Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 5. september 2018 [1]

Sag C-385/17

Torsten Hein
mod
Albert Holzkamm GmbH & Co.

(anmodning om præjudiciel afgørelse fremsat af Arbeitsgericht Verden (arbejdsret i Verden, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – socialpolitik – tilrettelæggelse af arbejdstiden – kollektiv overenskomst i byggebranchen – ret til årlig betalt ferie – feriepenge – følger af perioder med tvungen nedsat arbejdstid«

I. Indledning

1. I henhold til forbundslovgivningen i Tyskland skal man have mindst 24 hverdages betalt ferie om året. Det forhold, at der tjenes mindre som følge af tvungen nedsat arbejdstid, kan i princippet ikke påvirke en arbejdsgivers beregning af feriegodtgørelse. En kollektiv overenskomsts parter kan imidlertid fravige disse forbundsstatslige bestemmelser om ferie. I byggebranchen reguleres arbejdsforholdene af en specifik hovedaftale. Aftalen bestemmer, at arbejdstagere har ret til 30 dages årlig betalt ferie. Beregningen af feriegodtgørelsen tager dog hensyn til indtjeningsreduktioner som følge af perioder med tvungen nedsat arbejdstid.

2. Torsten Hein arbejder i byggebranchen. Han havde tvungen nedsat arbejdstid gennem flere uger i 2015 og 2016. Han afholdt ferie med løn. Efter hans opfattelse burde der ved beregningen af de feriepenge, han fik udbetalt, ikke have været taget hensyn til nogen perioder med tvungen nedsat arbejdstid.

3. I denne sag er Domstolen blevet bedt om at afgøre, om EU-retten er til hinder for en national ordning i en kollektiv overenskomst, hvorefter der kan tages hensyn til indtjeningsreduktioner som følge af tvungen nedsat arbejdstid ved beregningen af en arbejdstagers ret til feriepenge.

1 – Originalsprog: engelsk.

II. Retsgrundlag

A. EU-ret

1. Chartret

4. Artikel 31, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlægende rettigheder (herefter »chartret«) bestemmer: »Enhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til årlig ferie med løn.«

2. Direktiv 2003/88

5. Artikel 1 i direktiv 2003/88/EF om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (herefter »direktiv 2003/88« eller »arbejdstidsdirektivet«)[2] definerer direktivets formål og anvendelsesområde:

»1. Dette direktiv indeholder minimumsforskrifter for sikkerhed og sundhed i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden.

2. Dette direktiv finder anvendelse på:

a) de minimale […] årlige ferier […]«

6. Artikel 2, nr. 1), definerer »arbejdstid« som »det tidsrum, hvori arbejdstageren er på arbejde og står til arbejdsgiverens rådighed under udførelsen af sin beskæftigelse eller sine opgaver i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis«. Artikel 2, nr. 2), definerer »hvileperiode« som »det tidsrum, der ikke er arbejdstid«.

7. Artikel 7 har følgende ordlyd:

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

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

8. Artikel 15 bestemmer: »Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes adgang til at anvende eller indføre love og administrative bestemmelser, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, eller til at fremme eller tillade anvendelse af kollektive overenskomster eller aftaler mellem arbejdsmarkedets parter, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed.«

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 4.11.2003 (EUT 2003, L 299, s. 9).

B. Tysk ret

1. Lov om mindste ferie for arbejdstagere

9. § 3, stk. 1, i Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz – BUrlG) (forbundslov om mindste ferie for arbejdstagere, herefter »ferieloven«)[3] bestemmer, at »[f]erien udgør mindst 24 hverdage årligt […]«.

10. § 11, stk. 1, bestemmer:

»Feriegodtgørelse beregnes på grundlag af den gennemsnitlige løn, som arbejdstageren har modtaget inden for de seneste 13 uger før feriens begyndelse, med undtagelse af supplerende udbetalt løn for overarbejde.

[…]

Indtjeningsreduktioner, der indtræffer i beregningsperioden på grund af tvungen nedsat arbejdstid, arbejdsafbrydelser eller uforskyldt fravær fra arbejdet, tages ikke i betragtning ved beregningen af feriegodtgørelsen. […]«

11. § 13, stk. 1, giver en kollektiv overenskomsts parter mulighed for at fravige ferieloven, med undtagelse af dennes § 1, § 2 og § 3, stk. 1. § 13, stk. 2, giver navnlig kollektive overenskomster i byggebranchen mulighed for også at fravige § 1, § 2 og § 3, stk. 1, forudsat at det er nødvendigt for at sikre alle arbejdstagere en sammenhængende årlig ferie.

2. Den forbundsstatslige hovedaftale for byggebranchen

12. § 8, stk. 1, i Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (den forbundsstatslige hovedaftale for byggebranchen) (herefter »BRTV-Bau«)[4] bestemmer:

»1. Arbejdstageren har ret til 30 arbejdsdages betalt ferie i hvert kalenderår (ferieår).

[…]

4. Feriens varighed beregnes på grundlag af antallet af beskæftigelsesdage i virksomheder i byggebranchen […]«.

13. § 8, stk. 2, vedrører beregningen af feriens varighed:

»[…]

2. Arbejdstageren optjener efter 12 – som svært handicappet efter 10,3 – beskæftigelsesdage ret til en dags ferie.

3. Beskæftigelsesdage er alle kalenderdage i et ferieår, hvor der har bestået arbejdsforhold i virksomheder inden for byggebranchen. Undtaget herfra er dage, hvor arbejdstageren har været fraværende fra arbejdet uden grund og dage med ubetalt ferie, såfremt denne har varet i mere end 14 dage […].«

3 – BGBl. III, s. 800-4, senest ændret ved lov af 20.4.2013 (BGBl. I, s. 868).

4 – Bundesrahmentarifvertrag für Baugewerbe af 4.7.2002 som affattet den 17.12.2003, 14.12.2004, 29.7.2005, 19.5.2006, 20.8.2007, 31.5.2012, 17.12.2012, 5.6.2014 og 10.12.2014.

14. § 8, stk. 4, omhandler feriepenge og har følgende ordlyd:

»1. Arbejdstageren modtager feriepenge for ferien i henhold til nr. 1.

Feriepengene andrager 14,25%, for svært handicappede som omhandlet i lovbestemmelserne 16,63%, af bruttolønnen. Feriepengene består af feriegodtgørelsen på 11,4% – for svært handicappede på 13,3% – af bruttolønnen og det yderligere ferietillæg. Det yderligere ferietillæg andrager 25% af feriegodtgørelsen. Dette tillæg kan modregnes i yderligere ferietillæg, der ydes i henhold til en virksomhedsordning.

