Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 5 september 2018 [1]

Mål C-385/17

Torsten Hein
mot
Albert Holzkamm GmbH & Co.

(begäran om förhandsavgörande från Arbeitsgericht Verden (Arbetsdomstolen i Verden, Tyskland)

”Begäran om förhandsavgörande – Socialpolitik – Arbetstidens förläggning – Kollektivavtal inom byggnadssektorn – Rätt till årlig betald semester – Ersättning avseende årlig semester – Följderna av perioder med arbetstidsförkortning”

I. Inledning

1. Enligt federal lagstiftning i Tyskland har arbetstagarna rätt till minst 24 arbetsdagar betald semester om året. Lägre inkomst på grund av arbetstidsförkortning får i princip inte påverka en arbetsgivares beräkning av ersättningen avseende årlig semester. Parterna i ett kollektivavtal har emellertid rätt att avvika från dessa federala regler om semester. Inom byggnadssektorn regleras arbetsvillkoren i ett speciellt kollektivavtal. Enligt detta avtal har arbetstagarna rätt till 30 dagar årlig betald semester. Vid beräkningen påverkar emellertid inkomstminskningar på grund av perioder med arbetstidsförkortning semesterlönen.

2. Torsten Hein arbetar inom byggnadssektorn. Han omfattades av arbetstidsförkortning under flera veckor åren 2015 och 2016. Han tog ut betald årlig semester. Han anser att beräkningen av den ersättning som han fick utbetald för årlig semester inte borde ha påverkats av perioder med arbetstidsförkortning.

3. I förevarande mål har EU-domstolen ombetts avgöra huruvida unionsrätten utgör hinder för en nationell bestämmelse i ett kollektivavtal enligt vilken inkomstminskningar på grund av arbetstidsförkortning ska påverka beräkningen av en arbetstagares rätt till ersättning avseende årlig semester.

1 Originalspråk: engelska.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Stadgan

4. Artikel 31.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) har följande lydelse: ”Varje arbetstagare har rätt till en begränsning av den maximala arbetstiden samt till dygns- och veckovila och årlig betald semester.”

2. Direktiv 2003/88

5. I artikel 1 i direktiv 2003/88/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (nedan kallat direktiv 2003/88 eller arbetstidsdirektivet)[2] definieras dess syfte och tillämpningsområde enligt följande:

”1. I detta direktiv föreskrivs minimikrav på säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden.

2. Detta direktiv är tillämpligt på

a) minimitider för … årlig semester …”

6. Artikel 2.1 i direktivet innehåller följande definition av ”arbetstiden”: ”all tid i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis då arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande samt därvid utför aktiviteter eller uppgifter”. I artikel 2.2 definieras ”viloperiod” som ”varje period som inte är arbetstid”.

7. I artikel 7 anges följande:

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

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

8. Enligt artikel 15 ”[skall] detta direktiv … inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet eller underlättar eller tillåter tillämpningen av kollektivavtal eller avtal mellan arbetsmarknadens parter som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet”.

B. Tysk rätt

1. Lagen om minimisemester för arbetstagare

9. I 3 § stycke 1 i Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) (lagen om minimisemester för arbetstagare, nedan kallad BUrlG)[3] föreskrivs att ”den årliga semestern ska uppgå till minst 24 arbetsdagar per år …”.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 (EUT L 299, 2003, s. 9).

3 BGBl. III, s. 800–4, senast ändrad genom lag av den 20 april 2013 (BGBl. I, s. 868).

10. I 11 § stycke 1 föreskrivs följande:

”Semesterlönen beräknas på den genomsnittliga lön som arbetstagaren erhållit under de senaste 13 veckorna före semestern med undantag för ersättning som betalats för arbete utfört utöver ordinarie arbetstid.

…

Lönesänkningar under beräkningsperioden på grund av minskad arbetstid, arbetstidsförkortning eller frånvaro som inte kan läggas arbetstagaren till last ska inte beaktas vid beräkningen av den lön som arbetstagaren har rätt till under sin betalda semester …”.

11. Enligt 13 § stycke 1 i denna lag får genom kollektivavtal avvikelse göras från dess bestämmelser med undantag för 1 §, 2 § och 3 § stycke 1. Enligt 13 § stycke 2 får kollektivavtal för byggnadssektorn också avvika från vad som föreskrivs i 1 §, 2 § och 3 § stycke 1, förutsatt att detta är nödvändigt för att säkerställa kontinuerlig årlig semester för alla arbetstagare.

2. Det federala kollektivavtalet för byggnadssektorn

12. I 8 § punkt 1 i Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (det federala kollektivavtalet för byggnadssektorn, nedan kallat BRTV-Bau)[4] föreskrivs följande:

”1. Arbetstagaren har varje kalenderår (semesterår) rätt till 30 arbetsdagar betald semester.

…

4. Semesterns längd beror på antalet arbetsdagar som fullgjorts för företag inom byggnadssektorn …”

13. 8 § punkt 2 avser beräkning av semesterns längd:

”…

2. Arbetstagaren har efter 12 arbetsdagar – för svårt funktionshindrade efter 10,3 arbetsdagar – rätt till en dags semester.

3. Arbetsdagar är alla kalenderdagar som arbetstagaren är anställd hos ett företag inom byggnadssektorn under semesteråret. Undantag görs för olovlig frånvaro och obetald semester, om det rör sig om mer än 14 dagar …”

14. 8 § punkt 4 gäller ersättning avseende årlig semester och har följande lydelse:

”1. Arbetstagaren har rätt till lön för den semester som avses i punkt 1 ovan.

För semester som tjänats in utgör semesterlönen 14,25 procent – för svårt funktionshindrade i den mening som avses i relevant lagstiftning 16,63 procent – av bruttolönen. Ersättningen avseende årlig semester består av semesterlönen på 11,4 procent – för svårt funktionshindrade 13,3 procent – av bruttolönen och tillkommande semesterersättning. Den tillkommande semesterersättningen uppgår till 25 procent av semesterlönen. Den kan räknas in i ytterligare semesterersättning som betalas av arbetsgivaren.

4 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 4 Juli 2002 in der Fassung vom 17 Dezember 2003, 14 Dezember 2004, 29 Juli 2005, 19 Mai 2006, 20 August 2007, 31 Mai 2012, 17 Dezember 2012, 5 Juni 2014 und 10 Dezember 2014.

För semester som tjänats in efter den 31 december 2015 och före den 1 januari 2018 utgör semesterlönen 13,68 procent – för svårt funktionshindrade i den mening som avses i relevant lagstiftning 15,96 procent – av bruttolönen. Ersättningen avseende semester består av semesterlönen på 11,4 procent – för svårt funktionshindrade 13,3 procent – av bruttolönen och tillkommande semesterersättning. Den tillkommande semesterersättningen uppgår till 20 procent av semesterlönen. Den kan räknas in i ytterligare semesterersättning som betalas av arbetsgivaren.

