FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 24. januar 2008 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 183

II — Retsforskrifter . . . . . I - 184

A — Fællesskabsbestemmelser . . . . . I - 184

B — De nationale bestemmelser . . . . . I - 184

1. Lovbestemmelser . . . . . I - 184

2. Kollektive overenskomster, der finder anvendelse . . . . . I - 185

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 186

IV — Retsforhandlinger for Domstolen . . . . . I - 189

V — Parternes vigtigste anbringender . . . . . I - 189

VI — Stillingtagen . . . . . I - 191

A — Det første spørgsmål . . . . . I - 191

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 191

2. Retten til årlig betalt ferie som grundlæggende social rettighed . . . . . I - 192

3. Retten til årlig betalt minimumsferie i fællesskabsretten . . . . . I - 196

a) Medlemsstaternes gennemførelseskompetence . . . . . I - 196

b) Det fællesskabsretligt sikrede beskyttelsesniveau . . . . . I - 198

1 — Originalsprog: tysk.

c) Feriekravets tilknytning til arbejdsdygtighed . . . . . I - 200

i) Overførsel af de i retspraksis udviklede principper . . . . . I - 200

ii) Tilsidesættelse af mening og formål med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 . . . . . I - 202

— Risikoen for en fortolkning i strid med formålet . . . . . I - 202

— Fortolkning med udgangspunkt i arbejdsforholdets parters interesser . . . . . I - 203

iii) Sammenligning med reglerne i ILO-konvention nr. 132 . . . . . I - 204

B — Det andet spørgsmål . . . . . I - 205

C — Det tredje spørgsmål . . . . . I - 207

VII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 209

I — Indledning

1. Med sin præjudicielle forelæggelseskendelse anmoder Landesarbeitsgericht Düsseldorf i henhold til artikel 234 EF Domstolen om en fortolkning af artikel 7, stk. 1 og 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [2] (herefter »direktiv 2003/88«).

2. Spørgsmålet er rejst under en sag mellem Gerhard Schultz-Hoff (sagsøger) og hans tidligere arbejdsgiver, Deutsche Rentenversicherung Bund (sagsøgte), i hvilken Landesarbeitsgericht skal træffe afgørelse om, hvorvidt sagsøger efter ophøret af arbejdsforholdet har krav på feriegodtgørelse over for sagsøgte.

3. Landesarbeitsgericht Düsseldorf ønsker i det væsentlige oplyst, om det er foreneligt med artikel 7 i direktiv 2003/88, at en arbejdstagers krav på betalt ferie på mindst fire uger bortfalder ved udløbet af ferieåret, eller senest ved udløbet af overførselsperioden, og at ferien ved ophøret af arbejdsforholdet ikke skal erstattes af en finansiel godtgørelse, hvis arbejdstageren efterfølgende bliver uarbejdsdygtig på grund af sygdom frem til slutningen af den efterfølgende overførselsperiode.

2 — EUT L 299, s. 9.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

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

»Årlig ferie

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

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

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

B — *De nationale bestemmelser*

1. Lovbestemmelser

6. Ferielov for arbejdstagere (Bundesurlaubsgesetz — herefter »BUrlG«) af 8. januar 1963, senest ændret ved lov af 7. maj 2002, bestemmer bl.a. følgende:

»*§ 1 — Feriekrav*

Enhver arbejdstager har krav på betalt ferie i hvert kalenderår.

[…]

3 — EFT L 307, s. 18.

§ 3 — Feriens varighed

(1) Ferien udgør mindst 24 hverdage årligt.

[…]

§ 7 — Tidspunkt for feriens afholdelse, overførsel og godtgørelse

1) Ved fastlæggelsen af tidspunktet for ferien skal der tages hensyn til arbejdstagerens ferieønsker, medmindre denne hensyntagen strider mod tvingende behov i virksomheden eller andre arbejdstageres ferieønsker, som fortjener at blive prioriteret ud fra et socialt synspunkt.

[…]

3) Ferien skal gives og afholdes inden for det løbende kalenderår. Ferien kan kun overføres til næste kalenderår, hvis det er begrundet i tvingende grunde i virksomheden eller i arbejdstagerens personlige forhold. I tilfælde af overførsel skal ferien gives og afholdes inden for de tre første måneder af det efterfølgende kalenderår.

4) Hvis ferien på grund af arbejdsforholdets ophør helt eller delvis ikke kan gives, skal der udbetales godtgørelse.«

7. § 13 i BUrlG bestemmer, at der i overenskomstaftaler kan afviges fra ovenstående bestemmelser, herunder § 7, stk. 3, i BUrlG, såfremt dette ikke er til skade for arbejdstageren.

2. Kollektive overenskomster, der finder anvendelse

8. Den kollektive overenskomst for de ansatte i Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (herefter »MTAng-BfA«) fastsætter følgende:

»*§ 47 — Ferie*

1) Den ansatte får i hvert ferieår ferie med udbetaling af feriepenge. Ferieåret er kalenderåret.

[…] *§ 51 — Feriegodtgørelse*

7) Ferien skal påbegyndes senest ved ferieårets afslutning. Hvis ferien ikke kan påbegyndes inden ferieårets afslutning, skal den påbegyndes senest den 30. april i det følgende ferieår. Hvis ferien af tjenestemæssige grunde, på grund af uarbejdsdygtighed eller af beskyttelsesfrister i henhold til lov om mødrebeskyttelse ikke kan påbegyndes senest den 30. april, skal den påbegyndes senest den 30. juni. Hvis en ferie, der var planlagt i løbet af ferieåret til det pågældende ferieår, er blevet flyttet på foranledning af Bundesversicherungsanstalt für Angestellte til tiden efter den 31. december i ferieåret, men på grund af uarbejdsdygtighed ikke har kunnet påbegyndes før den 30. juni i henhold til andet punktum, skal den påbegyndes inden den 30. september.

1) Hvis feriekravet ikke er opfyldt på tidspunktet for opsigelsen af arbejdsforholdet, skal ferien, hvis det er tjenstligt eller virksomhedsmæssigt muligt, gives og afholdes inden for opsigelsesfristen. Hvis ferien ikke kan gives, eller hvis opsigelsesfristen ikke er tilstrækkelig lang, skal der udbetales godtgørelse for ferien. Det samme gælder, hvis arbejdsforholdet ophører på grundlag af en opsigelsesaftale (§ 58) eller på grund af nedsat erhvervsevne (§ 59), eller hvis arbejdsforholdet må stilles i bero i henhold til § 59, stk. 1, første afsnit, femte punktum.

[…]«

[…]

Ferie, som ikke er påbegyndt inden for de nævnte frister, bortfalder.

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9. Parterne i hovedsagen er efter ophøret af et arbejdsforhold den 30. september 2005 uenige om, hvorvidt sagsøger har ret til feriegodtgørelse for årene 2004 og 2005.

[…]

10. Sagsøgeren, som er født den 14. januar 1949, var ansat hos sagsøgte fra den 1. april 1971, henholdsvis hos dennes forgænger. Arbejdsforholdet mellem parterne var omfattet af hovedaftalen for ansatte i BfA (herefter »MTAng-BfA«). Sagsøgeren oppebar ved arbejdsophøret løn i 11. lønramme. Han havde siden 1985 været beskæftiget i Düsseldorfafdelingen som ekstern medarbejder. Hans arbejdsopgaver bestod i at foretage virksomhedskontrol og kontrol af indbetalingsstederne; hertil behøvede han et motorkøretøj.

11. Sagsøgeren, der ifølge tysk ret er anerkendt som svært handicappet (GdB 60 »G« [4]), har siden 1995 måttet gennemgå i alt 16 operationer på grund af en alvorlig ryglidelse. Herefter fulgte perioder med arbejdsdygtighed og perioder med sygdomsbetinget uarbejdsdygtighed. I 2004 var sagsøgeren arbejdsdygtig indtil begyndelsen af september. Fra den 8. september 2004 blev han derefter sygemeldt med lægeattest — og var det fortsat indtil den 30. september 2005. Han har siden da vedvarende måttet indtage morfinholdig smertestillende medicin, hvilket stadig forhindrer ham i at køre bil.