Feriepengene for ferie, der er optjent efter den 31. december 2015 og før den 1. januar 2018, andrager 13,68%, for svært handicappede som omhandlet i lovbestemmelserne 15,96%, af bruttolønnen. Feriepengene består af feriegodtgørelsen på 11,4% – for svært handicappede på 13,3% – af bruttolønnen og det yderligere ferietillæg. Det yderligere ferietillæg andrager 20,0% af feriegodtgørelsen. Dette tillæg kan modregnes i yderligere ferietillæg, der ydes i henhold til en virksomhedsordning.

2. Bruttoløn er:

a) den bruttoarbejdsløn, der skal lægges til grund for beskatningen af lønnen og påføres skattekortet, inklusive naturalydelser, der ikke beskattes med en fast sats i henhold til EStG's § 40 [Einkommensteuergesetz (lov om indkomstskat)]

[…]

3. Feriepengene for delvist afholdt ferie beregnes ved, at feriepengene, der er beregnet i henhold til nr. 4.1, divideres med summen af feriedage, der er beregnet i henhold til nr. 2, og multipliceres med antallet af afholdte feriedage.

[…]

5. Ved ferieårets afslutning overføres resterende feriepenge til det følgende kalenderår.«

15. § 8, stk. 5, bestemmer:

»1. For hver arbejdstime, der ikke er blevet præsteret som følge af uforskyldt uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, for hvilken der ikke gjaldt et lønkrav, forhøjes de feriepenge, der beregnes i henhold til nr. 4.1, med 14,25% af den bruttoløn, der senest er indberettet i henhold til § 6, stk. 1, første punktum, nr. 1, i Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe [(kollektiv overenskomst om socialkasseprocedurer i byggebranchen) (herefter »VTV«)].

2. For hver arbejdstime, der ikke er blevet præsteret i perioden fra den 1. december til den 31. marts, for hvilken arbejdstageren modtager sæsonbetingede dagpenge for tvungen nedsat arbejdstid, forhøjes de feriepenge, der beregnes i henhold til nr. 4.1, når denne periode er udløbet, med 14,25% af den bruttoløn, der senest er indberettet i henhold til § 6, stk. 1, første punktum, nr. 1, i VTV. I denne forbindelse ses der bort fra de første 90 ikke-præsterede arbejdstimer, hvor der er modtaget sæsonbetingede dagpenge.

[…]

4. For ferie, der er optjent efter den 31. december 2015 og før den 1. januar 2018, andrager procentsatsen for de minimale feriepenge uanset nr. 5.1 og 5.2 dog 13,68%.«

III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og præjudicielle spørgsmål

16. Torsten Hein (herefter »sagsøgeren«) har været ansat som betonarbejder hos Albert Holzkamm GmbH & Co. (herefter »sagsøgte« eller »arbejdsgiveren«) siden 1980. Hans timeløn var 19,57 EUR (brutto) i 2015 og 20,04 EUR (brutto) i 2016.

17. Arbejdsgiveren indførte ved virksomhedsaftaler tvungen nedsat arbejdstid i august, september, oktober og november 2015. Sammen med andre perioder med tvungen nedsat arbejdstid i andre måneder inden for samme år arbejdede Torsten Hein på tvungen nedsat tid i alt 26 uger i 2015.

18. I 2015 havde han 30 dages ferie. Han anvendte 10 af disse feriedage fra den 19. oktober 2015 til den 31. oktober 2015 svarende til samlet 82 timer på grundlag af hans ugentlige arbejdstimer for oktober (41 timer). Arbejdsgiveren beregnede feriepengene [5] på grundlag af en timeløn på ca. 10,96 EUR (brutto). Sammenlignet med Torsten Heins normale timeløn i 2015 (19,57 EUR brutto) er der en samlet difference på ca. 705,88 EUR (brutto): det beløb, som han har krævet betalt. Hvad angår det yderligere overenskomstmæssige ferietillæg har han gjort gældende, at der er en difference på 176,50 EUR (brutto). Torsten Hein afholdt også 1 dags ferie den 22. december 2015. Han har for denne dag krævet 69,45 EUR (brutto) i feriegodtgørelse og 17,22 EUR (brutto) i ferietillæg.

19. I 2016 afholdt Torsten Hein ferie fra den 4. oktober til den 28. oktober, i alt 155,5 timer. Hans arbejdsgiver beregnede feriepengene på grundlag af en timeløn på ca. 11,76 EUR (brutto). Sammenlignet med sagsøgerens timeløn i 2016 – 20,04 EUR (brutto) – har Torsten Hein dermed krævet en samlet difference på ca. 1 287,85 EUR (brutto). Hvad angår det yderligere ferietillæg har Torsten Hein også krævet 413,39 EUR (brutto).

20. Torsten Hein er af den opfattelse, at perioder med tvungen nedsat arbejdstid ikke bør føre til en nedsættelse af hans ret til feriepenge for nogen af de to år. Reglen i den kollektive overenskomsts § 8 fører til en betydelig nedsættelse af feriepengene i tilfælde af tvungen nedsat arbejdstid. Torsten Hein har dermed gjort gældende, at den forelæggende ret bør pålægge hans arbejdsgiver at betale feriepenge med i alt 2 670,27 EUR (brutto) med tillæg af renter.

21. Albert Holzkamm GmbH & Co. er af den opfattelse, at den kollektive overenskomsts § 8 er omfattet af ferielovens § 13, stk. 1 og 2. Den sidstnævnte bestemmelse og den overenskomstmæssige ordning, der er baseret herpå, er i overensstemmelse med EU-retten. Arbejdsgiveren har tilføjet, at det bør bemærkes, at aftaleparterne i den reviderede affattelse af den kollektive overenskomst ikke nedsatte det antal feriedage, der kunne kræves, når tvungen nedsat arbejdstid var fastlagt på forhånd. Overenskomsten kompenserede ikke desto mindre for forud fastlagt tvungen nedsat arbejdstid ved at forøge størrelsen af feriepengene. I henhold til arbejdsgiveren bør Torsten Heins påstande derfor forkastes.

22. Det er i denne faktiske og retlige sammenhæng, at Arbeitsgericht Verden (arbejdsret i Verden, Tyskland) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 31 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden fortolkes således, at de er til hinder for en national lovbestemt ordning, hvorefter det i kollektive overenskomster kan vedtages, at indtjeningsreduktioner, der indtræffer i beregningsperioden på grund af tvungen nedsat arbejdstid, har indflydelse på beregningen af feriepenge med den følge, at arbejdstageren for varigheden af den årlige mindsteferie på fire uger får mindre i feriepenge – henholdsvis en mindre feriegodtgørelse efter ansættelsens ophør – end

5 – I henhold til § 8, stk. 4, i BRTV-Bau består feriepengene af feriegodtgørelsen på 11,4% af bruttolønnen – 13,3 % for svært handicappede – og det yderligere ferietillæg. Det yderligere ferietillæg er en procentdel af feriegodtgørelsen. Undtagen når det er mere korrekt at henvise til feriegodtgørelsen som sådan, vil jeg anvende begrebet »feriepenge«.

han ville have fået, såfremt den gennemsnitlige indtjening, som han ville have haft i beregningsperioden uden sådanne reduktioner, var blevet lagt til grund for beregningen af feriepengene? I bekræftende fald: Hvilken procentsats af arbejdstagerens gennemsnitlige arbejdsindtjening uden reduktioner må en efter den nationale lovgivning tilladt overenskomstmæssig nedsættelse af feriepengene på grund af tvungen nedsat arbejdstid i beregningsperioden højst udgøre, for at det kan antages, at denne nationale ordning fortolkes i overensstemmelse med EU-retten?