2. Med bruttolön avses

a) den bruttolön som utgör skatteunderlaget för inkomstskatt och som anges i taxeringsbeskedet samt naturaförmåner som inte ska beskattas enligt schablon enligt 40 § i Einkommensteuergesetz (lagen om inkomstskatt),

…

3. Ersättningen avseende semester som endast delvis tagits ut ska beräknas genom att dividera ersättningen avseende semester enligt punkt 4.1 med det totala antalet semesterdagar enligt punkt 2 och att multiplicera detta belopp med uttagna semesterdagar.

…

5. Vid slutet av semesteråret får återstående semesterlön överskjutas till efterföljande kalenderår.”

15. 8 § punkt 5 har följande lydelse:

”1. För varje förlorad arbetstimme på grund av arbetsoförmåga utan egen förskyllan på grund av sjukdom, för vilken tid lön inte betalas, ökas ersättningen för semester enligt punkt 4.1 med 14,25 procent av den senaste anmälda bruttolönen, beräknad enligt 6 § punkt 1 led 1 i Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (kollektivavtalet om socialfondsförfarandet inom byggnadssektorn, nedan kallat VTV).

2. För varje förlorad arbetstimme under tiden från den 1 december till den 31 mars, för vilken arbetstagaren erhåller kompensation för säsongsberoende arbetstidsförkortning ökas ersättningen avseende semester enligt punkt 4.1, efter utgången av denna tidsperiod, med 14,25 procent av den senaste anmälda bruttolönen, beräknad enligt 6 § punkt 1 led 1 VTV. De första 90 förlorade arbetstimmarna med anledning av subventionerad säsongsberoende arbetstidsförkortning beaktas inte.

…

4. För semester som intjänats efter den 31 december 2015 och före den 1 januari 2018 ska procentsatsen för minimiersättningen för semester, med avvikelse från vad som föreskrivs i punkterna 5.1 och 5.2, vara 13,68 procent.”

III. Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

16. Klaganden, Torsten Hein, har varit anställd som betongarbetare av motparten, Albert Holzkamm GmbH & Co. (nedan kallad Albert Holzkamm eller arbetsgivaren), sedan år 1980. Han fick 19,57 euro brutto per timme år 2015 och 20,04 euro brutto år 2016.

17. Arbetsgivaren införde arbetstidsförkortning för månaderna augusti, september, oktober och november 2015 genom arbetsavtal. Tillsammans med andra perioder med arbetstidsförkortning under andra månader samma år hade Torsten Hein nedsatt arbetstid i sammanlagt 26 veckor år 2015.

18. År 2015 fick han 30 dagars semester. Från den 19 oktober 2015 till den 31 oktober 2015 tog han ut 10 av dessa semesterdagar, vilket motsvarar sammanlagt 82 timmar baserat på hans veckoarbetstid för oktober (41 timmar). Arbetsgivaren beräknade semesterlönen [5] utifrån en timlön på 10,96 euro brutto. Jämfört med Torsten Heins normala timlön år 2015 (19,57 euro brutto) uppgår skillnaden till totalt 705,88 euro brutto, vilket är det belopp som han hävdar att arbetsgivaren är skyldig honom. När det gäller den tillkommande semesterersättningen enligt kollektivavtalet hävdar han att det innebär en skillnad på 176,50 euro brutto. Torsten Hein tog också ut en semesterdag den 22 december 2015. För den dagen har han gjort gällande 69,45 euro brutto i semesterlön och 17,22 euro brutto i semesterersättning.

19. År 2016 tog Torsten Hein semester från den 4 oktober till den 28 oktober, totalt 155,5 timmar. Hans arbetsgivare beräknade ersättningen avseende semester utifrån en timlön på 11,76 euro brutto. Jämfört med timlönen år 2016 – 20,04 euro brutto – har Torsten Hein gjort gällande en skillnad på totalt 1 287,85 euro brutto. När det gäller den tillkommande semesterlönen har Torsten Hein också gjort gällande 413,39 euro brutto.

20. Torsten Hein anser att perioderna med arbetstidsförkortning inte under något av de båda åren skulle ha lett till att ersättningen avseende årlig semester minskade. 8 § i kollektivavtalet leder till en betydande minskning av ersättningen avseende årlig semester vid arbetstidsförkortning Torsten Hein har således yrkat att den hänskjutande domstolen ska förplikta arbetsgivaren att betala 2 670,27 euro brutto jämte ränta som ersättning avseende årlig semester.

21. Albert Holzkamm anser att 8 § i kollektivavtalet omfattas av 13 § stycke 1 och 13 § stycke 2 BUrlG. De senare bestämmelserna och de kollektivavtalsbestämmelser som grundas på dessa är förenliga med unionsrätten. Arbetsgivaren har dessutom påpekat att i den reviderade versionen av kollektivavtalet har avtalsparterna inte minskat antalet semesterdagar som kan tas ut med anledning av tidigare överenskommelser om arbetstidsförkortning. Arbetsgivaren har dock kompenserat för tidigare överenskommelser om arbetstidsförkortning genom att öka ersättningen avseende årlig semester. Enligt arbetsgivaren ska Torsten Heins talan därför ogillas.

22. Det är i samband med dessa faktiska och rättsliga omständigheter som Arbeitsgericht Verden (Arbetsdomstolen i Verden, Tyskland) har beslutat att förklara målet vilande och hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande:

”1) Ska artikel 31 i Europeiska unionens stadga och artikel 7.1 i direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden tolkas så, att dessa bestämmelser utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken det i kollektivavtal kan bestämmas att inkomstminskningar under beräkningsperioden till följd av subventionerad arbetstidsförkortning på grund av arbetsbrist [”Kurzarbeit”] påverkar beräkningen av semesterlönen, vilket leder till att arbetstagaren får lägre ersättning under den årliga semestern om minst fyra veckor, eller får lägre semesterersättning om anställningen upphör dessförinnan, än vad som vore fallet om beräkningen av semesterlönen skulle grundas på den genomsnittslön arbetstagaren hade erhållit om denne inte hade drabbats av sådan förlust av lön under beräkningsperioden? Om så är fallet: Vilken högsta procentsats, beräknad som andel av arbetstagarens genomsnittslön utan sådan löneförlust, kan tillåtas i en nationell bestämmelse enligt vilken det i kollektivavtal kan bestämmas att inkomstminskningar under beräkningsperioden till följd av arbetstidsförkortning, påverkar beräkningen av semesterersättningen, vilket leder till att arbetstagaren får lägre ersättning, utan att denna bestämmelse ska anses oförenlig med unionsrätten?