4 — Invaliditetsgrad (Grad der Behinderung, GdB) er et begreb i tysk invalideret. Det er en måleenhed for, i hvilken grad en handicappet er påvirket af sit handicap. Begrebet benyttes i Sozialgesetzbuch IX — rehabilitering af handicappede og disses aktive deltagelse. Invaliditetsgraden kan variere mellem 20 og 100. Den gradueres i trin på 10. Som svært handicappede anses alle personer med en invaliditetsgrad på mindst GdB 50, som fastsættes af Versorgungsamt eller af Amt für Soziale Angelegenheiten. Kendetegnene anføres på invalidekortet og henviser til særlige handicaps. Bogstavet »G« angiver en begrænsning af bevægelsesevnen i trafikken.

12. Ved skrivelse af 13. maj 2005 anmodede sagsøgeren om at afholde ferien for 2004 fra den 1. juni 2005. Sagsøgte afviste anmodningen om ferie den 25. maj 2005 med den begrundelse, at hans arbejdsdygtighed i henhold til § 7, stk. 2, i MTAng-BfA først skulle fastslås af bedriftslægen. Ved skrivelse af 10. august 2005 anmodede sagsøgeren om at få forelagt et forslag til hjemmearbejde som en genindslusningsforanstaltning. Den 6. september 2005 svarede sagsøgte, at man, efter at sagsøgeren kort forinden havde indgivet ansøgning om pensionering, først ville afvente resultatet af pensionssagen.

13. Sagsøgte fastslog som pensionsforsikringsinstitution ved sin afgørelse fremsendt i september 2005, at sagsøgerens erhvervsevne var nedsat, og bevilligede med tilbagevirkende kraft en tidsubegrænset pension fra den 1. marts 2005 på grund af fuld erhvervsevnenedsættelse. På grundlag af denne konstatering ophørte parternes arbejdsforhold den 30. september 2005, jf. § 59 i MTAng-BfA.

14. I november 2005 anlagde sagsøgeren sag ved Arbeitsgericht Düsseldorf med påstand om godtgørelse for ferien for 2004 og 2005. Ved dom af 7. marts 2006 frifandt Arbeitsgericht Düsseldorf sagsøgte. Denne afgørelse appellerede sagsøgeren til den forelæggende Landesarbeitsgericht Düsseldorf.

15. Sagsøgeren har fastsat sit betalingskrav til i alt 14 094,78 EUR brutto, idet han til grund lægger 35 feriedage pr. år og en månedsløn på 4 362,67 EUR brutto. Han har anført, at han i den ferie, han havde anmodet om fra den 1. juni 2005, havde ønsket at komme til kræfter for senere at kunne deltage i en genindslusningsforanstaltning. Endvidere har han anført, at han er i stand til at udføre lettere kontorarbejde på deltid.

16. Sagsøgte har hertil svaret, at det af sagsøgeren foreslåede deltidskontorarbejde ikke udgør en opfyldelse af den kontraktlige arbejdsforpligtelse. Hvis derfor sagsøgerens uarbejdsdygtighed stadig består, har hans feriekrav ikke kunnet opfyldes før udløbet af hver af overførselsperioderne og er dermed bortfaldet. Derfor er sagsøgeren heller ikke berettiget til den af ham krævede feriegodtgørelse.

17. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at tvistens afgørelse afhænger af fortolkningen af direktiv 2003/88. Den har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

1) Skal artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF (= artikel 7 i direktiv 93/104/EF) forstås således, at arbejdstagere under alle omstændigheder skal have en betalt ferie på mindst fire uger årligt, [og at] særligt ferie, som arbejdstageren på grund af sygdom ikke har afholdt i ferieåret, skal gives på et senere tidspunkt, eller kan det være fastsat i national lovgivning og/eller praksis, at retten til betalt ferie bortfalder, hvis arbejdstagere i ferieåret før afholdelse af ferien bliver uarbejdsdygtige på grund af sygdom og ikke genvinder deres arbejdsdygtighed før ferieårets udløb respektive før udløbet af den overførselsperiode, der er fastsat ved lov, i overenskomst eller ved individuel kontrakt?

2) Skal artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88/EF forstås således, at arbejdstagere ved ophør af arbejdsforholdet under alle omstændigheder har ret til økonomisk godtgørelse som erstatning for optjent og ikke afholdt ferie (feriegodtgørelse), eller kan det være fastsat i national lovgivning og/eller praksis, at arbejdstagere ikke har ret til feriegodtgørelse, hvis de er uarbejdsdygtige på grund af sygdom frem til udløbet af ferieåret respektive den efterfølgende overførselsperiode, og/eller hvis de efter arbejdsforholdets ophør modtager en pension på grund af nedsat erhvervsevne eller invaliditet?

3) Hvis Domstolen besvarer spørgsmål 1 og 2 bekræftende:

Skal artikel 7 i direktiv 2003/88/EF forstås således, at det er en forudsætning for retten til årlig ferie eller økonomisk godtgørelse, at arbejdstageren faktisk har arbejdet i ferieåret, eller opstår denne rettighed også ved begrundet fravær (på grund af sygdom) eller ubegrundet fravær i hele ferieåret?

IV — Retsforhandlinger for Domstolen

18. Den præjudicielle anmodning, dateret den 2. august 2006, blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 21. august 2006.

19. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen, af regeringerne i Forbundsrepublikken Tyskland, Det Forenede Kongerige og Den Italienske Republik samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i statutten for Domstolen.

20. I den mundtlige forhandling den 20. november 2007 deltog repræsentanter for regeringerne i Forbundsrepublikken Tyskland, Det Forenede Kongerige og Kongeriget Nederlandene samt for Kommissionen og afgav mundtlige indlæg.

V — Parternes vigtigste anbringender

21. *Sagsøgte* har gjort gældende, at en ubegrænset overførsel af feriekrav, når det drejer sig om arbejdsdygtige arbejdstagere, ville være direkte i strid med direktivets beskyttelsesformål (sikring af minimumshvileperioder for at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed). Når det drejer sig om uarbejdsdygtige arbejdstagere, ville en tidsubegrænset overførsel endda føre til, at arbejdsgivere kunne være tilbøjelige til at skille sig tidligere af med langvarigt syge arbejdstagere ved at sige dem op. Ellers ville de nemlig kunne risikere ved arbejdsforholdets ophør at skulle udbetale godtgørelse for betydelige feriekrav, der havde hobet sig op over flere år, hvilket kunne medføre en alvorlig belastning for virksomhedens interesser.

22. Den *tyske regering* er af den opfattelse, at artikel 7, stk. 1, i arbejdstidsdirektivet blot fastsætter, at en arbejdstager har ret til en årlig betalt ferie på mindst fire uger. Det er kun minimumslængden af den årlige ferie, der reguleres ved denne bestemmelse. De nærmere omstændigheder omkring

opnåelsen af ferie, hvorunder bortfaldet af feriekravet hører, overlader direktivet til medlemsstaternes lovgivningskompetence og fortolkningen af den nationale lovgivning gennem retspraksis.

23. Hvad angår det andet spørgsmål har den tyske regering anført, at det tilkommer medlemsstaterne og disses institutioner at bestemme, om og under hvilke betingelser de ønsker, at der skal betales feriegodtgørelse ved ophør af et arbejdsforhold.

24. Efter *Det Forenede Kongeriges regerings* opfattelse har sagsøgeren ikke arbejdet, så længe han var på sygeorlov, hvorfor han heller ikke har haft behov for en »faktisk hviletid« for at restituere sig fra arbejdet. Ifølge Det Forenede Kongeriges regerings opfattelse er formålet med artikel 7 at beskytte sikkerheden og sundheden hos de personer, der rent faktisk arbejder, ved at der her er fastsat hvileperioder for dem. I denne sag ville det imidlertid ikke have haft nogen positiv virkning på arbejdstagerens sikkerhed eller sundhed, hvis han havde fået ferie. Ferien kunne ikke have været afholdt før ophøret af arbejdsforholdet. Hvis sagsøgeren i denne sag havde ret til en årlig ferie, måtte man spørge: ferie fra hvad? Udsagnet om, at sagsøger afholder »sin årlige ferie« under sin »sygeorlov«, giver derfor ingen mening.

