C-131/04.

87. Om arbetsgivaren likväl kan förklara att de — avtalsenligt — föreskrivna viloperioderna är så beräknade att de proportionellt omfattar även semesterperiod, varvid en längre semester eventuellt skall tas genom byte av arbetsskift, synes det (vidare) avtalet om inräknad semesterlön i så måtto inte mer skadligt då det inverkar på den faktiska möjligheten till en rätt till årlig minimisemester — med förbehåll för den nationella domstolens beaktande av ytterligare omständigheter i det enskilda fallet.

— Visstidsanställning

88. Vid visstidsanställning är det däremot ofta inte möjligt att beräkna för vilka tidsperioder arbetstagaren skall arbeta för ifrågavarande arbetsgivare. Därför liknar övergången från sysselsättningsperioder till perioder utan sysselsättning ett upphörande av anställningsförhållandet. I händelse av att anställningsförhållandet upphör, tillåter artikel 7.2 i direktivet emellertid till och med att rätten till semester ersätts med kontanter. I stället för att likväl räkna ut det löneanspråk som föreligger vid slutet av varje sysselsättningsperiod, synes det faktiskt lämpligt att föreskriva en kontinuerlig betalning i kvoter, så att arbetsgivaren vid varje tillfälle ersätter varje del av den rätt till årlig betald semester, som arbetstagaren har förvärvat hos honom under löpande år.[33] Det går emellertid inte att förbise att visstidsanställda har ett jämförelsevis ringa tryggat läge på arbetsmarknaden. En uppmjukning av principen om förbudet mot kontant ersättning av semesterkravet enligt artikel 7.2 innebär en extra försvagning av deras läge, vilket — utan motsvarande förstärkning — knappast skulle harmonisera med direktivets syfte.

89. Jag föreslår i enlighet därmed att den första tolkningsfrågan i mål C-131/04 liksom den första och den fjärde tolkningsfrågan i mål C-257/04 besvaras så, att det åligger den nationelle domaren vid bedömningen av individuella avtal eller kollektivavtal om inräknad semesterersättning att kontrollera i vad mån arbetstagare disponerar över en faktisk möjlighet att ta ut den årliga minimisemester som de är berättigade till. En sådan möjlighet skulle i regel vara utesluten om det i avtalet endast föreskrivs att betalningen för den årliga minimisemestern skall ske tillsammans med utbetalningen av grundlönen, utan att själva rätten till semes-

33 — I åtskilliga medlemsstater löstes den beskrivna svårigheten genom inrättande av semester- respektive löneutjämningskassor. I det belgiska respektive det franska System des Caisses de congés payés betalar arbetsgivarna bidrag till respektive kassa, som i sin tur betalar ut ersättningen för den årliga semestern, så att arbetsgivaren endast betalar den andel av ersättningen för den årliga semestern som arbetstagaren har förvärvat hos honom, under det att arbetstagaren erhåller sin ersättning till semestertidpunkten. Byggföretagens semester- och löneutjämningskassa i Tyskland, vid vilken kravet på semesterersättning primärt riktas mot arbetsgivaren, synes vara jämförbar.

ter utnyttjas — även om detta sker i ytterligare ett avtal.

C — Den andra och den tredje tolkningsfrågan i mål C-257/04 ävensom den andra tolkningsfrågan i mål C-131/04

90. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra tolkningsfråga i mål C-257/04 för att, i det fall ett avtal om "rolled up holiday pay" är principiellt tillåtet, få klarhet i huruvida artikel 7 i direktivet utgör hinder för att arbetstagaren erhåller lika hög lön före och efter det att avtalet träder i kraft, så att det i avtalet medför någon ytterligare betalning utan snarare leder till att en del av den lön som skall betalas till arbetstagaren betecknas som semesterlön.

91. De hänskjutande domstolarna har ställt den andra tolkningsfrågan i mål C-131/04 och den tredje tolkningsfrågan i mål C-257/04 för att, i händelse av att de ifrågavarande avtalen om inräknad semesterersättning är otillåtna, få klarhet i huruvida den ersättning som redan utbetalats i enlighet med nämnda avtal kan kvittas mot den kvarvarande rätten enligt artikel 7.1 i direktivet till betalning för den ifrågavarande årliga semestern.

1. Behovet av en semesterersättning som betalas ut jämte lönen för arbete

a) Yttranden som inkommit i målet

92. Michael Jason Clark anser, som klagande i ett av målen vid de nationella domstolarna med målnummer C-257/04, att den bestämmelse som gällde före augusti år 2001 därmed är oförenlig med direktivet, eftersom semesterlönen, det vill säga dess andel av lönen, inte kunde fastställas. Eftersom svaranden Frank Staddon först efter det att det ifrågavarande avtalet om inräknad semesterbetalning löpt ut började med att på lönebeskedet ange vilken del av lönen som utgjordes av semesterersättning, dock att någon löneförhöjning inte kopplades därtill, var denna specifikation jämförbar med en reducering av timlönen.