5 Enligt 8 § punkt 4 BRTV-Bau ska ersättningen avseende årlig semester bestå av semesterlönen på 11,4 procent – för svårt funktionshindrade 13,3 procent – av bruttolönen och tillkommande semesterersättning. Den tillkommande semesterersättningen beräknas i procent av semesterlönen. Utom i de fall där det är mer korrekt att kalla betalningen semesterlön (*payment for annual leave*) i egentlig mening kommer jag att använda termen ”ersättning avseende årlig semester” (*remuneration for annual leave*).

2) Om fråga 1 ska besvaras jakande: Innebär de allmänna unionsrättsliga principerna om rättssäkerhet och förbud mot retroaktiv lagstiftning att samtliga berörda ska ges möjlighet att åberopa domstolens tolkning av artikel 31 i Europeiska unionens stadga och artikel 7.1 i direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden, i den dom i målet om förhandsavgörande som senare kommer att meddelas i förevarande mål, vad rör denna tolknings rättsverkningar i tiden, på den grunden att medlemsstatens högsta domstolar i sin praxis förklarat att bestämmelserna i lag och kollektivavtal inte kan tolkas unionsrättskonformt? Om svaret är nekande: Är det förenligt med unionsrätten att de nationella domstolarna, med hänvisning till nationell lagstiftning, upprätthåller skyddet för arbetsgivarnas berättigade förväntningar på att medlemsstatens högsta domstolars praxis ska följas, eller gäller principen om rätt till skydd för berättigade förväntningar bara Europeiska unionens domstols praxis?”

23. Torsten Hein, Albert Holzkamm, den tyska och den italienska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Med undantag av den italienska regeringen yttrade sig dessa parter muntligen vid förhandlingen den 14 juni 2018.

IV. Bedömning

24. I detta förslag till avgörande kommer jag inledningsvis att behandla de eventuella följderna av att den aktuella nationella bestämmelsen ingår i ett kollektivavtal som avviker från den nationella allmänna lagstiftningen avseende semester för att ta hänsyn till de specifika omständigheter som kännetecknar byggnadssektorn (A). För det andra kommer jag att ange minimikraven enligt unionsrätten för rätten till årlig semester, särskilt när det gäller ersättning avseende årlig semester (B). För det tredje kommer jag att undersöka huruvida unionsrätten utgör hinder för att låta arbetstidsförkortning påverka beräkningen av ersättningen avseende årlig semester (C).

A. Kollektivavtal för byggnadssektorn

25. Byggnadssektorn har speciella särdrag. Det är en bransch där arbetsmönstren varierar under året, särskilt på grund av ändrade väderleksförhållanden och ekonomiska risker. Arbetstagarna i den sektorn kan få perioder med så kallad arbetstidsförkortning, särskilt (men inte bara) under vintern, och perioder med hög arbetsbelastning då det vanligtvis krävs övertid. Dessa variationer i arbetsmönstren kan göra det ganska komplicerat att bestämma längden på och ersättningen för arbetstagarnas semester.

26. Enligt 11 § stycke 1 BUrlG ska semesterlönen beräknas utifrån arbetstagarens genomsnittsinkomst exklusive övertid. Detta genomsnitt baseras på den lön som arbetstagaren fått under de senaste 13 veckorna före semestern (den så kallade beräkningsperioden). När semesterlönen beräknas tas inte hänsyn till inkomstminskningar under beräkningsperioden till följd av arbetstidsförkortning.

27. 13 § BUrlG tillåter emellertid att kollektivavtal inom byggnadssektorn avviker från bestämmelserna i denna lag. I BRTV-Bau har denna möjlighet utnyttjats både när det gäller beräkningen av semesterns *längd* (30 arbetsdagar i stället för 24) och *ersättningen* avseende denna semester. Genom det sätt på vilket den genomsnittliga bruttotimlönen beräknas tas det i det system som föreskrivs i 8 § punkt 4 BRTV-Bau för ersättning avseende årlig semester i synnerhet hänsyn till inkomstminskningar på grund av arbetstidsförkortning när ersättningen beräknas.

28. Mot bakgrund av den lagstiftning som är tillämplig har den tyska regeringen gjort gällande att förevarande mål avser frågan huruvida den *lagstiftning som möjliggör avvikelser* (det vill säga 13 § BUrlG) och inte de materiella bestämmelserna i BRTV-Bau är förenliga med unionsrätten. Den hänskjutande domstolen har också ställt den första frågan mot bakgrund av att denna lagbestämmelse ger arbetsmarknadens parter rätt att avvika från den nationella lagstiftningen.

29. Jag håller med om att det på det formella planet faktiskt är BUrlG som ska anses som den primära källan till eventuell oförenlighet med unionsrätten i den mån den har gett parterna i ett kollektivavtal rätt att avvika från den nationella lagstiftning som annars är allmänt tillämplig. Bortsett från detta kan jag emellertid inte förstå vad som faktiskt skulle kunna bedömas i sak i förevarande mål när det gäller BUrlG, eftersom de omtvistade tillämpliga bestämmelserna finns i BRTV-Bau i fråga om båda de centrala delarna i förevarande mål, det vill säga den årliga semesterns längd och ersättningen avseende årlig semester.

30. Det bör påpekas att de nationella bestämmelserna, även om de har utarbetats och avtalats av arbetsmarknadens parter, måste vara förenliga med unionsrätten åtminstone så länge som de omfattas av dess tillämpningsområde i materiellt avseende. EU-domstolen har tidigare prövat frågan huruvida ett kollektivavtal är förenligt med unionsrätten, och detta också när avtalet avviker från den nationella lagstiftningen. [6] När arbetsmarknadens parter antar bestämmelser inom unionsrättens tillämpningsområde måste de beakta unionsrätten. [7]

31. Den omständigheten att myndigheterna i en medlemsstat faktiskt inte har utarbetat reglerna i kollektivavtalet är inte väsentlig ur ett unionsrättsligt perspektiv. Det som har betydelse är att dessa myndigheter har tagit hänsyn till reglerna, låtit dem ingå i de tillämpliga bestämmelserna inom den berörda sektorn och avsett att verkställa dem inom sin jurisdiktion. Olika former av ”utlokalisering” i lagstiftningssammanhang medför kort sagt inte att reglerna inte behöver vara förenliga med unionsrätten, och medlemsstaterna har i slutändan ansvaret för innehållet i dessa bestämmelser. [8]

32. I förevarande mål är EU-domstolen helt klart behörig att bedöma huruvida de omtvistade bestämmelserna i BRTV-Bau är förenliga med unionsrätten i materiellt hänseende.

33. Även om bestämmelserna i fråga måste vara förenliga med unionsrätten har den omständigheten att de har avtalats i form av ett kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter emellertid betydelse enligt min uppfattning, om än ur en annan synvinkel.