25. *Det Forenede Kongeriges* regering understreger, at svaret på det andet spørgsmål kan udledes af svaret på det første spørgsmål. Da en sådan arbejdstager ikke har noget krav på ferie i henhold til artikel 7, stk. 1, kan han heller ikke have noget krav på feriegodtgørelse i henhold til artikel 7, stk. 2. Derudover er en feriegodtgørelse ved ophøret af et arbejdsforhold ganske vist tilladt efter artikel 7, stk. 2, men ikke påbudt. Derfor kan der ikke bestå nogen forpligtelse til en sådan betaling, hvis en person har været fraværende fra arbejdet i længere tid på grund af sygdomsbetinget uarbejdsdygtighed.

26. Den *italienske regering* henviser både til Den Internationale Arbejderorganisations konvention nr. 52 og 132 (ILO, som den engelske forkortelse lyder) og til Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af direktivets artikel 7. Under hensyntagen til de af Domstolen udviklede principper er det ifølge denne regerings opfattelse ikke muligt at drage den konklusion, at det krav om faktisk at opnå ferie, som sagsøgeren i hovedsagen har fremsat, må bortfalde, uden samtidig at rejse tvivl om de forskellige formål med henholdsvis ferie og sygeorlov.

27. På grundlag af de ovenstående betragtninger konkluderer den italienske regering, at en arbejdstager ved ophøret af arbejdsforholdet under alle omstændigheder har krav på en økonomisk kompensation som erstatning for den optjente, men ikke afholdte ferie. En national bestemmelse, ifølge hvilken arbejdstagerne ikke har noget krav på en feriegodtgørelse, hvis de er uarbejdsdygtige på

grund af sygdom indtil udløbet af ferieåret eller den hertil svarende overførselsperiode, forekommer derfor ikke at være i overensstemmelse med de fællesskabsretlige principper.

28. *Kommissionen* er af den opfattelse, at anbringendet om, at en arbejdstager, som på grund af sygdom har været fraværende og ikke har arbejdet, ikke har behov for nogen hertil svarende hvileperiode, ikke er foreneligt med den opfattelse, der er fremført i Domstolens praksis. Når en arbejdstager sygemeldes, kan retten til årlig ferie ikke anses for at være opfyldt, da sygemeldingen er en følge af arbejdstagerens uarbejdsdygtighed og ikke tjener til, at han kan hvile, komme på afstand fra arbejdet og restituere sig, men til at han kan blive rask og genvinde sin sundhed og sin arbejdsduelighed. Efter Kommissionens mening skal medlemsstaterne respektere de grænser, som direktivet har fastsat for dem. Nationale foranstaltninger kan derfor ikke gå så vidt, at de tvinger arbejdstageren til at afholde sin årlige ferie inden for en begrænset overførselsperiode i det påfølgende år, og hvis man ikke overholder disse betingelser, da som straf lade feriekravet bortfalde automatisk. Bortfald af kravet uden en godtgørelse er derfor i strid med direktivets formål.

29. Hvad angår det andet spørgsmål har Kommissionen anført, at den argumentation, der ligger til grund for Domstolens praksis, ifølge hvilken muligheden for at kunne erstatte retten til en årlig ferie med en økonomisk godtgørelse i princippet er uforenelig med direktiv 2003/88, *a fortiori* også kan anvendes på en national ordning, som indebærer, at hvis man ikke afholder sin årlige ferie, bortfalder denne automatisk.

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

VI — Stillingtagen

A — *Det første spørgsmål*

1. Indledende bemærkninger

31. Med det første spørgsmål rejser Landesarbeitsgericht Düsseldorf et problem med hensyn til fortolkningen af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, især udtrykket »i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis«. I retlig henseende vedrører dette fortolkningsproblem

spørgsmålet om, hvorvidt eller i hvilket omfang medlemsstaterne råder over en kompetence til at fastsætte de retlige betingelser for et bortfald af retten til årlig betalt minimumsferie.

2. Retten til årlig betalt ferie som grundlæggende social rettighed

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

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

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

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

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

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

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

35. Ved fortolkningen af artikel 7 i direktiv 2003/88 skal det imidlertid tages i betragtning, at retten til en årlig betalt minimumsferie ikke først er blevet indført med arbejdstidsdirektivet, men længe har udgjort en del af de folkeretligt anerkendte grundlæggende sociale rettigheder [9], uafhængigt af længden af den tildelte ferie. På internationalt plan nævnes denne grundlæggende rettighed f.eks. i artikel 24 i verdenserklæringen om menneskerettigheder [10], som tilkender enhver »ret til hvile og fritid, herunder en rimelig begrænsning af arbejdstiden, og til periodisk ferie med løn«. Rettigheden anerkendes ligeledes i artikel 2, stk. 3, i Europarådets socialpagt [11], samt i artikel 7, litra d), i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder [12] som udtryk for ethvert menneskes ret til retfærdige og rimelige arbejdsvilkår.

36. Inden for rammerne af Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO), som er en særorganisation i FN-regi, har retten til årlig betalt minimumsferie indtil nu været genstand for to multilaterale aftaler, idet konvention nr. 132, der trådte i kraft den 30. juni 1973 [13], ændrede den indtil da gældende konvention nr. 52 [14]. De indeholder bindende forskrifter for de kontraherende stater med henblik på at realisere denne grundlæggende sociale rettighed inden for deres nationale retsordener.

37. Disse forskellige internationale retsakter adskiller sig imidlertid fra hinanden både i deres indhold og i deres normative række-

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

9 — Som generaladvokat Tizzano anfører i sit forslag til afgørelse af 8.2.2001 i BECTU-sagen, dom nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 22, har retten til årlig betalt ferie længe udgjort en del af de grundlæggende sociale rettigheder.

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

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

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

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

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

vidde, idet det i visse tilfælde drejer sig om folkeretlige aftaler, og i andre blot om højtidelige erklæringer uden retlig bindende virkning [15]. Det personelle anvendelsesområde er også forskelligt udformet, således at den begunstigede personkreds på ingen måde er identisk. Desuden indrømmes der som regel de stater, der har undertegnet aftalen som adressater for disse retsakter, et vidt spillerum for gennemførelsen, således at de begunstigede individer ikke umiddelbart kan påberåbe sig denne rettighed. Alligevel er det karakteristisk, at retten til betalt ferie i samtlige disse internationale retsakter klart henregnes til arbejdstagernes grundlæggende rettigheder.

38. Desto vigtigere er det efter min mening, at denne ret ved at blive optaget i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [16] har opnået sin højst kvalificerede og endegyldige bekræftelse [17]. Artikel 31, stk. 2, i charteret bestemmer nemlig, at »[e]nhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til årlig ferie med løn«. Historisk set knytter denne bestemmelse sig til artikel 2, stk. 3, i Europarådets socialpagt og til punkt 8 i Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder [18]; samtidig blev der ifølge bemærkninger fra Konventspræsidiets sekretariat taget omfattende hensyn til direktiv 93/104 som forgængerdirektiv for det nuværende direktiv 2003/88 [19].

39. Artikel 31, stk. 2, i charteret om grundlæggende rettigheder fastlægger således retten til årlig betalt ferieperiode som en almengyldig menneskerettighed [20]. Ganske vist er der i lighed med nogle af de førnævnte internationale juridiske instrumenter ikke tillagt Den Europæiske Unions charter om

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

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

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

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

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

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

grundlæggende rettigheder nogen autentisk normativ rækkevidde, således at dette først og fremmest skal ses som en politisk erklæring. Alligevel mener jeg, at det ville være fejlagtigt at frakende charteret enhver betydning ved fortolkningen af fællesskabsretten [21]. Uanset spørgsmålet om charterets endelige retlige status i Den Europæiske Unions retsorden, der må afklares i fremtiden, udgør det allerede i dag en konkretisering af grundlæggende fælleseuropæiske værdier [22].