93. Svaranden Frank Staddon är den ende av svarandena i detta mål vid den nationella domstolen som berörs direkt. Han har dock inte tagit någon ställning i denna fråga.

94. Förenade kungarikets regering företräder den uppfattningen att det är de nationella domstolarnas sak att fastställa om det

faktum att nivån på ersättningen före och efter separat krav på semesterlön förblir lika, utgör en hänvisning till att arbetstagaren i själva verket inte erhåller någon semesterlön.

95. Enligt kommissionen måste betalningen för den årliga semestern inom systemet för den inräknade semesterlönen faktiskt läggas till den normala (det vill säga före avtalet) timtaxan i form av en bestämd procentsats eller ett bestämt belopp.

96. Irland anser det inte vara nödvändigt att gå in på denna fråga eftersom den anser att systemet för inräknad semesterlön i alla fall är oförenlig med gemenskapsrätten.

b) Rättslig bedömning

97. Det skall inledningsvis konstateras att den hänskjutande domstolen i sin tolkningsfråga uppenbarligen inte syftar på tidpunkten för den separata redovisningen av semesterlönen utan fastmer på själva ikraftträdandet av avtalet om inräknad semesterlön.

98. För att uppfylla syftet att göra det möjligt för arbetstagaren att utnyttja sin semester samt att uppmana honom därtill måste tillämpningen av artikel 7 i direktivet verkligen leda till att semesterlönen erläggs som komplettering till den lön som utgår för arbetad tid. Denna extra betalning kan principiellt ske på det sättet att det sker en enda extra utbetalning, som ersätter det sammanlagda kravet, eller så att det berörda beloppet slås ut på motsvarande tim-, dag- eller veckolön. Det senare alternativet leder till att en högre lön skall betalas från och med den tidpunkt då ett avtal om "rolled up holiday pay" träder i kraft — allt under förutsättning att ett sådant överhuvudtaget är att anse som förenligt med artikel 7 i direktivet.

99. Försåvitt storleken av betalningen till arbetstagaren före och efter det att det bindande avtalet trätt i kraft alltså förblir densamma, består den enda förändringen genom avtalet i att en del av den betalda ersättningen läggs till kravet på semester. Därmed är det uppenbart att arbetsgivaren, efter det att avtalet trätt i kraft, endast skenbart uppfyller kravet på betald semester. Därmed omintetgörs målsättningen med säkerställande av betald minimisemester. Arbetstagaren kommer i så fall inte att direkt förfoga över en betalning för sin semesterperiod, som gör det möjligt för honom att faktiskt utnyttja sin semester som fritid.

100. I målet Clark mot Staddon, som hör till målnummer C-257/04, hade man emellertid redan i arbetsavtalet kommit överens om att

semesterlönen skall ingå i lönen. Den exakta andelen fastställdes i efterhand — genom ett senare ingånget avtal. Risken för att avtalet uppfylls för skens skull finns kanske inte i samma mån i sådana konstellationer, eftersom den ersättning, som är i fråga, ingår redan från det första avtalet, dock att den redovisas först genom det andra avtalet.

101. Problemet framstår emellertid i förevarande fall som ett tydlighetsproblem. Om arbetstagaren inte kan urskilja vilket belopp av hans lön som är avsett att bestrida hans uppehälle och vilken del som skall användas för att han skall kunna utnyttja sin rätt till semester, kommer det att bli svårt, särskilt för arbetstagaren med låg inkomst, att verkligen spara denna — inte definierbara — kontanta andel för sin semesterperiod. Här är följaktligen frånvaron av tydlighet en bidragande orsak till att han avhåller sig från att ta ut sin årliga minimisemester. Detta gäller särskilt när — som framgår av målet Caulfield m.fl. mot Marshalls Clay, som också hör till målnummer C-257/04 — även den genom semesterersättningen höjda lönetariffen kommer att ligga till grund för beräkningen av ersättningen för övertid. Därigenom framstår denna lön för arbetstagarna i sin helhet som lön för arbete, inte (även) som ersättning för semester.

102. Denna tydlighet — och det därmed förenade medvetandegörandet[34] — synes också saknas, när det inte framgår av arbetsavtalet att semesterlönen är inräknad i den utbetalda lönen. Dessutom framstår situationen för arbetstagaren så, som om han endast hade rätt till obetald semester.