34. I unionsrätten erkänns betydelsen av social dialog. Artikel 28 i stadgan säkerställer rätten att förhandla fram och ingå kollektivavtal. Sådana avtal är ett uttryck för den sociala dialogen. De (sektorsspecifika) regler som ingår i dessa avtal har förmodligen större legitimitet, eftersom de inte har införts ensidigt (och generellt) av offentliga myndigheter utan har förhandlats fram av de berörda parterna på arbetsmarknaden, ofta med hänsyn till de speciella omständigheterna inom en viss sektor. Man kan följaktligen utgå från att kollektivavtalen avspeglar en jämn och hårfin avvägning mellan arbetstagarnas intressen å ena sidan och arbetsgivarnas intressen å andra sidan.

35. Det uttryck som bör betonas i ett sådant sammanhang är dessutom ”*en jämn avvägning*”. Om kollektivavtal godkänns av ett rättssystem, så avviker de förmodligen bara från den tillämpliga (arbets-)lagstiftningen på någon enstaka punkt. Genom kollektivavtalen införs ofta mer komplexa strukturer med ett antal kompromisser och bestämmelser om kompensation. De enskilda bestämmelserna i avtalen får därför inte betraktas var för sig, utan som en del av ett paket.

6 Se, till exempel, dom av den 22 november 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761), där domstolen prövade frågan huruvida ett kollektivavtal (avseende en annan sektor), vilket avvek från BUrlG, var förenligt med artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Se, för ett exempel där domstolen prövade frågan huruvida den nationella bestämmelsen om kollektivavtalets fortsatta verkan var förenlig med unionsrätten trots att den hade upphävts, dom av den 11 september 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197).

7 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 januari 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3), dom av den 12 oktober 2010, Rosenbladt (C-45/09, EU:C:2010:601, punkt 53), och dom av den 13 september 2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, punkterna 46 och 48).

8 Enligt rättspraxis beträffande statens ansvar är det alltid medlemsstaten som enligt unionsrätten är ansvarig för skada som enskilda personer åsamkas genom att unionsrätten inte iakttas, oberoende av vilka organ som har orsakat överträdelsen (se, till exempel, dom av den 1 juni 1999, Konle (C-302/97, EU:C:1999:271, punkt 62), dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkterna 31–33), och dom av den 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 46)). Oberoende av vilka lagstiftningsåtgärder eller konstitutionella åtgärder en medlemsstat vidtar på horisontell nivå (lagstiftande församling, verkställande organ, domstolar och/eller andra centrala myndigheter) eller på vertikal nivå, är det som verkställs på en medlemsstats territorium i slutändan denna medlemsstats ansvar, oberoende av aktören eller aktörerna i fråga.

B. Minimikrav enligt unionsrätten i fråga om årlig semester

36. Jag vill inledningsvis påpeka att endast ett minimiskydd för arbetstagarna och rätt till årlig semester föreskrivs i unionsrätten.[9] Medlemsstaterna har att inom ramen för unionsrätten fastställa villkoren för utövandet av denna rätt utan att inkräkta på dess existens.[10] Det som slutligen har betydelse enligt unionsrätten är att det faktiskt är möjligt att utöva rätten och följaktligen att det väsentliga innehållet i rätten till årlig semester inte påverkas.[11]

37. Men exakt vilka är de minimikrav för rätt till årlig semester som måste uppfyllas för att den nationella rätten och kollektivavtalen ska vara förenliga med unionsrätten?

38. I artikel 31.2 i stadgan föreskrivs att ”[v]arje arbetstagare har rätt till … årlig betald semester”. Inga ytterligare upplysningar lämnas om denna rätt. Artikel 7.1 i direktiv 2003/88, som har direkt effekt enligt EU-domstolen,[12] ger speciellt uttryck för denna rätt. Enligt denna bestämmelse ska medlemsstaterna vidta de åtgärder som behövs för att se till att varje arbetstagare får en årlig betald semester om minst fyra veckor i enlighet med vad som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis angående rätten till och beviljandet av sådan semester.

39. Domstolen har vid flera tillfällen betonat att rätten till betald årlig semester måste betraktas som en princip av särskild betydelse i unionens sociala trygghetsrätt[13] som syftar till att ge varje arbetstagare både en viloperiod och en period av avkoppling och fritid.[14] Denna rätt har två aspekter: rätten till årlig semester och rätten till ersättning avseende denna semester.[15] Den får inte tolkas restriktivt.[16]

40. När det gäller just ersättning avseende årlig semester vill jag påpeka att det inte finns någon bestämmelse i direktiv 2003/88 beträffande denna aspekt av rätten.[17] Enligt fast rättspraxis ska arbetstagarna få *ordinarie lön* under den viloperiod som motsvarar antalet timmar årlig semester som tas ut.[18] De ska befinna sig i en motsvarande situation som under de perioder då de arbetar.[19] Syftet med ”ordinarie lön” är att arbetstagarna ska ta ut de dagar de har rätt till för att vila. Om ersättningen avseende årlig semester är för låg, så kan arbetstagarna frestas att inte ta ut sin årliga semester. I en sådan situation skulle rätten till årlig semester kunna förlora sitt innehåll.[20]

9 Beträffande medlemsstaternas möjlighet att gå längre än vad unionsrätten kräver vad gäller beräkning av ersättningen avseende årlig semester, se, till exempel, dom av den 15 september 2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, punkterna 29 och 30). Se även, beträffande rätt till ytterligare betald semester utöver rätten till en minsta betald årlig semester om fyra veckor enligt unionsrätten, dom av den 3 maj 2012, Neidel (C-337/10, EU:C:2012:263, punkt 36), och dom av den 20 juli 2016, Maschek (C-341/15, EU:C:2016:576, punkt 39).

10 Dom av den 16 mars 2006, Robinson-Steele m.fl. (C-131/04 och C-257/04, EU:C:2006:177, punkt 57), och dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkt 28).

11 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkterna 45 och 46).

12 Se dom av den 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 35).

13 Se, till exempel, dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkterna 22 och 54, och där angiven rättspraxis), och dom av den 15 september 2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, punkt 17).

14 Se dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkt 25).

15 Se dom av den 15 september 2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, punkt 26).

16 Se dom av den 21 juni 2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, punkt 18), och dom av den 8 november 2012, Heimann och Toltschin (C-229/11 och C-230/11, EU:C:2012:693, punkt 23).

17 Enligt dom av den 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punkterna 48–50), särskilt beträffande beräkning av kontant ersättning i stället för årlig semester.

18 Dom av den 16 mars 2006, Robinson-Steele m.fl. (C-131/04 och C-257/04, EU:C:2006:177, punkt 50), och dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkterna 58 och 60).

19 Se dom av den 15 september 2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, punkt 20), och dom av den 22 maj 2014, Lock (C-539/12, EU:C:2014:351, punkt 17).

20 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 mars 2006, Robinson-Steele m.fl. (C-131/04 och C-257/04, EU:C:2006:177, punkt 51), där domstolen klargjorde att ersättningen för utfört arbete inte får innebära att rätten till betald årlig semester förlorar sitt innehåll. Se även dom av den 15 september 2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, punkt 21), där domstolen slog fast att lön som nätt och jämnt var tillräcklig för att det inte skulle föreligga någon betydande risk att arbetstagaren inte skulle ta ut sin semester, inte uppfyllde kraven i unionsrätten.