40. Derudover afspejler charteret i betydelig grad også medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Så vidt jeg kan se, kan man så afgjort drage denne konklusion med hensyn til retten til årlig betalt minimumsferie, da artikel 31, stk. 2, i charteret har forbilleder i talrige medlemsstaters forfatning [23]. Det kan derfor bestemt forsvares i en

21 — Denne opfattelse har jeg senest fremført i mit forslag til afgørelse af 3.5.2007 fremsat i forbindelse med dom af 18.12.2007, sag C-62/06, Zefeser, punkt 54 og fodnote 43, vedrørende retten til en retfærdig rettergang i henhold til artikel 47 i charteret om grundlæggende rettigheder. Herom allerede tidligere generaladvokat Tizzano i hans forslag til afgørelse i BECTU-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 9, punkt 28, samt generaladvokat Léger i hans forslag til afgørelse af 10.7.2001 fremsat i forbindelse med dom af 6.12.2001, sag C-353/99 P, Rådet mod Hautala, Sml. I, s. 9565, punkt 73-86. Også Domstolen baserer sig i stigende grad på bestemmelserne i charteret om grundlæggende rettigheder. Jf. senest herom dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Europa-Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 38, med henvisning til vigtigheden af charteret, der anføres i betragtningerne til det omhandlede direktiv, samt dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37, og af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 46.

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

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

retstvist som den foreliggende om en grundlæggende rettigheds natur og rækkevidde at inddrage grundtanken i charterets artikel 31, stk. 2, ved fortolkningen af artikel 7 i direktiv 2003/88 [24].

3. Retten til årlig betalt minimumsferie i fællesskabsretten

a) Medlemsstaternes gennemførelseskompetence

41. Domstolen har anerkendt rækkevidden af retten til årlig betalt ferie og fastslået, at »[h]ver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie må betragtes som et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning, der ikke kan fraviges, og som kun kan gennemføres af de kompetente nationale myndigheder inden for de udtrykkelige begrænsninger, der er fastsat ved direktivet selv« [25]. Bestemmelserne i artikel 7 i direktiv 2003/88 er formuleret som en regel, der foreskriver, at en arbejdstager skal have adgang til en reel hvileperiode med henblik på en effektiv beskyttelse af hans sikkerhed og sundhed [26].

42. For at kunne opfylde formålene med direktivet må man følge retspraksis og tage udgangspunkt i et tidsmæssigt bredt beskyttelsesområde i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, således at den følgende fremstilling ligeledes gælder for den ferie, der ikke afholdes i det løbende år, men først på et senere tidspunkt. Domstolen har nemlig herom fastslået, at den positive virkning af den årlige ferie, der afholdes med henblik på arbejdstagerens sikkerhed og sundhed, ganske vist udløses fuldt ud, hvis ferien afholdes i det foreskrevne år, dvs. i det løbende år, men dog ikke mister sin betydning i denne henseende, såfremt den afholdes i løbet af en efterfølgende periode. Eftersom ferien også kan bidrage til arbejdstagerens sikkerhed og sundhed, når den afholdes i løbet af et efterfølgende år, henhører den også i dette tilfælde under direktivets anvendelsesområde [27].

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

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

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

27 — Dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 30 og 31.

43. Ifølge retspraksis tilkommer der medlemsstaterne en vigtig rolle ved realiseringen af denne ret, da der til opfyldelse af kravet om gennemførelse i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 påhviler dem en forpligtelse til at fastsætte de nødvendige nationale gennemførelsesbestemmelser [28]. Dette indbefatter fastlæggelse af vilkårene for udøvelse og gennemførelse af retten til årlig betalt ferie, idet det står medlemsstaterne frit for at præcisere de konkrete omstændigheder, hvorunder arbejdstagerne kan gøre brug af denne ret, som tilkommer dem for alle de fuldførte arbejdsperioder [29].

44. Henvisningen i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 til de nationale bestemmelser tjener navnlig det formål at gøre det muligt for medlemsstaterne at fastsætte de retlige rammer, der regulerer de organisatoriske og processuelle aspekter af retten til ferie, såsom planlægning af ferieperioder, arbejdstagerens eventuelle forpligtelse til at give forudgående meddelelse til arbejdsgiveren om, hvornår han vil tage sin ferie, krav om en minimumsbeskæftigelsesperiode, inden der kan tages ferie, kriterierne for den forholdsmæssige beregning af retten til årlig ferie, når arbejdsforholdet varer mindre end et år osv. [30]. Men det drejer sig altid om foranstaltninger til bestemmelse af de vilkår for opnåelse og tildeling af retten til ferie, der som sådanne er givet mulighed for i direktiv 2003/88.

45. Omvendt kan man af princippet om fællesskabssolidaritet i henhold til artikel 10 EF udlede medlemsstaternes fællesskabsretlige forpligtelse til at undlade alt, hvad der kan stå i vejen for dette formål, ved gennemførelsen i national lovgivning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 [31]. Dette vedrører især indførelsen af foranstaltninger, som kan bringe selve eksistensen af retten til årlig betalt minimumsferie i fare [32]. Som konsekvens heraf har Domstolen i BECTU-dommen [33] erklæret en national ordning, der opstiller en betingelse for retten til årlig betalt ferie, der i sig selv for visse arbejdstagere kan forhindre, at denne ret opstår, for uforenelig med fællesskabsretten med den begrundelse, at den ikke blot tømmer en individuel rettighed, som direktiv 93/104 udtrykkeligt har etableret, for sit indhold, men også er i strid med formålet med dette direktiv.

46. Domstolen har efter min vurdering i den nævnte dom anvendt ideen om den effektive virkning af fællesskabsretten og med rette erkendt, at en medlemsstat, som kan træffe afgørelse om erhvervelse af en ret, også kan underminere eller ligefrem borteliminere den ved at gøre virkeliggørelsen af den afhængig af

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

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

30 — Således også Kommissionens fremstilling i BECTU-sagen, som generaladvokat Tizzano har behandlet i sit forslag til afgørelse i den sag, nævnt ovenfor i fodnote 9, punkt 34.

31 — Efter fast retspraksis medfører artikel 10 EF en forpligtelse for medlemsstaterne til at gennemføre et direktiv på en sådan måde, at det sikres, at direktivet anvendes fuldt ud (dom af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 24-26, af 16.11.2000, sag C-214/98, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 9601, præmis 49, og af 9.9.1999, sag C-217/97, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5087, præmis 31). Den nationale lovgiver skal derfor ændre, ophæve eller supplere den indenrigske lovgivning, således at fællesskabsrettens bestemmelser kan udfolde deres fulde praktiske virkning (jf. dom af 8.2.1973, sag 30/72, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 161, præmis 11, og W. Kahl, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag,* Christian Calliess og Matthias Ruffert, 1. oplag, Neuwied, 1999, artikel 10 EF, afsnit 19, s. 374).

32 — I samme retning A.L. Bogg, »The right to paid annual leave in the Court of Justice: the eclipse of functionalism«, *European Law Review*, bind 31, 2006, afsnit 6, s. 897, ifølge hvilken en national ordning ikke kan gå så vidt, at den benægter eksistensen af retten til årlig betalt minimumsferie.

33 — BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 48.

betingelser, der kun vanskeligt kan opfyldes. Det er min opfattelse, at en sådan ret kan undermineres på samme måde, hvis en medlemsstat kan fastsætte betingelserne for bortfaldet heraf, da det i begge tilfælde drejer sig om selve eksistensen af denne ret.

47. Der består nemlig den samme fare for virkeliggørelsen af retten til årlig betalt ferie, hvis en medlemsstat får kompetence til at fastsætte, under hvilke omstændigheder en arbejdstager mister denne ret efter udløbet af en bestemt frist. Her drejer det sig ikke længere om en afgørelse vedrørende den måde, den årlige betalte ferie skal afholdes på [34], dvs. den konkrete gennemførelse af denne rettighed, men om definitionen af rækkevidden af en fællesskabsbestemmelse, nemlig artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88.

48. En fortolkning af denne bestemmelse, hvorerfter den årlige ferie bortfalder ved udløbet af en bestemt frist, selv om arbejdstagere, der på grund af sygdom er uarbejdsdygtige, ikke har kunnet afholde den, fører nemlig til, at bestemte arbejdstagere udelukkes fra denne ret derved, at det personelle anvendelsesområde indskrænkes [35].