2) Såfremt første spørgsmål besvares bekræftende: Er det efter det almindelige EU-retlige retssikkerhedsprincip og forbuddet mod tilbagevirkende kraft muligt, at den fortolkning, som Domstolen ved præjudiciel afgørelse i den foreliggende sag vil give af artikel 31 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, gives en tidsmæssigt begrænset virkning for alle berørte, fordi den øverste nationale domstol forinden har fastslået, at de nationale ved lov og overenskomst fastsatte bestemmelser ikke kan fortolkes i overensstemmelse med EU-retten? Såfremt Domstolen afviser dette, er det foreneligt med EU-retten, hvis de nationale retter på grundlag af national ret anerkender, at arbejdsgiverne som følge af, at de stolede på, at den øverste nationale domstols praksis fortsat ville være gældende, har en beskyttelsesværdig berettiget forventning til denne praksis, eller er det kun Den Europæiske Unions Domstol, der kan fastslå, at der foreligger en sådan beskyttelsesværdig berettiget forventning?«

23. Sagsøgeren, sagsøgte, den tyske og den italienske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. De fremsatte alle, med undtagelse af den italienske regering, mundtlige argumenter under retsmødet den 14. juni 2018.

IV. Bedømmelse

24. I dette forslag til afgørelse vil jeg for det første drøfte følgerne, om nogen, af det forhold, at den pågældende nationale ordning er en del af en kollektiv overenskomst, som fraviger den nationale standardlovgivning om ferie med henblik på at tage byggebranchens særegenheder i betragtning (A). For det andet vil jeg opstille de mindstekrav, som EU-retten fastsætter for retten til årlig ferie, navnlig hvad angår feriepenge (B). For det tredje vil jeg undersøge, om EU-retten i denne sag er til hinder for, at der tages hensyn til tvungen nedsat arbejdstid ved beregningen af feriepenge (C).

A. En kollektiv overenskomst i byggebranchen

25. Byggebranchen har specifikke særpræg. Branchen er præget af udsving i arbejdsmønstrene gennem året, især på grund af skiftende vejrforhold eller økonomiske risici. Arbejdstagere inden for denne branche bliver dermed sandsynligvis underlagt perioder med såkaldt »tvungen nedsat arbejdstid«, navnlig (men ikke kun) om vinteren, og perioder med en stor arbejdsbyrde, hvor der sædvanligvis kræves overarbejde. Disse udsving i arbejdsmønstrene kan gøre det ganske komplekst at fastlægge varigheden af årlig ferie og feriepengene herfor.

26. I henhold til den tyske ferielovs § 11, stk. 1, skal feriegodtgørelse beregnes på grundlag af arbejdstagerens gennemsnitlige løn, med undtagelse af overarbejde. Gennemsnittet tages fra en periode på 13 uger (herefter »referenceperioden«) regnet bagud i forhold til den dato, hvorfra ferien afholdes. Indtjeningsreduktioner, der indtræffer i referenceperioden på grund af tvungen nedsat arbejdstid, tages ikke i betragtning ved beregningen af feriegodtgørelsen.

27. Lovens § 13 giver dog mulighed for, at kollektive overenskomster i byggebranchen kan fravige ferielovens regler. BRTV-Bau har gjort brug af denne mulighed, både for så vidt angår måden, hvorpå *varigheden* af (30 arbejdsdage i stedet for 24) og *betalingen* for den årlige ferie beregnes. Navnlig på den måde, hvorpå den gennemsnitlige bruttotimeløn fastsættes, tager den ordning, der er udviklet i § 8, stk. 4, i BRTV-Bau, som omhandler feriepenge, hensyn til indtjeningsreduktioner på grund af tvungen nedsat arbejdstid ved beregningen af feriepengene.

28. Den tyske regering har inden for en så specifik lovgivningsmæssig sammenhæng argumenteret for, at sagsgenstanden i denne sag er spørgsmålet, om *lovgivningen, der giver mulighed for fravigelse* (nemlig ferielovens § 13), er overensstemmende med EU-retten, og ikke de materielle bestemmelser i BRTV-Bau. Den forelæggende ret har også stillet det første spørgsmål ud fra det synspunkt, at lovbestemmelsen giver arbejdsmarkedets parter mulighed for fravigelse.

29. Jeg er enig i, at det formelt er ferieloven, der skal ses som den primære kilde til en potential uforenelighed med EU-retten, for så vidt som den gav en kollektiv overenskomsts parter mulighed for at afvige fra national lovgivning, som ellers finder generel anvendelse. Bortset herfra har jeg vanskeligt ved at se, hvad der faktisk materielt kan vurderes i denne sag for så vidt angår ferieloven, eftersom de pågældende gældende regler findes i BRTV-Bau for begge hovedelementerne i denne sag: den årlige feries varighed og feriepengene.

30. Det kan erindres, at selv hvis nationale regler er udarbejdet af og aftalt mellem arbejdsmarkedets parter, er de fortsat omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, naturligvis så længe de materielt ligger inden for dette anvendelsesområde. Domstolen har allerede tidligere behandlet en kollektiv overenskomsts materiale forenelighed med EU-retten, herunder når overenskomsten fraviger national lovgivning[6]. Når arbejdsmarkedets parter træffer foranstaltninger inden for EU-rettens anvendelsesområde, skal de overholde EU-retten[7].

31. Det forhold, at en medlemsstats myndigheder faktisk ikke har udarbejdet reglerne i den kollektive overenskomst, er ikke afgørende ud fra et EU-retligt synspunkt. Det afgørende er, at disse myndigheder har tilladt disse regler og har gjort dem til en del af de gældende retsregler i en bestemt branche og vil håndhæve dem inden for deres jurisdiktion. Kort sagt beskytter forskellige former for lovgivningsmæssig »outsourcing« hverken reglerne mod EU-retten eller fratager medlemsstaten det endelige ansvar for reglernes indhold[8].

32. I denne sag har Domstolen dermed åbenlyst kompetence til at bedømme, om de anfægtede bestemmelser i BRTV-Bau er materielt forenelige med EU-retten.

33. Selv om de pågældende regler er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, er det forhold, at arbejdsmarkedets parter er blevet enige herom i form af en kollektiv overenskomst, imidlertid efter min opfattelse af relevans, dog fra en anden vinkel.