41. Det framgår emellertid inte direkt av dessa uttalanden vilken ”normal lön” som ska betalas ut under årlig semester i yrkessituationer med varierande arbetstid under beräkningsperioden. Dessa variationer kan göra det svårare att beräkna den årliga semestern, antingen man ser på dess varaktighet eller på ersättningen för den, vilket har bekräftats i ett antal mål som domstolen har haft att avgöra.

42. För det första har domstolen när det gäller konsekvenserna av sjukledighet för den årliga semestern klargjort att sjukledighet inte får minska rätten till årlig semester. [21] ”[En] medlemsstat [kan] inte som villkor för den rätt till årlig betald semester som enligt [direktiv 2003/88] tillkommer alla arbetstagare föreskriva att arbetstagarna faktiskt måste ha arbetat under den beräkningsperiod som fastställts av nämnda stat.” [22] Om en arbetstagare har varit sjukskriven en viss tid, vilket är en både oavsiktlig och oförutsebar händelse, så får detta inte påverka den årliga semesterns längd eller ersättningen avseende årlig semester. Om han eller hon har haft färre *faktiska* arbetstimmar på grund av sjukskrivning, så får detta följaktligen inte påverka rätten till årlig semester. [23]

43. För det andra verkar det, när det gäller att fastställa vad som är ”normal ersättning” för arbeten med varierande arbetsuppgifter och arbetsschema, som om ersättningen ska motsvara de arbetsuppgifter som arbetstagaren har utfört. I domen i målet Williams gav domstolen vägledning om vad som ska anses som en pilots ”normala ersättning”. Domstolen slog fast att när arbetstagarens ersättning består av flera delar, och omfattas av de bestämmelser och den praxis som regleras i medlemsstaternas rätt, ”har den inte någon inverkan på arbetstagarnas rätt … att under sin vilo- och rekreationsperiod åtnjuta de ekonomiska villkor som är jämförbara med dem för utövandet av tjänsten. Samtliga olägenheter som är naturligt förbundna med utförandet av de arbetsuppgifter som enligt anställningsavtalet ankommer på arbetstagaren, för vilka det utges ekonomisk ersättning … måste med nödvändighet ingå i det belopp som arbetstagaren har rätt till under sin årliga semester. … De delar av arbetstagarens totala lön vilka endast ska täcka de tillfälliga kostnader eller bikostnader som uppkommer i samband med utförandet av de arbetsuppgifter som enligt anställningsavtalet ankommer på arbetstagaren – såsom de kostnader som är förbundna med den tid som piloterna måste tillbringa utanför stationeringsorten – ska däremot inte beaktas vid beräkningen av den lön som ska betalas under den årliga semestern”. [24]

44. Det verkar således som om ”normal ersättning” ska ”avspegla” de ”normala” arbetsvillkor som är typiska för det aktuella arbetet. Det verkar, med en viss grad av generalisering, som om ersättningen avseende årlig semester ska bestämmas med hänsyn till den totala ersättning som arbetstagaren faktiskt erhåller som vederlag för de arbetsuppgifter som *faktiskt* har utförts regelbundet.

45. För det tredje har domstolen, när det gäller hur deltidsarbete ska påverka rätten till årlig semester, med hänvisning till EU:s ramavtal om deltidsarbete, tillämpat principen om tidsproportionalitet på den årliga semesterns *längd*, för att den ska stå i proportion till det *faktiska* (deltids-)arbetet. I domen i målet Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, som avsåg hur rätten till betald årlig semester påverkades av att en arbetstagares arbetstid ändrades från heltid till deltid, slog domstolen till exempel fast att en minskning av den årliga semestern under en period med deltidsarbete i förhållande till den som beviljas under en period med heltidsarbete kan motiveras på objektiva grunder. Denna princip ska däremot inte tillämpas retroaktivt på årlig semester som intjänats under en period med heltidsarbete. [25]

21 Se, till exempel, dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkterna 48 och 49), och dom av den 21 juni 2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, punkt 21).

22 Se dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18), punkt 41), och dom av den 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 20).

23 Se till exempel, beträffande liknande behandling av mammaledighet, dom av den 18 mars 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, punkterna 32 och 33).

24 Se dom av den 15 september 2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, punkterna 19–25 och där angiven rättspraxis).

25 Se dom av den 22 april 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, EU:C:2010:215, punkt 33).

46. I domen i målet Heimann utsträckte domstolen senare tillämpningen av principen om tidsproportionalitet till att gälla en mycket speciell situation med arbetstidsförkortning, närmare bestämt en ”nedsättning av arbetstiden till noll”. Denna situation var följden av en social plan [26] enligt vilken uppsagda arbetstagare som tidigare hade arbetat heltid skulle få kontant ersättning i stället för årlig semester. När domstolen behandlade denna specifika situation beskrev den de berörda arbetstagarna som de facto ”arbetstagare som tillfälligt är deltidsarbetande” [27] och tillämpade principen om tidsproportionalitet. I domen i målet Heimann tillämpade domstolen därför faktiskt principen om tidsproportionalitet när den fastställde längden på den årliga semestern för en viss typ av arbetstagare med arbetstidsförkortning. På så sätt anpassade domstolen den årliga semesterns längd utifrån det arbete som dessa arbetstagare *faktiskt* hade utfört.

47. Domstolen har emellertid aldrig tillämpat principen om tidsproportionalitet på rätten till *ersättning* avseende årlig semester. Det bör ändå påpekas att denna princip också kan påverka ett antal förmåner som deltidsarbetande arbetstagare åtnjuter. I domen i målet Schönheit och Becker tillämpade domstolen exempelvis principen om tidsproportionalitet för att beräkna (och följaktligen minska) en persons ålderspension vid deltidsanställning. [28] Domstolen framhöll emellertid att minskningen av pensionen skulle vara strikt proportionerlig. [29] Även i domen i målet Österreichischer Gewerkschaftsbund, [30] som avsåg en annan typ av förmån, närmare bestämt barntillägg, slog domstolen fast att det förelåg sakliga skäl för att beräkna barntillägget enligt principen om tidsproportionalitet, om arbetstagaren enligt anställningsvillkoren hade en deltidsanställning. Det följer av denna rättspraxis att deltidsarbetande arbetstagare ska ha rätt till ett belopp som beräknas proportionellt mot antalet timmar som han eller hon faktiskt har arbetat.