49. Som følge af den harmonisering inden for dette område af den sociale arbejdsbeskyttelsesret, som i henhold til artikel 137, stk. 2, litra b), EF tilstræbes som retsgrundlag for direktiv 2003/88, ligger kompetencen til at bestemme rækkevidden af denne rettighed imidlertid stadig hos Fællesskabet [36]. Hvis den nemlig lå hos medlemsstaterne, ville det i praksis være umuligt på fællesskabsplan at sikre et sammenligneligt beskyttelsesniveau og dermed formålet med harmoniseringen. Af denne grund må den belgiske og den tjekkiske regerings anbringende om, at retten til årlig ferie for en arbejdstager, der på grund af sygdom er uarbejdsdygtig, hører under de nærmere regler for tildeling af ferie og er underlagt medlemsstaternes lovgivningsbeføjelse, afvises.

b) Det fællesskabsretligt sikrede beskyttelsesniveau

50. Desuden anser jeg det for vigtigt at minde om, at medlemsstaternes frihed til at fastsætte de nationale gennemførelsesforanstaltninger

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

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

36 — Artikel 137 EF er den vigtigste bemyndigelse til udstedelse af direktiver i kapitlet om socialpolitik. Den stiller krav om et bestemt formål med harmoniseringen, som kan udledes ved at sammenholde stk. 2 med stk. 1. Ifølge disse skal harmoniseringen ske for at fremme Fællesskabets accessoriske og supplerende funktion på de i stk. 1, litra a)-i) nævnte områder. Dertil hører i henhold til stk. 1, litra a), beskyttelsen af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Grundlaget var tidligere EF-traktatens artikel 118, der ligeledes havde et primært socialt sigte og dermed adskilte sig fra den anden kompetenceregel i EF-traktatens artikel 100a (nu artikel 94 EF), som tager sigte på det indre marked, jf. S. Krebber, nævnt ovenfor i fodnote 24, og artikel 137 EF, afsnit 18, s. 1373.

begrænses af den omstændighed, at artikel 137, stk. 2, litra b), EF ved udstedelsen af minimumsbestemmelser tilsigter at sikre et vist fællesskabsretligt fastlagt beskyttelsesniveau, som medlemsstaterne ikke må gå under. Som Domstolen har fastslået i dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet [37] med hensyn til begrebet »minimumsforskrifter« som omhandlet i det tidligere retsgrundlag i EF-traktatens artikel 118a begrænser denne bestemmelse ikke Fællesskabets indgreb til den laveste fællesnævner eller endog til det laveste beskyttelsesniveau i de forskellige medlemsstater. Tværtimod skal begrebet forstås således, at staterne har ret til at yde en beskyttelse, der er bedre end det efter omstændighederne høje beskyttelsesniveau, som følger af fællesskabsretten.

51. Denne fortolkning bekræftes af ordlyden i artikel 136 EF, hvorefter formålet med socialpolitikken er en »forbedring af leve- og arbejdsvilkårene«. Dette formål skal udtrykkeligt nås gennem en udjævning »på et stadigt stigende niveau« [38]. For at opfylde denne primærretlige målsætning bemyndiger artikel 15 i direktiv 2003/88 medlemsstaterne til at anvende eller indføre foranstaltninger, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Tilsvarende hedder det i artikel 23 i direktiv 2003/88 vedrørende beskyttelsesniveauet for arbejdstagere, at uanset medlemsstaternes ret til at tilpasse forskellige love og bestemmelser på arbejdstidsområdet efter udviklingen, for så vidt som dette direktivs minimumskrav overholdes, kan gennemførelsen af direktivet ikke danne grundlag for at sænke det generelle niveau for beskyttelse af arbejdstagerne [39].

52. Hvilket minimalt beskyttelsesniveau fællesskabslovgiver har fastsat på ferieretsområdet, kan bestemmes på grundlag af direktiv 2003/88. Jeg skal her påpege, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 ikke indeholder nogen begrænsning af retten til ferie. Direktivet indeholder intet om et krav om, at arbejdstageren skal anmode om og faktisk afholde sin ferie inden et bestemt tidspunkt, dvs. inden udgangen af ferieåret eller af overførselsperioden, og indeholder heller ikke nogen bestemmelse om bortfald af kravet. Artikel 7, stk. 1, hører heller ikke til de bestemmelser, som artikel 17 i direktiv 2003/88 udtrykkeligt giver adgang til at fravige [40].

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

38 — W. Balze, nævnt ovenfor i fodnote 15, 38. supplementhæfte, 1998, tredje afsnit.

39 — Dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 42. W. Balze, »Arbeitszeit, Urlaub und Teilzeitarbeit«, *Europäisches Arbeits- og Sozialrecht*, 79. supplementhæfte, oktober 2002, B 3100, sjette afsnit, s. 9, opfatter reglerne i arbejdstidsdirektivet som minimalbestemmelser svarende til indholdet i artikel 137 EF, således at medlemsstaterne må indføre eller opretholde strengere arbejdstidsregler. Ganske vist bestemmer artikel 14 i direktiv 2003/88, at mere specifikke forskrifter har forrang frem for direktivets bestemmelser uanset om deres beskyttelsesniveau ligger under arbejdstidsdirektivets.

40 — Jf. Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 62, og BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 41. I samme retning også W. Balze, »Die Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr. 7, 1994, s. 207, der ikke kan finde nogen beføjelse til indholdsmæssigt at fravige denne regel.

53. Dermed tilstræber fællesskabslovgiver bevidst et højere beskyttelsesniveau end ILO-konvention nr. 132 [41]. Mens artikel 9 i ILO-konvention nr. 132 fastsætter, at den årlige ferie skal gives og holdes inden for en periode på ét år, henholdsvis 18 måneder efter optjeningsårets udløb [42], mangler der helt en tilsvarende regel i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88. Dette tillader den konklusion, at den beskyttelse, som fællesskabsretten vil sikre arbejdstagerne, er bredere end den, der er indeholdt i de arbejdsretlige normer inden for den folkeretlige aftaleret [43].

54. En fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, hvorefter retten til årlig betalt ferie bortfalder efter en vis tid, hvis ferien ikke afholdes rettidigt, er således hverken forenelig med fællesskabslovgivers formål — at garantere et højere beskyttelsesniveau end ILO-konvention nr. 132 — og fortolkningen har heller ikke noget grundlag i denne bestemmelses ordlyd.

c) Feriekravets tilknytning til arbejdsdygtighed

i) Overførsel af de i retspraksis udviklede principper

55. I modsætning til Det Forenede Kongeriges og den nederlandske regerings opfattelse findes der heller ingen holdepunkter for, at

41 — Jeg skal herved påpege, at der i henhold til sjette betragtning til direktiv 2003/88 bør tages hensyn til Den Internationale Arbejdsorganisations principper med hensyn til tilrettelæggelse af arbejdstiden. Hertil henviser generaladvokat Kokott også i fodnote 8 i sit forslag til afgørelse af 12.1.2006 i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, dom nævnt ovenfor i fodnote 25. Det forekommer mig uundgåeligt ved fortolkningen af direktiv 2003/88 at tage hensyn til de vigtigste principper i ILO-konvention nr. 132, i betragtning af at ILO-reglerne har etableret afgørende internationale standarder på arbejdsretsområdet. Der er i det store og hele en høj grad af konvergens mellem de to instrumenter. Ganske vist kan det ved en nærmere betragtning ikke overses, at mange bestemmelser i direktiv 2003/88 går ud over, hvad ILO-konvention nr. 132 foreskriver. Af denne grund kan det med rette vedrørende direktiv 2003/88 hævdes, at det er en fællesskabsspecifik videreudvikling af denne konvention, jf. J. Murray, *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, Haag, 2001, s. 185.