6 – Jf. f.eks. dom af 22.11.2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761), hvor Domstolen behandlede foreneligheden mellem en kollektiv overenskomst (for en anden branche), som fraveg den tyske ferielov, og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88. Vedrørende et eksempel, hvor Domstolen bedømte foreneligheden mellem en national lovregel, som opretholdt en kollektiv overenskomsts virkninger på trods af dennes ophævelse, og EU-retten, jf. dom af 11.9.2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197).

7 – Jf. i denne retning dom af 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3), af 12.10.2010, Rosenbladt (C-45/09, EU:C:2010:601, præmis 53), og af 13.11.2011, Prigge m.fl. (C-447/09, EU:C:2011:573, præmis 46 og 48).

8 – I henhold til en bredere analogi med retspraksis om statens ansvar er det altid medlemsstaten, der er ansvarlig ud fra et EU-retligt synspunkt for enhver skade, som personer lider som følge af en manglende overholdelse af EU-retten, uanset hvilke organer der var ansvarlige for tilsidesættelsen (jf. f.eks. dom af 1.6.1999, Konle, C-302/97, EU:C:1999:271, præmis 62, af 30.9.2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 31-33, og af 25.11.2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, præmis 46). Uanset de lovgivnings- eller forfatningsmæssige ordninger, som en medlemsstat måtte have indført, både horisontalt (lovgivende – udøvende – dømmende – og/eller andre centrale organer) eller vertikalt, er det, der skal håndhæves på en medlemsstats område, dermed i sidste ende medlemsstatens ansvar, uanset den eller de, der faktisk handlede.

34. EU-retten anerkender betydningen af dialog mellem arbejdsmarkedets parter. Chartrets artikel 28 garanterer retten til at forhandle og indgå kollektive overenskomster. Sådanne overenskomster er et udtryk for dialogen mellem arbejdsmarkedets parter. De (branchespecifikke) regler i disse overenskomster udstyres sandsynligvis med større berettigelse, fordi de ikke er ensidige og (generelt) pålægges af offentlige myndigheder, men er blevet forhandlet af de relevante parter på arbejdsmarkedet, typisk under hensyntagen til en bestemt branches særegenheder. Som følge heraf kan det antages, at kollektive overenskomster afspejler en overordnet hårfin balance mellem på den ene side arbejdstagernes interesser og på den anden side arbejdsgivernes interesser.

35. Endvidere er de ord, der skal fremhæves i en sådan sammenhæng, »overordnet balance«. Kollektive overenskomster, hvis de er tilladte i et retssystem, fraviger sandsynligvis ikke blot et eller to elementer i gældende national (arbejds)ret. De opstiller sædvanligvis mere komplekse strukturer, som indbefatter en række studehandler og kompensation. De individuelle regler heri kan dermed ikke ses isoleret, men som en del af en samlet pakke.

B. Mindstekrav til årlig ferie afledt af EU-retten

36. Som en indledende bemærkning skal det anføres, at EU-retten kun indeholder en minimumsbeskyttelse af arbejdstagere, herunder retten til årlig ferie [9]. Det er medlemsstaterne, der inden for EU-rettens grænser skal fastsætte betingelserne for udøvelsen af denne ret uden at gøre indgreb i eksistensen heraf [10]. Det, der i sidste ende er afgørende i henhold til EU-retten, er, at der faktisk er mulighed for at udøve retten, og dermed at kerneindholdet i retten til årlig ferie ikke påvirkes [11].

37. Hvad er imidlertid de præcise mindstekrav til retten til årlig ferie, der skal overholdes for, at national ret, herunder kollektive overenskomster, er forenelige med EU-retten?

38. I medfør af chartrets artikel 31, stk. 2, har enhver arbejdstager ret til årlig ferie med løn: Der er ikke yderligere detaljer om denne ret. Artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, der, som Domstolen har udtalt, har direkte virkning [12], giver retten et specifikt udtryk. Den bestemmer, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis.

39. Domstolen har ved flere lejligheder understreget, at retten til årlig betalt ferie skal betragtes som et særligt vigtigt princip i EU's sociallovgivning [13], som tilsigter at give arbejdstageren mulighed for at hvile ud og have en periode til rådighed, hvorunder han kan slappe af og nyde sin fritid [14]. Der er to aspekter af denne ret: retten til årlig ferie og retten til betaling herfor [15]. Den kan ikke fortolkes indskrænkende [16].

9 – Vedrørende medlemsstaters mulighed for at gå længere end krævet i EU-retten jf. f.eks. i sammenhæng med beregningen af feriepenge dom af 15.9.2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 29 og 30). Jf. også vedrørende retten til ferie med løn ud over retten til en årlig betalt ferie på mindst fire uger i henhold til EU-retten dom af 3.5.2012, Neidel (C-337/10, EU:C:2012:263, præmis 36), og af 20.7.2016, Maschek (C-341/15, EU:C:2016:576, præmis 39).

10 – Dom af 16.3.2006, Robinson-Steele m.fl. (C-131/04 og C-257/04, EU:C:2006:177, præmis 57), og af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 28).

11 – Jf. i denne retning, dom af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 45 og 46).

12 – Jf. dom af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 35).

13 – Jf. f.eks. dom af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 22 og 54 samt den deri nævnte retspraksis), og af 15.9.2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 17).

14 – Jf. dom af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 25).

15 – Jf. dom af 15.9.2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 26).

16 – Jf. dom af 21.6.2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, præmis 18), og af 8.11.2012, Heimann og Toltschin (C-229/11 og C-230/11, EU:C:2012:693, præmis 23).

40. Hvad navnlig angår feriepenge skal det bemærkes, at der ikke er nogen bestemmelse om dette aspekt af retten i direktiv 2003/88 [17]. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at arbejdstagere skal modtage *normal løn* under denne hvileperiode, som svarer til det antal timer ferie, der afholdes [18]. De skal stilles i en tilsvarende situation som under arbejdsperioder [19]. Rationalet bag »normal løn« er at sikre, at arbejdstagerne holder de dage, som de er berettigede til, for at hvile. Hvis feriepengebeløbet er for lavt, kan arbejdstagerne være fristede til at undlade at afholde den årlige ferie. I en sådan situation kan retten til årlig ferie blive indholdsløs [20].

41. Det fremgår dog ikke umiddelbart klart af disse udtalelser, hvad den »normale løn«, der skal betales under den årlige ferie, er i faglige situationer, hvor arbejdstiden var varierende i referenceperioden. Disse variationer kan gøre det vanskeligere at beregne den årlige ferie, uanset om det angår varigheden heraf eller feriepengene herfor, som det fremgår af en række af de sager, som Domstolen har behandlet.