48. I domen i målet Greenfield hade domstolen slutligen att pröva en omvänd situation där en arbetstagare *gick upp i arbetstid*, inte i samband med arbetstidsförkortning, utan på grund av oförutsebara variationer i arbetstiden. I det fallet fanns det ett avtal enligt vilket arbetstiden skulle variera från vecka till vecka. Följaktligen varierade också arbetstagarens ersättning från vecka till vecka. Domstolen slog fast att beräkningen av en minsta rätt till betald årlig semester ska ske i förhållande till det antal dagar eller timmar som arbetats och som stadgas i anställningsavtalet. [31] Eftersom arbetstiden varierar är medlemsstaterna inte skyldiga att räkna om den redan *före* ändringen intjänade (och eventuellt uttagna) semestern retroaktivt. Enligt unionsrätten krävs det bara en ny beräkning för den *senare* perioden då arbetstagaren gått upp i arbetstid. [32] Detta visar också att årlig semester, bortsett från de situationer som kan jämföras med sjukledighet, oftast baseras på den arbetstid som *faktiskt* har fullgjorts.

49. Det verkar sammanfattningsvis som om årlig semester vanligtvis beräknas på grundval av den *faktiska* arbetstiden i situationer med varierande arbetstid på grund av olika händelser. Så är särskilt fallet i situationer där den händelse som orsakar variationen är *förutsebar* eller *frivillig*, i normala fall på grund av att den är förknippad med typen av avtal i fråga, till exempel vad gäller specifika jobb eller personer som arbetar deltid och vissa arbetstagare med arbetstidsförkortning som kan likställas med de förstnämnda. Det enda tydliga undantaget från regeln om faktisk arbetstid hänger ihop med variationer på grund av perioder med sjukledighet. Syftet med detta undantag är att en *oförutsebar*

26 Enligt den sociala planen skulle de uppsagda arbetstagarnas anställningsavtal förlängas med ett år räknat från uppsägningen. Under denna period suspenderades såväl arbetstagarnas arbetsplikt, genom en ”nedsättning av arbetstiden till noll” (”Kurzarbeit Null”), som arbetsgivarens skyldighet att betala lön.

27 Dom av den 8 november 2012, Heimann och Toltschin (C-229/11 och C-230/11, EU:C:2012:693, punkt 32).

28 Se dom av den 23 oktober 2003, Schönheit och Becker (C-4/02 och C-5/02, EU:C:2003:583, punkterna 90 och 91).

29 Se dom av den 23 oktober 2003, Schönheit och Becker (C-4/02 och C-5/02, EU:C:2003:583, punkt 93).

30 Dom av den 5 november 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-476/12, EU:C:2014:2332).

31 Se dom av den 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punkt 32).

32 Se dom av den 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punkterna 38, 39, 43 och 44).

eller *oavsiktlig* händelse, såsom arbetsoförmåga på grund av sjukdom, inte otillbörligt ska påverka den självständiga rätten till årlig semester. Detta syfte är ett helt annat än syftet med rätten till sjukledighet. Bortsett från detta specifika fall tycks faktisk arbetstid, till skillnad från teoretisk arbetstid, vara normen för beräkning av årlig semester. [33]

C. Bedömning

50. Den regel som är omtvistad i det nationella målet avser den *metod för beräkning* av ersättning avseende årlig semester som följer av kollektivavtalet för byggnadssektorn, BRTV-Bau. Den centrala fråga som ligger till grund för den hänskjutande domstolens första fråga är huruvida det, för beräkningen av ersättningen, enligt unionsrätten är möjligt att ta hänsyn till minskad faktisk arbetstid (och alltså minskad inkomst) på grund av arbetstidsförkortning som har beslutats genom kollektivavtal (arbetsavtal), närmare bestämt i samband med något som formellt sett tycks vara ett anställningsförhållande på heltid i en sektor som ofta är föremål för betydande variationer i arbetsschemat.

51. Enligt den hänskjutande domstolen är storleken på ersättningen avseende årlig semester enligt de tyska reglerna kopplad till den lön som arbetstagaren faktiskt har erhållit under beräkningsperioden. Det är på grundval av denna faktiska lön, vilken baseras på faktiska arbetstimmar, som den relevanta timlönen, vilken sedan används för att bestämma den totala ersättningen, beräknas.

52. Torsten Hein hävdar att en arbetstidsförkortning under beräkningsperioden har medfört en minskning på nästan 50 procent av den genomsnittliga timlön som är avgörande för beräkningen av ersättningen avseende årlig semester. Om det förekommer oavbruten arbetstidsförkortning under hela beräkningsperioden, så kan timlönen till och med bli noll under den perioden. Ersättningen avseende årlig semester måste dock vara minst lika hög som den ersättning som arbetstagaren skulle ha fått om han eller hon hade fortsatt att arbeta som vanligt. Rätten till ersättning avseende årlig semester är en verklig rätt till ersättning. Den årliga semesterns ”värde” ska följaktligen inte bero på när semestern tas ut under beräkningsperioden.

53. Enligt Albert Holzkamm ger BRTV-Bau arbetstagarna inom byggnadssektorn ett relativt bra skydd. Med tanke på de fördelar som avtalet ger är olägenheten med lägre ersättning avseende årlig semester försumbar. Arbetstagarna får exempelvis 30 dagar betald årlig semester för en 5-dagars arbetsvecka i stället för 24 dagar för en 6-dagars arbetsvecka. Antalet dagar som arbetstagarna har rätt till minskar inte om man har avtalat om arbetstidsförkortning. Dessutom ingår övertid i beräkningen av ersättningen avseende årlig semester.

54. Albert Holzkamm har vidare uppgett att arbetstagarna kan vila och ägna sig åt fritidsaktiviteter under perioder med arbetstidsförkortning, eftersom deras skyldigheter gentemot arbetsgivaren suspenderas. Under perioderna med arbetstidsförkortning får arbetsgivaren dessutom, även om arbetstagarens skyldigheter är suspenderade, fortfarande en (skattefri) minimiersättning enligt tillämpliga tabeller som förbundsregeringen offentliggör en gång om året. Arbetsgivaren fortsätter också betala full social avgift (sjukförsäkring och pensionsavgift). Slutligen är perioderna med arbetstidsförkortning, vilka huvudsakligen är avsedda att förhindra uppsägningar av ekonomiska skäl, förutsebara, eftersom de reglerats genom arbetsavtal.

55. Den tyska regeringen har förklarat att det är förenligt med unionsrätten att beräkna ersättningen avseende årlig semester på grundval av den bruttolön som arbetstagaren *faktiskt har erhållit* under beräkningsperioden, varvid hänsyn tas till minskad inkomst på grund av arbetstidsförkortning. Den tyska regeringen har uttalat att en regel som tycks vara till nackdel för en arbetstagare i ett specifikt

33 Se även, för ett liknande resonemang när det gäller förhållandet mellan årlig semester och föräldraledighet, förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i Ministerul Justiției m.fl. (C-12/17, EU:C:2018:195, punkterna 23–29).

hänseende ingår i en hel uppsättning regler som har antagits av arbetsmarknadens parter och som ska beaktas när regeln prövas. Kollektivavtalet bör presumeras vara rättvist. De eventuella ”negativa” effekterna kompenseras genom andra regler i kollektivavtalet som har positiva effekter för arbetstagarna, såsom den tillkommande betalningen av semesterlön eller högre grundlön för att kompensera för de svårigheter som kännetecknar byggnadssektorn.