42 — Artikel 9 i ILO-konvention nr. 132 er en særlig bestemmelse om ferieret, der henviser til den i artikel 8 fastsatte mulighed for en deling af den årlige betalte ferie. Denne deling af den årlige ferie kan den kompetente myndighed give tilladelse til, dog har arbejdstageren krav på mindst to uger i sammenhæng, hvis der ikke foreligger en aftale mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Artikel 9 bestemmer, at denne sammenhængende del skal gives og holdes senest et år og resten af den årlige betalte ferie senest 18 måneder efter optjeningsåret. En udsættelse af en del, som overstiger et foreskrevet minimum, kan med arbejdstagerens samtykke udsættes til et senere tidspunkt ud over de angivne perioder. Fastsættelsen af tidspunktet skal ske efter forhandling med de faglige organisationer på nationalt niveau, jf. herom S. Böhmert, *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2002, s. 128.

43 — Der kan heller ikke af fristreglerne i artikel 9 i ILO-konvention nr. 132 udledes noget, der kunne tyde på et muligt retstab for arbejdstageren, da disse fristregler ikke selv fastlægger nogen retsvirkning, i tilfælde af at ferien ikke afholdes eller gives før fristens udløb. Derimod fremgår det entydigt af artikel 12 i samme konvention, at retten til årlig betalt minimumsferie ikke står til forhandling, således at enhver overenskomst om afkald på retten eller frasigelse af ferien alt efter vedkommende lands forhold skal være ugyldig eller forbudt. I. García Perrote Escartín, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 3602, er ligeledes af den mening, at en ordning, efter hvilken retten til en årlig minimumsferie bortfalder efter udløbet af en vis frist, hverken har noget retsgrundlag i ILO-konvention nr. 132 eller i direktiv 2003/88. Det fremgår tværtimod af artikel 12 i ILO-konvention nr. 132, at det er en ret, der ikke kan fraviges.

artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 knytter retten til den årlige betalte minimumsferie sammen med arbejdstagerens arbejdsdygtighed i ferieåret eller i overførselsperioden. Ganske vist kan man i princippet indvende, at en arbejdstager, der har været fraværende på grund af sygdom og ikke har arbejdet, ikke har behov for en tilsvarende hvileperiode. Men som Kommissionen med rette anfører, er dette synspunkt ikke foreneligt med Domstolens, som det kommer til udtryk i Merino Gómez-dommen [44] og Federatie Nederlandse Vakbeweging-dommen [45].

56. I Merino Gómez-sagen skulle Domstolen tage stilling til det fællesskabsretlige forhold mellem årlig ferie og barselsorlov. Det drejede sig konkret om spørgsmålet, hvorvidt en kvindelig arbejdstager på grundlag af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, artikel 11, nr. 2, litra a), i direktiv 92/85/EØF [46] og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF [47], i tilfælde, hvor der i kollektive aftaler indgået mellem virksomheden og repræsentanterne for arbejdstagerne er fastsat ferieperioder for samtlige ansatte, og disse perioder falder sammen med hendes barselsorlov, har ret til at afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, der er aftalt, og som ikke falder sammen med hendes barselsorlov. Domstolen fastslog her, at formålet med retten til årlig ferie er forskelligt fra barselsorlovens formål. Formålet med barselsorlov er for det første at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen og for det andet at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen [48]. Domstolen fastslog derfor, at en kvindelig arbejdstager skal kunne afholde sin ferie i en anden periode end den, hvor hun er på barselsorlov [49].

57. Dette grundprincip har Domstolen bekræftet i Federatie Nederlandse Vakbeweging-dommen og præciseret, at kumuleringen af flere ferieperioder, der er sikret ved fællesskabsretten, kan gøre det uundgåeligt, at den årlige ferie eller en del deraf overføres til det følgende år [50], da en orlov, der er sikret ved fællesskabsretten, ikke kan påvirke en anden orlov, der er sikret ved fællesskabsretten [51].

44 — Nævnt ovenfor i fodnote 25.

45 — Nævnt ovenfor i fodnote 25.

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

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

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

49 — Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 38.

50 — Dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 24, og dom af 14.4.2005, sag C-519/03, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3067, præmis 33.

51 — Dommen i sagen Federatie Nederlandse Vakbeweging, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 24, i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 33, og Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 41.

58. Selv om en graviditet bestemt ikke kan sidestilles med en sygdomstilstand, kan der alligevel anføres adskillige grunde til en analog anvendelse af denne retspraksis på forholdet mellem årlig ferie og sygeorlov. Lige som ved barselsorlov har sygeorlov nemlig til formål at bevare arbejdstagerens fysiske og psykiske integritet, idet han ved at befries for arbejdsforpligtelsen og få tilkendt en hviletid får mulighed for at restituere sig fysisk og senere igen vende tilbage til sin arbejdsplads. I modsætning til den årlige ferie, der har til formål, at man kan hvile sig, komme på afstand og restituere sig, er formålet med sygeorlov således udelukkende, at man skal komme sig og blive rask, dvs. overvinde en sygdomstilstand, hvis årsager den berørte arbejdstager desuden er uden indflydelse på [52].

Hvis man følger grundtanken i den ovennævnte retspraksis, må det være forbudt at lade opnåelse af sygeorlov ske på bekostning af den årlige betalte ferie, da dette ellers kunne føre til en udhuling af denne grundlæggende sikrede ret.

ii) Tilsidesættelse af mening og formål med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88

— Risikoen for en fortolkning i strid med formålet

59. I den forbindelse skal jeg i overensstemmelse med den italienske regerings opfattelse anføre, at det ikke er muligt under hensyntagen til de af Domstolen udviklede principper at nå til den konklusion, at kravet fra sagsøgeren i hovedsagen om ferie bortfalder, uden at der rejses tvivl om de forskellige formål med henholdsvis ferie og sygeorlov.

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

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

61. Den oprindelige mening og det oprindelige formål med det arbejdsretlige forbud mod

at akkumulere ikke-afholdte feriedage, som det indtil nu har eksisteret i nogle nationale retsordener, herunder den tyske, består tilsyneladende i at sikre, at ferien faktisk holdes inden for det løbende år, idet ansvaret for at omsætte feriekravet til virkelighed i det enkelte tilfælde pålægges arbejdstageren selv. Ifølge dette koncept virker det åbenbart konsekvent at lade arbejdstageren selv bære følgerne af sin passivitet eller af, at han for sent har rejst sit krav, ved at han mister denne ret [53].

62. Imidlertid skal det tages i betragtning, at det oprindelige formål med den sociale beskyttelse af arbejdstageren, der er baggrunden for disse bestemmelser og som sådant er identisk med formålet med direktiv 2003/88, direkte bliver vendt til sin modsætning, hvis arbejdstageren af grunde, som ikke kan tilregnes ham, ikke kan virkeliggøre sit krav på årlig ferie. Til de omstændigheder, som ikke kan tilregnes arbejdstageren, hører for det første muligheden for, at arbejdsgiveren med vilje ikke opfylder kravet, hvorved arbejdsgiveren oven i købet bliver belønnet af disse bestemmelser. Men derudover hører også naturlige force-majeure omstændigheder såsom sygdom hertil, som den berørte arbejdstager er uden indflydelse på.

63. I begge tilfælde betyder tabet af retten til ferie ikke blot, at det tilstræbte formål ikke opfyldes, men det vil i sidste ende virke som en sagligt uberettiget sanktion mod arbejdstageren. En sådan retsvirkning er åbenlyst ikke forenelig med meningen og formålet med direktiv 2003/88. Følgelig kan artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 ikke fortolkes således, at en sygdomsbetinget uarbejdsdygtighed hos arbejdstageren medfører et tab af den grundlæggende ret, han er garanteret, til en årlig minimumsferie.

53 — R. Glaser og H. Lüders, »§ 7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH — Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf«, *Betriebs-Berater*, 61. årgang, 2006, hæfte 49, s. 2692, giver udtryk for den opfattelse, at udsigten til, at feriekravet bortfalder, netop sikrer, at ferien også rent faktisk og rettidigt afholdes. I. García Perrote Escartín, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 3593 og 3600, henviser til, at dette forbud mod kumulering tager sigte på at gøre det muligt for arbejdstageren faktisk at afholde sin årlige ferie. Ifølge dette koncept er det arbejdstageren, der bærer »byrden« med konsekvent at forsvare sin ret til ferie. Forfatteren gør dog opmærksom på, at dette forbud medfører ikke så få ulemper. Det kan her have den blandt arbejdsretsjurister ikke ukendte »boomerangeffekt«, idet det klart er muligt, at arbejdstageren ender med helt at miste sit feriekrav, hvilket øger risikoen for et eventuelt retsbrud fra arbejdsgiverens side. Forfatteren er af den opfattelse, at en sådan ordning retfærdiggør overtrædelser af bestemmelser og giver arbejdsgiveren lejlighed til uberettiget vinding. Arbejdsgiveren kan nemlig bare iagttage, hvorledes arbejdstageren mister sin årlige ferie, uden at han er forpligtet til nogen økonomisk godtgørelse. Dette medfører, at det ikke er den, der har ansvaret for overtrædelsen, der bliver straffet, nemlig arbejdsgiveren, men derimod den, der ikke var i stand til at virkeliggøre sin ret, nemlig arbejdstageren.