42. Hvad for det første angår følgerne af sygeorlov for den årlige ferie har Domstolen gjort det klart, at det forhold, at arbejdstageren har haft sygeorlov, ikke bør nedsætte retten til årlig ferie [21]. »[E]n medlemsstat [kan] ikke gøre retten til en årlig betalt ferie, som ifølge [direktiv 2003/88] tilkommer alle arbejdstagere […], betinget af, at den pågældende faktisk har arbejdet inden for den af denne medlemsstat fastsatte referenceperiode« [22]. Det forhold, at arbejdstageren har haft sygeorlov i en periode, hvilket både er en utilsigtet og uforudsigelig begivenhed, kan ikke påvirke varigheden af den årlige ferie og feriepengene. Det følger heraf, at det forhold, at arbejdstageren har haft færre *faktiske* arbejdstimer på grund af sygeorlov, ikke indvirker på retten til årlig ferie [23].

43. Hvad for det andet angår fastlæggelsen af »normal løn« for arbejde, som omfatter forskellige opgaver og tidplaner, forekommer det, at lønnen skal svare til de opgaver, som arbejdstageren har udført. I dommen i sagen Williams m.fl. gav Domstolen vejledning om, hvad den »normale løn« er for en pilot ansat ved et luftfartsselskab. Domstolen udtalte, at når en arbejdstagers løn består af flere dele og henhører under bestemmelser og praksis, der er reguleret ved medlemsstaternes ret, kan »strukturen […] ikke have nogen virkning på arbejdstagernes ret til […] i sin periode med hvile og afslapning at nyde tilsvarende økonomiske vilkår som under udførelsen af sit arbejde. Således skal enhver ulempe, som er forbundet med udførelsen af de opgaver, som påhviler arbejdstageren i henhold til hans ansættelseskontrakt, og som kompenseres med en godtgørelse […], nødvendigvis indgå i det beløb, som arbejdstageren har krav på under sin årlige ferie. Derimod skal de dele af arbejdstagerens samlede løn, som udelukkende har til formål at dække lejlighedsvise eller accessoriske omkostninger, som indtræder i forbindelse med udførelsen af de opgaver, som påhviler arbejdstageren i henhold til hans ansættelseskontrakt, såsom udgifter forbundet med den tid, piloter er nødsaget til at tilbringe væk fra basen, ikke tages i betragtning ved beregningen af ferielønnen« [24].

17 – Som bekræftet i dom af 11.11.2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, præmis 48-50), navnlig vedrørende beregningen af den godtgørelse, der erstatter årlig ferie.

18 – Jf. dom af 16.3.2006, Robinson-Steele m.fl. (C-131/04 og C-257/04, EU:C:2006:177, præmis 50), og af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 58 og 60).

19 – Jf. dom af 15.9.2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 20), og af 22.5.2014, Lock (C-539/12, EU:C:2014:351, præmis 17).

20 – Jf. i denne retning, dom af 16.3.2006, Robinson-Steele m.fl. (C-131/04 og C-257/04, EU:C:2006:177, præmis 51), hvor Domstolen gjorde det klart, at lønnen for udført arbejde ikke må ophæve retten til årlig betalt ferie. Jf. også dom af 15.9.2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 21), hvor Domstolen fandt, at en godtgørelse, hvis størrelse kun lige netop gjorde det muligt at udelukke enhver væsentlig risiko for, at arbejdstageren ikke afholdt sin ferie, ikke opfyldte de EU-retlige krav.

21 – Jf. f.eks. dom af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 48 og 49), og af 21.6.2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, præmis 21).

22 – Jf. dom af 20.1.2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 og C-520/06, EU:C:2009:18, præmis 41), og af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 20).

23 – Vedrørende en tilsvarende behandling af barselsorlov jf. dom af 18.3.2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, præmis 32 og 33).

24 – Jf. dom af 15.9.2011, Williams m.fl. (C-155/10, EU:C:2011:588, præmis 19-25 og den deri nævnte retspraksis).

44. Det forekommer dermed, at »normal løn« skal »afspejle« de »normale« arbejdsvilkår, som er iboende i det pågældende arbejde. Med en vis grad af generalisering forekommer det dermed, at feriepengene skal fastlægges i lyset af den samlede løn, der faktisk er modtaget som vederlag for de opgaver, der *faktisk* regelmæssigt er udført.

45. Hvad for det tredje angår betydningen af deltidsarbejde på retten til årlig ferie har Domstolen under henvisning til EU's rammeaftale vedrørende deltidsarbejde anvendt princippet om *pro rata temporis* på *varigheden* af den årlige ferie for, at den står mål med det *faktiske* (deltids-)arbejde. Domstolen fandt f.eks. i dommen i sagen Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, der vedrørte virkningerne af en ændring af en arbejdstagers arbejdstid fra fuldtidsarbejde til deltidsarbejde på retten til betalt ferie, at for en periode med deltidsansættelse er nedsættelsen af retten til årlig ferie i forhold til den, der tildeles for en periode med fuldtidsansættelse, begrundet i objektive forhold. Det pågældende princip kan dog ikke finde anvendelse *ex post* på retten til årlig ferie optjent under en periode med fuldtidsansættelse [25].

46. Efterfølgende udstrakte Domstolen i dommen i sagen Heimann og Toltschin anvendelsen af princippet om *pro rata temporis* til en meget særegen situation med tvungen nedsat arbejdstid, nemlig »nedsættelse af arbejdstiden til nul«. Situationen skyldtes en socialplan [26] for, at afskedigede arbejdstagere, der tidligere havde haft fuldtidsarbejde, kunne få en godtgørelse i stedet for årlig ferie. Idet Domstolen tog stilling til den specifikke situation, beskrev den de pågældende arbejdstagere som de facto »arbejdstagere, der midlertidigt er på deltid« [27], og fortsatte med at anvende princippet om *pro rata temporis*. Domstolen overførte dermed i dommen i sagen Heimann og Toltschin faktisk princippet om *pro rata temporis* til fastlæggelsen af varigheden af den årlige ferie for en bestemt form for arbejdstagere på nedsat tid. Domstolen tilpassede på denne måde varigheden af den årlige ferie til det arbejde, som disse arbejdstagere *faktisk* havde udført.

47. Domstolen har dog aldrig anvendt princippet om *pro rata temporis* på retten til ferie*penge*. Det kan ikke desto mindre bemærkes, at princippet også kan påvirke en række ydelser, som deltidsansatte kan modtage. I dommen i sagen Schönheit og Becker anvendte Domstolen f.eks. princippet om *pro rata temporis* til at beregne (og dermed nedsætte) arbejdsophørspensionen for en person i tilfælde af deltidsbeskæftigelse [28]. Domstolen insisterede dog på, at pensionsnedsættelsen skulle være fuldstændig forholdsmæssig [29]. Domstolen fandt også i Österreichischer Gewerkschaftsbund-dommen [30], der vedrørte en anden form for ydelse, nemlig børnetillæg, at hvis arbejdstageren i henhold til ansættelsesvilkårene i den pågældende sag er deltidsansat, er beregningen af børnetillægget i overensstemmelse med princippet om *pro rata temporis* objektivt begrundet. Det følger af denne retspraksis, at deltidsansatte arbejdstagere har ret til betaling af et beløb, der beregnes *pro rata* i forhold til det antal timer, de faktisk har arbejdet.