56. Enligt kommissionen behöver stadgan inte prövas speciellt, eftersom artikel 7 i direktiv 2003/88 är en konkretisering av artikel 31.2 i stadgan. Kommissionen har erinrat om att arbetstagaren har rätt till sin normala ersättning beräknad på grundval av ett genomsnitt under en beräkningsperiod som bedöms vara representativ. Inga undantag eller avvikelser från denna rättighet är möjliga. När en medlemsstat ger rätt till mer än fyra veckor årlig semester kan den fritt ange villkoren och exempelvis bestämma huruvida ersättning ska betalas för dagar som inte har tagits ut och bestämma på vilka villkor detta ska vara möjligt. Enligt kommissionens uppfattning är den nationella lagstiftningen förenlig med direktiv 2003/88 om det konstateras att principen om tidsproportionalitet har införlivats. Det kommer an på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida denna princip har tillämpats i kollektivavtalet.

57. Jag instämmer i kommissionens inledande anmärkning, det vill säga att det inte är nödvändigt att beakta artikel 31.2 i stadgan i det aktuella fallet. I bestämmelsen anges bara på ett allmänt och abstrakt sätt att varje arbetstagare har rätt till en begränsning av den maximala arbetstiden samt till dygns- och veckovila och *årlig betald semester*. I stadgan anges inte ens hur lång den garanterade årliga semestern som minst ska vara, och inte heller vilka regler som ska gälla för metoden för beräkning av ersättningen under semestern.

58. Beträffande artikel 7.1 i direktiv 2003/88 och rättspraxis där denna bestämmelse tolkas kan jag notera att det inte finns något vare sig i den bestämmelsen eller i den rättspraxis där den tolkas som visar exakt hur medlemsstaterna ska beräkna ersättningen avseende årlig semester. Det enda krav som anges är att den normala ersättningen inte får understiga minimikraven, på ett sätt som gör att rätten till årlig semester förlorar sitt innehåll. Mot bakgrund av de omständigheter som har framlagts för denna domstol kan jag inte se hur denna risk skulle kunna uppstå i det aktuella fallet.

59. Enligt rättspraxis [34] ska arbetstagarna få *normal ersättning* under den årliga semestern, så att de befinner sig i en motsvarande situation som under de perioder då de arbetat. Det måste i synnerhet säkerställas att arbetstagarna inte frestas att *inte* ta ut sin årliga semester, vilket skulle kunna medföra att rätten till årlig semester förlorade sitt innehåll.

60. Vad är i förevarande fall enligt unionsrätten ”normal ersättning” till en arbetstagare som ganska ofta omfattas av arbetstidsförkortning på grund av byggnadssektorns särdrag? Är det den ersättning som motsvarar ”teoretiskt” arbete som är den ersättning som arbetstagaren skulle ha erhållit om han eller hon hade fortsatt att arbeta som vanligt under hela beräkningsperioden, vilket Torsten Hein har gjort gällande? Eller är det i stället den ersättning som motsvarar det faktiska arbete som arbetstagaren har utfört?

61. I domen i målet Williams slog EU-domstolen fast att ersättningen avseende årlig semester ska fastställas med hänsyn till den *totala* ersättning som arbetstagaren faktiskt erhåller som vederlag för de arbetsuppgifter som faktiskt har utförts regelbundet. [35] Som ett minimum enligt unionsrätten ingår således den ersättning som har nära samband det arbete som *faktiskt* har utförts. Medlemsstaterna kan emellertid besluta att anta mer förmånliga bestämmelser. Om de gör det, så omfattas ersättningen enbart av den nationella lagstiftningen, eftersom unionsrätten inte kräver att de betalar högre ersättning än som motsvarar det arbete som faktiskt har utförts under beräkningsperioden.

34 Denna har beskrivits ovan, särskilt i punkt 40.

35 Se ovan, punkterna 43 och 44. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 23 oktober 2003, Schönheit och Becker (C-4/02 och C-5/02, EU:C:2003:583), och dom av den 5 november 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-476/12, EU:C:2014:2332).

62. Eftersom ersättning avseende årlig semester inte rimligen kan bedömas skilt från den årliga semesterns längd, kan dessa delar dessutom i sin tur inte bedömas helt skilt från det större sammanhang där de ingår. Såsom Albert Holzkamm och den tyska regeringen har framhållit i sina skriftliga och muntliga yttranden ingår den aktuella regeln i ett paket som avspeglar den intresseavvägning som helhet som arbetsmarknadens parter har gjort genom BRTV-Bau. När det gäller bestämmelserna om årlig semester föreskrivs det i BRTV-Bau att den årliga semestern ska vara 30 dagar per år, vilket är 10 dagar mer än vad som krävs som minimum i direktiv 2003/88, oberoende av om arbetstagarna faktiskt arbetar eller omfattas av arbetstidsförkortning. Om beloppet för ersättningen avseende årlig semester faktiskt varierar beroende på den senare faktorn, så beaktas övertid som underlag för beräkningen, varvid underlaget ökar och en ganska hög procentsats tillämpas på detta underlag. Såsom den tyska regeringen förklarade vid förhandlingen tycks dessutom beräkningsperioden vara hela kalenderåret, varför perioder med faktiskt arbete och perioder med arbetstidsförkortning kan uppväga varandra. Såsom Torsten Hein har antytt och den tyska regeringen bekräftat vid förhandlingen får arbetsgivarna slutligen inte bara fortsatt betalt (en förmån vid arbetstidsförkortning som betalas av arbetsgivaren men i slutändan ersätts av den tyska arbetsförmedlingen [36]), utan de omfattas också fortfarande av sjukförsäkring och pensionsplaner.

63. BRTV-Bau ska, inom vissa gränser, tolkas som att det är resultatet av en ”övergripande avvägning”. Den komplicerade struktur som uppställts innebär att enskilda regler inte får läsas isolerat, utan som delar av en helhet.[37] Mot bakgrund av rätten till betald årlig semester som garanteras enligt direktiv 2003/88 blir slutsatsen att själva kärnan i rätten till årlig betald semester inte får påverkas. Det är helt riktigt att den senare är en självständig rättighet som har ett speciellt syfte. Ett eventuellt ingrepp i den årliga semestern kan följaktligen inte kompenseras av andra typer av sociala fördelar som följer av BRTV-Bau. Om vissa för- och nackdelar ”kompenseras”, så ska detta ske *inom ramen för* bestämmelserna om årlig semester. Det faktum att ett kollektivavtal kan vara mycket fördelaktigt i andra hänseenden får inte medföra att det väsentliga innehållet i rätten till årlig semester påverkas.