— Fortolkning med udgangspunkt i arbejdsforholdets parters interesser

64. I modsætning til anbringendet fremført af sagsøgte i hovedsagen er det klart muligt at fortolke artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88

således, at fortolkningen tager hensyn til arbejdsgiverens interesser og samtidig medfører en mindre indskrænkning af den grundlæggende ret til årlig minimumsferie end den omhandlede tyske ordning. Som Kommissionen med rette har anført, virker det rimeligt, når en medlemsstat fastsætter betingelser, som af hensyn til sundhed og sikkerhed kræver, at f.eks. retten til ferie kun kan overføres, for så vidt dette skønnes nødvendigt. Ligeledes ville det være muligt at skabe incitamenter, der foranlediger arbejdstagere til at holde deres ferie inden for et rimeligt tidsrum i det følgende år.

65. Den konkrete gennemførelse af disse foranstaltninger på virksomhedsniveau påhviler arbejdsgiveren, der i kraft af sine omfattende organisations- og koordineringsbeføjelser [54] er i stand til i højst mulig grad at bringe arbejdstagernes ret til ferie i overensstemmelse med den enkelte virksomheds behov.

54 — De fællesskabsretlige bestemmelser inden for teknisk og social arbejdsbeskyttelse tager hensyn til arbejdsgiverens omfattende organisations- og koordineringsbeføjelser, idet de f.eks. i henhold til artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 89/391/EØF af 12.6.1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet, EFT L 183, s. 1, pålægger arbejdsgiveren en pligt til at sikre arbejdstagernes sikkerhed og sundhed i alle forhold, der er forbundet med arbejdet. Jf. senest dom af 14.6.2007, sag C-127/05, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 40 og 41, i hvilken Domstolen bekræftede arbejdsgiverens pligt til at sikre arbejdstagerne et sikkert arbejdsmiljø.

iii) Sammenligning med reglerne i ILO-konvention nr. 132

66. Imod at tilknytte feriekravet til arbejdstagerens arbejdsdygtighed taler desuden, at ifølge den entydige ordlyd af artikel 5, stk. 4, i ILO-konvention nr. 132 skal »fravær fra arbejdet af grunde, som den beskæftigede ikke er herre over, såsom sygdom, tilskadekomst eller svangerskab og fødsel, medregnes til beskæftigelsesperioden« [55]. Derudover bestemmer artikel 6, stk. 2, i samme konvention udtrykkeligt, at »perioder af arbejdsudygtighed som følge af sygdom eller tilskadekomst ikke skal kunne medregnes til den […] årlige minimumsferie […]«.

67. Disse bestemmelser skal derfor svarende til deres målsætning forstås således, at en tidligere holdt sygeorlov ikke må påvirke retten til årlig betalt minimumsferie [56]. Ganske vist skal de stater, der har undertegnet konventionen, hvilket gælder de fleste

55 — Ligestillingen af sygdom og svangerskab/fødsel med hensyn til retsvirkninger i artikel 5, stk. 4, i ILO-konvention nr. 132 bekræfter i øvrigt den i punkt 60 udtrykte opfattelse, at arbejdstagerens beskyttelsesværdighed i begge tilfælde er den samme.

56 — I samme retning også I. García Perrote Escartín, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 3584 og 3595.

medlemsstater i Den Europæiske Union [57], »sikre [dette] under betingelser, som fastsættes af den kompetente myndighed eller ved hjælp af hensigtsmæssige procedurer i hvert enkelt land«; alligevel er medlemsstaternes kompetence også her begrænset til at udstede gennemførelsesforanstaltninger, således at det juridisk er umuligt for dem ikke at anse de pågældende typer fravær fra arbejdet for beskæftigelsesperioder.

68. Dermed er der i det væsentlige overensstemmelse mellem normerne i ILO-konvention nr. 132 og i direktiv 2003/88 i deres retlige hovedtræk [58]. Ifølge dette er medlemsstaterne forpligtet til at fortolke disse normer således og udforme deres nationale retsordener på en sådan måde, at fravær på grund af sygdom ikke påhviler retten til årlig betalt minimumsferie.

B — *Det andet spørgsmål*

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

70. Ifølge Domstolens praksis skal dette forbud sikre, at arbejdstageren normalt har ret til en reel hviletid med henblik på en

57 — Alle medlemsstater i Den Europæiske Union er medlemmer af ILO. Det Europæiske Fællesskab er ganske vist ikke medlem, men begge organisationer har ifølge korrespondancen indtil i dag mellem Den Europæiske Kommission og Generaldirektøren for ILO af 14.5.2001 en fælles målsætning om at skabe fremskridt på det sociale og økonomiske område, at forbedre leve- og arbejdsvilkårene og at fremme beskæftigelsen, EFT C 165, s. 23. Siden den første aftale mellem ILO og Det Europæiske Fællesskab i 1958 har begge organisationer udbygget deres samarbejde skridt for skridt for at kunne virkeliggøre disse formål. På institutionelt niveau har Kommissionen observatørstatus. Den deltager i koordineringen af EF-medlemsstaternes synspunkter inden for ILO, for på den måde at sikre overensstemmelsen mellem ILO-normerne og Fællesskabets retsregler og dermed gøre det lettere at ratificere ILO-normerne. Indtil i dag har følgende lande ratificeret ILO-konvention nr. 132: Belgien (den 2.6.2003), Den Tjekkiske Republik (den 23.8.1996), Finland (den 15.1.1990), Tyskland (den 1.10.1975), Ungarn (den 19.8.1998), Irland (den 20.6.1974), Italien (den 28.7.198)1, Letland (den 10.6.1994), Luxembourg (den 1.10.1979), Malta (den 9.6.1988), Portugal (den 17.3.1981), Slovenien (den 29.5.1992), Spanien (den 30.6.1972) og Sverige (den 7.6.1978). Andre medlemsstater har indtil nu kun undertegnet den ældre ILO-konvention nr. 52: Bulgarien (den 29.12.1949), Danmark (den 22.6.1939), Frankrig (den 23.8.1939), Grækenland (den 13.6.1952) og Slovakiet (den 1.1.1993). Det skal endvidere tages i betragtning, at ILO-konventionerne ikke så sjældent også har en faktisk virkning, da de på grund af deres funktion som forbillede selv uden formel ratificering påvirker udviklingen af retsordenen i talrige stater, jf. herom J.-M Verdier, »L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail«, *Revue internationale du Travail*, bind 132, 1993, femte og sjette afsnit, s. 474 og 478, H. Kohl, »Pas de paix possible sans une politique sociale internationale«, *Regards sur l'avenir de la justice sociale — Mélanges à l'occasion du 75e anniversaire de l'OIT*, Genève, 1994, s. 177.

58 — Dermed bliver det overflødigt at undersøge spørgsmålet om, i hvilket omfang medlemsstaterne er bundet til forpligtelser, der hidrører fra ILO-konvention nr. 132 og direktiv 2003/88, når de indholdsmæssigt afviger fra hinanden. Jf. herom generaladvokat Tesauros fremstilling i hans forslag til afgørelse af 24.1.1991 fremsat i forbindelse med dom af 25.7.1991, sag C-345/89, Stöckel, Sml. I, s. 4047, punkt 11.

effektiv beskyttelse af hans sikkerhed og sundhed [59]. Dermed skal det forhindres, at arbejdsgiveren ved misbrug kan »købe sig fri« af retten til ferie, eller at arbejdstageren giver afkald på ferien ud fra rent økonomiske betragtninger [60].

71. Artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 understreger formålet med en fortsat udbetaling af arbejdsløn i ferieperioden, som består i at sætte arbejdstageren i denne periode i en situation, der med hensyn til løn kan sammenlignes med arbejdsperioder [61]. Med andre ord, kravet om betaling af feriegodtgørelse sikrer, at arbejdstageren økonomisk er i stand til rent faktisk at afholde sin årlige ferie [62]. Der er intet andet formål med feriegodtgørelsen. Den økonomiske godtgørelse, der skal betales som erstatning til arbejdstageren, skal nemlig gøre det principielt muligt for ham også efter ophøret af arbejdsforholdet at få en betalt hvileperiode, før han indgår en ny arbejdskontrakt [63]. Et bortfald af denne godtgørelse ville derfor medføre, at formålet med direktiv 2003/88, nemlig at arbejdstageren kan hvile, ikke ville kunne opfyldes.

72. I Robinson-Steele-dommen [64] har Domstolen fastslået, at direktiv 2003/88 behandler retten til årlig ferie og retten til betaling herfor som værende to dele af samme rettighed. Efter min opfattelse taler netop denne funktionsidentitet af løn- og feriegodtgørelseskrav for ligeledes at behandle det sidstnævnte som en uadskillelig del af retten til årlig betalt minimumsferie.

73. Svaret på det andet spørgsmål kan for så vidt allerede udledes af svaret på det første spørgsmål. Hvis et automatisk bortfald af retten til årlig betalt ferie efter udløbet af en bestemt frist strider mod formålet med direktiv 2003/88, som allerede fastslået, må dette gælde på samme vis for retten til feriegodtgørelse, der som et sekundært krav er knyttet til retten til ferie.

74. Derimod kan jeg ikke tilslutte mig anbringendet fra de sagsøgte i hovedsagen, ifølge hvilket udsigten til at skulle betale godtgørelse for de betydelige feriekrav, der ved ophøret af

59 — BECTU-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 44, Merino Gómez-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 30, og Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 60.

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

61 — Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 58.

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

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

64 — Robinson-Steele-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 58.

arbejdsforholdet kan have ophobet sig over flere år, kan foranledige arbejdsgivere til ved opsigelse at skille sig tidligere af med langvarigt syge arbejdstagere. Herimod kan det nemlig indvendes, at netop det, at der ikke foreligger nogen pligt for arbejdsgiveren til at betale godtgørelse for en ikke-afholdt ferie, kunne opmuntre ham til at afskedige arbejdstagere, før de får ferie, da han ellers ville være forpligtet til at opfylde arbejdstagernes krav på årlig betalt minimumsferie i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88. Hvis man vil forebygge misbrug af retten til opsigelse ved en omgåelse af denne grundlæggende fællesskabsretlige rettighed, må arbejdstageren ved arbejdsforholdets ophør under alle omstændigheder have et krav på økonomisk godtgørelse som erstatning for optjent, men ikke afholdt ferie.

75. Heller ikke en retssammenlignende undersøgelse af de relevante bestemmelser i ILO-konvention nr. 132 fører til nogen anden konklusion. Artikel 11 i konventionen stipulerer arbejdstagerens principielle krav på feriegodtgørelse, der forholdsmæssigt svarer til den beskæftigelsesperiode, for hvilken der ikke er ydet ham en sådan ferie. Da retten til feriegodtgørelse også her er knyttet til retten til årlig minimumsferie som en primærret, skal artikel 5, stk. 4, i konventionen anvendes, ifølge hvilken fravær fra arbejdet af grunde, som den beskæftigede ikke er herre over, såsom sygdom, tilskadekomst eller svangerskab og fødsel, skal medregnes til beskæftigelsesperioden [65]. I henhold til denne bestemmelse kan en sygdomsbetinget arbejdsudygtighed ikke påvirke kravet om feriegodtgørelse negativt.

76. På denne baggrund skal artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 fortolkes således, at arbejdstagere ved arbejdsforholdets ophør under alle omstændigheder har krav på en økonomisk godtgørelse som kompensation for optjent, men ikke afholdt ferie.

C — *Det tredje spørgsmål*

77. Som allerede anført følger det både af en teleologisk fortolkning af artikel 7 i direktiv 2003/88 [66] og af retsprincippet i artikel 5, stk. 4, i ILO-konvention nr. 132 [67], at en sygeperiode skal ligestilles med en beskæftigelsesperiode, da det drejer sig om fravær af grunde, som er uafhængige af arbejdstagerens vilje og derfor berettiget.

78. I den samme periode optjener arbejdstageren derfor alle rettigheder, herunder retten til årlig betalt ferie, der kan afholdes,

65 — Jf. punkt 66 ovenfor.

66 — Jf. punkt 55-65 ovenfor.

67 — Jf. punkt 66-68 ovenfor.

når arbejdsdygtigheden er genoprettet, eller som — hvis arbejdsforholdet afsluttes — erstattes af udbetaling af en godtgørelse, selv om der indtræder total uarbejdsdygtighed.

79. Det forhold, at der opstår et krav på årlig ferie respektive på en godtgørelse, er ikke knyttet sammen med en betingelse om, at der forud er præsteret et reelt arbejde, således at arbejdstageren også har krav herpå, når han på grund af sygdom har været fraværende i hele ferieåret.

80. Med hensyn til det videre delspørgsmål om, hvorvidt disse krav også opstår ved ubegrundet fravær i hele ferieåret, skal jeg understrege, at den i artikel 234 EF foreskrevne procedure ifølge fast retspraksis er et instrument for samarbejdet mellem Domstolen og de nationale domstole, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, som er nødvendige for, at de kan afgøre den for dem verserende tvist [68].

81. Inden for rammerne af dette samarbejde tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom [69].

82. Domstolen har imidlertid også fastslået, at den i særlige tilfælde med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen. Den kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [70].

83. Den samarbejdsånd, der er afgørende for, at proceduren med præjudiciel forelæggelse kan fungere, indebærer, at den nationale ret for sit vedkommende tager hensyn til den opgave, som Domstolen varetager, og som er at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne og ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål [71].

68 — Jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 22, og af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 20.

69 — Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis.

70 — Jf. bl.a. dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia mod Novello, Sml. s. 3045, præmis 18, af 15.6.1995, forenede sager C-422/93 — C-424/93, Zabala Erasun m.fl., Sml. I, s. 1567, præmis 29, af 12.3.1998, sag C-314/96, Djabali, Sml. I, s. 1149, præmis 19, og Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 22. Jf. for nylig generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 18.1.2005 i sag C-165/03, Längst, punkt 45, og dom af 30.6.2005 i samme sag, Sml. I, s. 5637, præmis 30-35.

71 — Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 23.

84. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at sagsøgeren i hovedsagen var sygemeldt med lægeerklæring uafbrudt fra den 8. september 2004 til den 30. september 2005, dvs. til det tidspunkt, hvor arbejdsforholdet ophørte. Hans fravær var således entydigt berettiget, hvorfor Domstolen ikke behøver tage stilling til delspørgsmålet om, hvorvidt kravet om årlig ferie eller økonomisk erstatning også opstår ved ubegrundet fravær, idet svaret er irrelevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

VII — Forslag til afgørelse

85. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare forelæggelseskendelsen fra Landesarbeitsgericht Düsseldorf således:

»1) Artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF skal forstås således, at arbejdstagere under alle omstændigheder skal have en årlig betalt minimumsferie på fire uger. Særligt skal en ferie, som en arbejdstager på grund af sygdom ikke har kunnet afholde i ferieåret, gives ham på et senere tidspunkt.

2) Artikel 7, stk. 2, i direktiv 2003/88 skal forstås således, at arbejdstagere ved ophøret af deres arbejdsforhold under alle omstændigheder har ret til en økonomisk godtgørelse som kompensation for optjent, men ikke afholdt ferie (ferie-godtgørelse).

3) Artikel 7 i direktiv 2003/88 skal forstås således, at retten til årlig ferie eller til en økonomisk godtgørelse også optjenes ved begrundet fravær (på grund af sygdom) i hele ferieåret.«