48. Endelig stod Domstolen i Greenfield-dommen over for det modsatte scenarie, hvor arbejdstiden var blevet *forøget*, ikke i sammenhæng med tvungen nedsættelse af arbejdstiden, men på grund af forudsigelige variationer i arbejdstiden. Der var i den sag en kontrakt, som fastsatte, at arbejdstiden var forskellig fra uge til uge. Arbejdstagerens løn var derfor også forskellig fra uge til uge. Domstolen fandt, at beregningen af retten til den minimale årlige betalte ferie skulle foretages i forhold til de arbejdsdage eller arbejdstimer, der var udført og fastsat i ansættelseskontrakten [31]. Medlemsstaterne er i tilfælde af ændringen af arbejdstiden ikke forpligtede til med tilbagevirkende kraft at genberegne den

25 – Jf. dom af 22.4.2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, EU:C:2010:215, præmis 33).

26 – Socialplanen fastsatte en forlængelse af de afskedigede arbejdstageres ansættelseskontrakter med et år fra datoen for deres afskedigelse, idet den ved en »nedsættelse af arbejdstiden til nul« (»Kurzarbeit Null«) suspenderede dels arbejdstagerens arbejdspligt, dels arbejdsgiverens lønudbetalingspligt.

27 – Dom af 8.11.2012, Heimann og Toltschin (C-229/11 og C-230/11, EU:C:2012:693, præmis 32).

28 – Jf. dom af 23.10.2003, Schönheit og Becker (C-4/02 og C-5/02, EU:C:2003:583, præmis 90 og 91).

29 – Jf. dom af 23.10.2003, Schönheit og Becker (C-4/02 og C-5/02, EU:C:2003:583, præmis 93).

30 – Dom af 5.11.2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-476/12, EU:C:2014:2332).

31 – Jf. dom af 11.11.2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, præmis 32).

ferie, der allerede er optjent (og muligvis afholdt) *inden* ændringen. EU-retten kræver kun en genberegning for den *efterfølgende* arbejdsperiode, i løbet af hvilken arbejdstiden blev forøget [32]. Dette viser også, at årlig ferie, bortset fra situationer med sygeorlov, bygger på den *faktisk* gennemførte arbejdstid.

49. Sammenfattet forekommer det, at i situationer med varierende arbejdstid på grund af en række forskellige begivenheder, beregnes den årlige ferie generelt på grundlag af den *faktiske* arbejdstid. Dette er især tilfældet i situationer, hvor den begivenhed, der giver anledning til variationen, er *forudsigelig* eller *frivillig*, typisk fordi den er iboende i den omtvistede kontrakttype, f.eks. hvad angår bestemt arbejde eller for deltidsansatte eller visse arbejdstagere med tvungen nedsat arbejdstid, der kan ligestilles med de førstnævnte. Den eneste åbenlyse undtagelse til »reglen om faktisk arbejdstid« vedrører variationer på grund af sygeorlov. Rationalet bag denne undtagelse er at sikre, at en *uforudsigelig* eller *utilsigtet* begivenhed, såsom arbejdsudygtighed på grund af sygdom, ikke urimeligt påvirker den uafhængige ret til årlig ferie, hvis formål er et helt andet end formålet med retten til sygeorlov. Bortset fra dette specifikke tilfælde forekommer den faktiske arbejdstid – i modsætning til den teoretiske – at være standarden for så vidt angår fastlæggelsen af årlig ferie [33].

C. Den foreliggende sag

50. Den omtvistede ordning i hovedsagen vedrører *beregningsmetoden* for feriepenge som fastsat i den kollektive overenskomst for byggebranchen, BRTV-Bau. Hovedproblemstillingen, der ligger bag den forelæggende rets første spørgsmål, er, om EU-retten gør det muligt for så vidt angår beregningen af feriepengene at tage hensyn til nedsættelser af den faktiske arbejdstid (og dermed indtjening) på grund af tvungen nedsat arbejdstid besluttet ved kollektiv overenskomst (virksomhedsaftaler): dvs. i den særlige sammenhæng med det, der formelt forekommer at være et forhold med fuldtidsbeskæftigelse i en branche, der ofte er genstand for væsentlige arbejdsmæssige variationer.

51. Ifølge den forelæggende ret forbinder de tyske regler om årlig ferie feriepengenes beløb med den indtjening, som arbejdstageren faktisk havde i referenceperioden. Det er på grundlag af denne faktiske indtjening, der i sig selv bygger på den faktiske arbejdstid, at den relevante timeløn, som så tjener til at fastlægge de samlede feriepenge, skal beregnes.

52. Sagsøgeren har gjort gældende, at tvungen nedsat arbejdstid i referenceperioden medførte en nedsættelse på næsten 50% af den gennemsnitlige timeløn, som er afgørende for beregningen af feriepengene. Når der er fortsat tvungen nedsat arbejdstid i hele referenceperioden, kan timelønnen i den periode endog være nul. Feriepengenes beløb skal dog være mindst lige så højt som den løn, arbejdstageren ville have modtaget, hvis han var fortsat med at arbejde som sædvanligt. Retten til feriepenge er en reel ret til løn. »Værdien« af den årlige ferie bør dermed ikke afhænge af, hvornår ferien afholdes i løbet af referenceperioden.

53. Ifølge sagsøgte er BRTV-Bau ganske beskyttende over for arbejdstagerne i byggebranchen. I lyset af de fordele, som BRTV-Bau tilbyder, forekommer ulempen ved lavere feriepenge at være ubetydelig. F.eks. har arbejdstagerne 30 dages årlig betalt ferie for en 5-dages arbejdsuge i stedet for 24 dage for en 6-dages arbejdsuge. Det antal dage, som arbejdstagerne har ret til, nedsættes ikke, hvis der er aftalt nedsat arbejdstid. Herudover omfatter beregningen af feriepengene overarbejde.

32 – Jf. dom af 11.11.2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, præmis 38, 39, 43 og 44).

33 – Jf. også i denne retning, i sammenhæng med forholdet mellem årlig ferie og forældreorlov, generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Ministerul Justiției m.fl. (C-12/17, EU:C:2018:195, punkt 23-29).