64. Även om det i slutändan kommer an på den hänskjutande domstolen att pröva detta, tycks så inte vara fallet i förevarande mål. Arbetsmarknadens parter i Tyskland har valt en lösning med fler dagars årlig semester och ersättning avseende årlig semester som tar hänsyn till övertid *och även* till arbetstidsförkortning när den årliga semestern beräknas. Arbetsmarknadens parters val tycks inte avhålla arbetstagarna från att utöva sin rätt till årlig semester – tvärtom. Att samma belopp sprids över fler dagar tycks till och med motivera arbetstagarna att ta ut alla de 30 dagarna årlig semester för att erhålla hela det belopp per år som de har rätt till enligt BRTV-Bau. De senare bestämmelserna om årlig semester tycks således inte inkräkta på det väsentliga innehållet i rätten till betald årlig semester.

65. Denna slutsats påverkas inte av den fråga som diskuterades ingående vid förhandlingen, nämligen huruvida principen om tidsproportionalitet är tillämplig på det aktuella fallet. I sitt skriftliga yttrande antydde kommissionen att den aktuella situationen kan jämföras med de deltidsarbetandes situation. Även om principen om tidsproportionalitet tydligen inte ska gälla beträffande den årliga semesterns längd (4 veckor är under alla omständigheter minimum) ska den följaktligen gälla beträffande ersättning avseende årlig semester i förevarande fall.

66. Kommissionen har åberopat domen i målet Heimann till stöd för ovanstående argument.[38] Det är riktigt att domstolen i det målet förklarade att de arbetstagare vars arbetstid har minskats måste kvalificeras som ”arbetstagare som tillfälligt är deltidsarbetande”, eftersom deras situation rent faktiskt är jämförbar med situationen för deltidsarbetande arbetstagare.[39] Domstolen tillämpade därefter principen om tidsproportionalitet på en typ av arbetstidsförkortning när det gällde beräkningen av (längden på) den årliga semestern.

36 Vid förhandlingen uppgav den tyska regeringen att förmånen vid arbetstidsförkortning uppgår till minst 60 procent av arbetstagarens lön.

37 Se ovan, punkterna 34 och 35 i detta förslag till avgörande.

38 Dom av den 8 november 2012, Heimann och Toltschin (C-229/11 och C-230/11, EU:C:2012:693).

39 Dom av den 8 november 2012, Heimann och Toltschin (C-229/11 och C-230/11, EU:C:2012:693, punkt 32).

67. Enligt omständigheterna i målet Heimann avsåg det målet emellertid fullständig suspendering av både arbetstagarnas och arbetsgivarnas skyldigheter, det vill säga fullständig ”Kurzarbeit-Null”, som tillämpades i ett år efter det att Alexander Heimanns anställningsavtal enligt en avtalad social plan hade upphört. Det var i detta sammanhang som det i *den nationella rätten* föreskrevs att beräkningen skulle göras med tillämpning av principen om tidsproportionalitet vid eventuella krav beträffande årlig semester vid ”Kurzarbeit-Null”. Den hänskjutande domstolens fråga i det målet avsåg huruvida unionsrätten utgjorde hinder för de nationella bestämmelser enligt vilka principen om tidsproportionalitet skulle tillämpas i sådana situationer, något som innebar att de intjänade dagarna för beräkning av årlig semester också skulle vara noll om det inte utfördes något faktiskt arbete det året.

68. Det var i ett sådant speciellt sammanhang som EU-domstolen drog en faktisk parallell mellan arbetstagare med nedsatt arbetstid och arbetstagare som tillfälligt är deltidsarbetande och svarade att unionsrätten *inte utgör hinder* för nationella bestämmelser som är utformade på ett sådant sätt.

69. Det som kommissionen nu i själva verket har föreslagit i förevarande mål är en tredubbel tillämpning av målet Heimann. För det första ska en arbetstidsförkortning i samband med ett anställningsförhållande som annars tycks vara fortlöpande behandlas som deltidsarbete av praktiska skäl. För det andra ska principen om tidsproportionalitet då vara tillämplig inte bara på den årliga semesterns längd, utan faktiskt också på *ersättningen* avseende årlig semester. För det tredje ska tillämpligheten av principen om tidsproportionalitet gå från att vara ett verktyg som medlemsstaterna kan använda om de så önskar, och som är tillåtet enligt unionsrätten, till att, under vissa förutsättningar, bli till en skyldighet som unionsrätten ålägger medlemsstaterna och mot vilken medlemsstaterna blir tvungna att kontrollera huruvida deras bestämmelser är förenliga med miniminormerna i unionsrätten.

70. Denna tredubbla tillämpning som kommissionen har förordat skulle dessutom i det aktuella fallet eventuellt kunna ge ett ganska paradoxalt resultat. Medlemsstaterna skulle fråntas det handlingsutrymme som de har enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88 när det gäller beräkningen av den normala ersättningen avseende årlig semester för att *minska* det skydd av arbetstagare som redan gäller inom en specifik sektor.

71. Genom alla dessa omständigheter understryks enligt min uppfattning behovet av att återigen bekräfta det som jag från början kom fram till i punkterna 58 och 59 i detta förslag till avgörande: I unionslagstiftningen finns det i ett fall som detta helt enkelt inga regler för beräkningen av ersättningen avseende årlig semester. Det kommer an på medlemsstaterna att utforma reglerna, förutsatt att det väsentliga innehållet i rätten till betald årlig semester inte urholkas genom dessa regler.

72. Med anledning av förslaget till svar på den hänskjutande domstolens första fråga behöver den andra frågan inte besvaras.

V. Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen ska besvara den första tolkningsfrågan från Arbeitsgericht Verden (Arbetsdomstolen i Verden, Tyskland) på följande sätt:

– Artikel 7.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden ska tolkas så, att dessa bestämmelser utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den i det nationella målet enligt vilken det i kollektivavtal kan bestämmas att inkomstminskningar under beräkningsperioden till följd av subventionerad arbetstidsförkortning på grund av arbetsbrist påverkar beräkningen av semesterlönen, vilket leder till att arbetstagaren får lägre ersättning under den årliga semestern om minst fyra veckor, eller får

lägre semesterersättning om anställningen upphör dessförinnan, än vad som vore fallet om beräkningen av semesterlönen skulle grundas på den genomsnittslön arbetstagaren hade erhållit om denne inte hade drabbats av sådan förlust av lön under beräkningsperioden. Det ankommer emellertid i slutändan på den hänskjutande domstolen att, mot bakgrund av den allmänna systematiken i det federala kollektivavtalet för byggnadssektorn och i synnerhet dess bestämmelser om årlig semester, bedöma huruvida det väsentliga innehållet i rätten till betald årlig semester inte äventyras genom dessa bestämmelser.