2. Frågan om avräkning av redan utbetalt belopp

a) Yttranden som inkommit till domstolen

103. Klagandena i målen vid de nationella domstolarna med målnummer C-257/04 anser det vara ett åsidosättande av rätten till årlig betald semester enligt artikel 7 i direktivet, om ett avtal om "rolled up holiday pay" innebär att redan utbetalda belopp inräknas i deras krav på betalning för den årliga semestern.

104. Å andra sidan är svarandena i de mål vid de nationella domstolarna av den åsikten att även om ett avtal om inräknad semesterlön står i strid med artikel 7 i direktivet måste redan utbetalda belopp kunna inräknas. Följden blir annars att arbetsgivaren erlägger semesterlönen två gånger.

34 — Se härtill ovan punkt 78.

105. Förenade kungarikets regering är av den uppfattningen att det inte föreligger något skäl för att inte ta hänsyn till semesterdelen av den utbetalade ersättningen, om denna del verkligen har betalats utöver arbetslönen. Arbetstagaren har slutligen dessutom med avseende på sitt semesteranspråk haft ett krav på detta belopp, och avtalsparterna har därmed också avsett att kompensera semesterlönen.

106. Kommissionen anser likaså att varken ordalydelsen i eller syftet med artikel 7.2 utgör hinder för en sådan inräkning av de redan utbetalade beloppen, i den mån den redan erlagda betalning som ingår i lönen faktiskt betalats utöver grundlönen. I artikel 7.2 betonas endast att det är den faktiska rätten till den garanterade årliga semestern som står i förgrunden.

107. Den irländska regeringen anser däremot att den av artikel 7 föreskrivna rätten till årlig betald semester åsidosätts genom att redan utbetalda belopp inräknas.

b) Rättslig bedömning

108. Även för besvarandet av denna fråga är syftet med artikel 7 i direktivet avgörande. Syftet med en faktisk möjlighet till rätten till en årlig minimisemester [35] låter sig inte längre uppnås i efterskott, det vill säga vid tidpunkten för arbetstagarens talan om betalning för hans semesterperiod, eftersom det år som är i fråga antagligen för det mesta har löpt ut. Ett beslut om (förnyad) betalning i efterskott av semesterersättningen utan att inräkna redan utbetalade belopp skulle följaktligen uteslutande ha straffkaraktär.

109. Visserligen kan det till förmån för ett effektivt rättsskydd vara tillrådligt att inte godkänna den erlagda betalningen i kvoter som sådan semesterlön, som föreskrivs i artikel 7 i direktivet, om arbetsgivaren har valt en modell som med hänsyn till skyddet för rätten till årlig minimisemester inte räcker för nämnda krav på tydlighet. [36] I så fall kan nämligen risken för arbetsgivaren att behöva betala två gånger redan i förväg avhålla denne från att införa otillåtna avtal. Mot detta talar emellertid att arbetstagaren i så fall på sin höjd får en större uppmuntran i ekonomiskt hänseende att inte ta ut den garanterade semestern.

110. Även under den förutsättningen att man iakttar den tydlighet som erfordras, är det således inte uppenbart i vad mån artikel 7 i direktivet kan hindra att redan erlagda belopp inräknas, när man genomför ett avtal om inräknad semesterersättning.

35 — Se ovan punkt 55.

36 — Se ovan punkt 101 och följande punkter.

V — Förslag till avgörande

111. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de framlagda frågorna enligt följande:

"1) Vid bedömningen av individuella avtal eller kollektivavtal om inräknad semesterlön åligger det den nationella domstolen att med ledning av bestämmelserna om införlivande av artikel 7 i rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om vissa aspekter i samband med planläggning av arbetstiden kontrollera i vilken mån en arbetstagare faktiskt förfogar över en möjlighet att verkligen ta ut den minimisemester som arbetstagaren har rätt till enligt nämnda artikel 7. En sådan möjlighet skulle i regel vara utesluten, om avtalet begränsas till föreskrifter om att betalningen för den årliga minimisemestern skall ske tillsammans med utbetalningen av grundlönen, utan att rätten till själva semestern — även om detta sker i ytterligare ett avtal — regleras.

Ett sådant avtal överensstämmer i alla fall inte med kraven i artikel 7 i direktiv 93/104/EG, om den exakta andelen av semesterersättningen inte redovisas i lönen på ett tydligt sätt respektive om en sådan redovisning sker först i efterhand utan att det totala vederlaget höjs härigenom.

2) Även om ett avtal om inräknad semesterersättning inte säkerställer den enligt artikel 7 i direktiv 93/104/EG erforderliga faktiska möjligheten för arbetstagaren att ta ut den minimisemester han har rätt till, utesluter artikel 7 i direktiv 93/104/EG inte att belopp, som bevisligen och för arbetstagaren klart framstår som en utbetalning av semesterersättning, inräknas i arbetstagarens eventuella krav."