54. Sagsøgte har endvidere anført, at arbejdstagerne i perioder med tvungen nedsat arbejdstid kan hvile og lave fritidsaktiviteter, eftersom deres forpligtelser over for arbejdsgiveren er suspenderet. Endvidere modtager arbejdstageren i perioder med tvungen nedsat arbejdstid, selv om arbejdstagerens forpligtelser er suspenderet, fortsat en mindstebetaling (der er skattefri) som fastsat i de relevante tabeller, der årligt offentliggøres af den tyske regering. Arbejdsgiveren fortsætter også med at betale alle sine bidrag til socialsikring (sygdomsforsikring og pensionsbidrag). Endelig er perioder med tvungen nedsat arbejdstid, som i det væsentlige tilsigter at forhindre økonomisk begrundede afskedigelser, forudsigelige, fordi de er blevet besluttet ved virksomhedsaftaler.

55. Den tyske regering har gjort gældende, at det er foreneligt med EU-retten at beregne feriepenge på grundlag af den i referenceperioden *faktiske modtagne* bruttoløn, hvorved der tages hensyn til indtjeningsreduktioner på grund af tvungen nedsat arbejdstid. Den tyske regering har gjort gældende, at en regel, som forekommer at være til ulempe for en arbejdstager i et specifikt aspekt, er en del af et samlet sæt regler, der er vedtaget af arbejdsmarkedets parter, hvilket bør tages i betragtning ved vurderingen af denne regel. Den kollektive overenskomst bør formodes at være rimelig. De mulige »negative« virkninger opvejes af andre regler i den kollektive overenskomst, som har positive virkninger for arbejdstagerne, såsom yderligere betaling af ferietillæg eller en højere grundløn, som opvejer de i byggebranchen iboende strabadser.

56. Ifølge Kommissionen er det ufornødent specifikt at undersøge chartret, fordi artikel 7 i direktiv 2003/88 er et specifikt udtryk for chartrets artikel 31, stk. 2. Kommissionen har erindret om, at arbejdstageren har ret til sin normale løn beregnet på grundlag af et gennemsnit i referenceperioden, som bedømmes til at være repræsentativt. Der er ingen mulige undtagelser til eller fravigelser af denne ret. Når en medlemsstat giver mere end fire ugers årlig ferie, kan den frit opstille betingelserne og f.eks. beslutte, om der skal ydes godtgørelse for dage, der ikke er blevet afholdt, og beslutte, under hvilke betingelser dette kan finde sted. Efter Kommissionens opfattelse er den omtvistede lovgivning forenelig med direktiv 2003/88, hvis det fastslås, at lovgivningen har gennemført princippet om *pro rata temporis*. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om princippet er anvendt i den pågældende kollektive overenskomst.

57. Jeg er enig i Kommissionens indledende bemærkning, nemlig at det er ufornødent at overveje chartrets artikel 31, stk. 2, i denne sag. Bestemmelsen bestemmer blot på en generel og abstrakt måde, at enhver arbejdstager har ret til en begrænsning af den maksimale arbejdstid, til daglige og ugentlige hvileperioder samt til *årlig ferie med løn*. Chartret fastsætter ikke engang den mindste varighed af den garanterede årlige ferie eller de regler, som regulerer beregningsmetoden for løn, mens der afholdes ferie.

58. Jeg bemærker, hvis jeg vender mig mod artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88 og retspraksis, der fortolker denne bestemmelse, at der intet er i hverken bestemmelsen eller i retspraksis om fortolkning heraf, der foreskriver præcist, hvordan medlemsstaterne skal beregne feriepengene. Det eneste krav, den fastsætter, er, at enhver sådan normal løn ikke må være mindre end mindstekravene, således at retten til årlig ferie ikke fratages sit indhold. Jeg kan på grundlag af de kendsgerninger, som Domstolen har fået forelagt, ikke se, hvordan denne risiko skulle vise sig i denne sag.

59. Retspraksis [34] kræver, at arbejdstagere modtager *normal løn* i den årlige ferie, således at de stilles i en situation, der er sammenlignelig med de arbejdsperioder, der er blevet gennemført. Det skal navnlig sikres, at arbejdstagere ikke fristes til at *undlade* at afholde deres årlige ferie, hvilket følgelig kan gøre retten til årlig ferie indholdsløs.

34 – Opridset ovenfor, navnlig i punkt 40.

60. Hvad er i denne sag i henhold til EU-retten »normal løn« for en arbejdstager, som ganske ofte har tvungen nedsat arbejdstid på grund af byggebranchens særegenheder? Er det den løn, der svarer til »teoretisk« arbejde, som er den løn, arbejdstageren ville have modtaget, hvis han fortsat havde arbejdet normalt i hele referenceperioden, således som sagsøgeren har gjort gældende? Eller er det snarere den løn, der svarer til det faktiske arbejde, som arbejdstageren har udført?

61. Domstolen udtalte i dommen i sagen Williams m.fl., at feriepenge skal fastlægges i lyset af den *samlede* løn, der faktisk er modtaget som vederlag for de opgaver, der faktisk regelmæssigt er udført [35]. Feriepenge omfatter dermed som et minimum i henhold til EU-retten den løn, der er nært forbundet med det *faktisk* udførte arbejde. Medlemsstaterne kan dog beslutte at vedtage gunstigere bestemmelser. Om de bør gøre dette, er helt op til national ret, eftersom EU ikke pålægger dem at gå videre end den løn, der svarer til det i referenceperioden faktisk udførte arbejde.

62. Da feriepenge endvidere ikke rimeligvis kan vurderes isoleret fra feriens varighed, kan begge disse elementer ikke ses helt isoleret fra den bredere struktur, som de er en del af. Som sagsøgte og den tyske regering har understreget i deres skriftlige og mundtlige indlæg, er den pågældende regel en del af en pakke, som afspejler den samlede interesseafvejning, som arbejdsmarkedets parter nåede gennem BRTV-Bau. Hvad angår ordningerne for årlig ferie bestemmer BRTV-Bau, at varigheden af den årlige ferie er 30 dage pr. år, hvilket er 10 dage mere end det, som direktiv 2003/88 som minimum kræver, uanset om arbejdstagerne faktisk arbejder eller har tvungen nedsat arbejdstid. Hvad angår feriepenge tages der, hvis feriepengebeløbet *faktisk* er forskelligt afhængigt af den sidstnævnte faktor, hensyn til overarbejde som grundlag for beregningen, hvorved grundlaget øges, og der anvendes en ganske høj procentsats på dette grundlag. Endvidere, og som den tyske regering anførte under retsmødet, forekommer referenceperioden at være hele kalenderåret, hvilket giver mulighed for en udligning af perioder med faktisk arbejde med perioder med tvungen nedsat arbejdstid. Endelig, og som anført af sagsøgte og bekræftet af den tyske regering under retsmødet, modtager arbejdstagere i perioder med tvungen nedsat arbejdstid ikke kun stadig løn (en godtgørelse for tvungen nedsat arbejdstid betalt af arbejdsgiveren, og i sidste ende tilbagebetalt af det tyske arbejdsformidlingskontor [36]), men er også fortsat dækket af sundhedsforsikring og pensionsordninger.

63. BRTV-Bau bør inden for visse grænser fortolkes som værende produktet af en »overordnet balance«, og de opstillede komplekse strukturer betyder, at regler ikke kan ses isoleret, men som en del af en pakke. [37]. Ud fra synspunktet om retten til årlig betalt ferie, der er garanteret i direktiv 2003/88, er det korte af det lange, at kernen i retten til årlig ferie ikke må påvirkes. Det er korrekt, at den sidstnævnte er en uafhængig ret, der tjener et specifikt formål. Indgreb i den årlige ferie, om nogen, kan ikke »kompenseres« af andre former for sociale fordele, der følger af BRTV-Bau. Hvis der er »kompensation« mellem visse fordele og ulemper, er det dermed *inden for* ordningerne for årlig ferie. Det forhold, at en kollektiv overenskomst kan være meget fordelagtig i andre aspekter, gør det bestemt ikke muligt, at det væsentligste indhold i retten til årlig ferie påvirkes.

64. Selv om det i sidste ende tilkommer den forelæggende ret at bedømme, forekommer det ikke at være tilfældet her. Arbejdsmarkedets parter i Tyskland har valgt den løsning at give flere årlige feriedage og feriepenge, som bl.a. tager hensyn til overarbejde, *men også* tvungen nedsat arbejdstid, ved beregningen af årlig ferie. Arbejdsmarkedets parters valg forekommer ikke at afholde arbejdstagere fra at udøve deres ret til årlig ferie – snarere tværtimod. Det forhold, at det samme beløb spredes over flere dage, kan endog siges at tjene som en tilskyndelse for arbejdstagerene til at afholde alle 30 dages årlig ferie for at modtage det fulde årlige feriepengebeløb, som de har ret til i henhold til BRTV-Bau. De sidstnævnte ordninger for årlig ferie forekommer dermed ikke at tilsidesætte kernen i retten til årlig betalt ferie.

35 – Punkt 43 og 44 ovenfor. Jf. også i samme retning dom af 23.10.2003, Schönheit og Becker (C-4/02 og C-5/02, EU:C:2003:583), og af 5.11.2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-476/12, EU:C:2014:2332).

36 – Den tyske regering anførte under retsmødet, at godtgørelsen for tvungen nedsat arbejdstid udgør mindst 60% af arbejdstagerens løn.

37 – Jf. dette forslag til afgørelse, punkt 34 og 35 ovenfor.

65. Denne konklusion påvirkes ikke af den problemstilling, hvorom der var en omfattende drøftelse under retsmødet, vedrørende den potentielle anvendelse af princippet om *pro rata temporis* i denne sag. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg foreslået, at denne sag er sammenlignelig med situationen for deltidsansatte. Som følge heraf bør princippet om *pro rata temporis*, selv om det åbenbart ikke skal anvendes på varigheden af den årlige ferie (fire uger er under alle omstændigheder minimum), finde anvendelse på feriepenge i denne sag.

66. Kommissionen har til støtte for sit argument påberåbt sig dommen i sagen Heimann og Toltschin [38]. Det er korrekt, at Domstolen i den sag udtalte, at »arbejdstagere, hvis arbejdstid er blevet nedsat, må kvalificeres som »arbejdstagere, der midlertidigt er på deltid««[39]. Domstolen fortsatte med at anvende princippet om *pro rata temporis* på en form for tvungen nedsat arbejdstid hvad angår beregningen af (varigheden af) den årlige ferie.

67. I henhold til kendsgerningerne vedrørte dommen i sagen Heimann og Toltschin imidlertid en fuldstændig ophævelse af både arbejdstagernes og arbejdsgivernes forpligtelser, en fuldstændig »Kurzarbeit-Null«, som blev anvendt i et år efter, at Alexander Heimanns ansættelseskontrakt faktisk ophørte i henhold til en aftalt socialplan. Det var i denne sammenhæng, at *national ret bestemte*, at alle krav på årlig ferie i henhold til en sådan »Kurzarbeit-Null« burde beregnes under anvendelse af princippet om *pro rata temporis*. Den forelæggende rets spørgsmål i den sag var, om EU-retten var til hinder for nationale bestemmelser, som anvendte princippet om *pro rata temporis* i sådanne situationer, dvs. at hvis der ikke var noget faktisk arbejde i løbet af året, så måtte de dage, der var optjent til beregning af årlig ferie, også være nul.

68. Det var i en sådan specifik sammenhæng, at Domstolen svarede, idet den drog den faktiske parallel mellem arbejdstagere med tvungen nedsat arbejdstid og deltidsansatte, at EU-retten *ikke er til hinder for* nationale regler, som er opbygget på denne måde.

69. Nu er det, som Kommissionen faktisk har foreslået i denne sag, en tredobbelt udstrækning af dommen i sagen Heimann og Toltschin. For det første bør tvungen nedsat arbejdstid inden for et ellers åbenbart fortsættende ansættelsesforhold i alle praktiske henseender behandles som deltidsbeskæftigelse. For det andet finder princippet om *pro rata temporis* så anvendelse ikke blot på *varigheden* af den årlige ferie, men faktisk også på ferie*pengene*. For det tredje ændrer anvendeligheden af princippet om *pro rata temporis* sig fra at være et værktøj, som medlemsstaterne kan vælge, og som EU-retten under visse omstændigheder ikke er til hinder for, til en forpligtelse, som EU-retten pålægger medlemsstaterne, i forhold til hvilken medlemsstaterne har pligt til at kontrollere, om de overholder EU-rettens mindstestandarder.

70. Herudover kan Kommissionens forslag om tredobbelt udstrækning potentielt i sammenhæng med denne sag føre til et ganske paradoksalt resultat: Medlemsstaterne fratages det skøn, som de har ret til i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88, til at beregne feriepenge med henblik på at *nedsætte* den beskyttelse af arbejdstagere, som allerede står til rådighed i en bestemt branche.

71. Alle disse elementer understreger efter min opfattelse kun behovet for atter at bekræfte den oprindelige konklusion i punkt 58 og 59 i dette forslag til afgørelse: I sager som den foreliggende fastsætter EU-retten ganske enkelt ikke præcise regler for beregningen af feriepenge. Det tilkommer medlemsstaterne at udforme reglerne, forudsat at kerneindholdet i retten til årlig betalt ferie ikke undermineres af disse regler.

72. På baggrund af det foreslåede svar på den forelæggende rets første spørgsmål er det ufornødent at behandle det andet spørgsmål.

38 – Dom af 8.11.2012, Heimann og Toltschin (C-229/11 og C-230/11, EU:C:2012:693).

39 – Dom af 8.11.2012, Heimann og Toltschin (C-229/11 og C-230/11, EU:C:2012:693, præmis 32).

V. Forslag til afgørelse

73. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det første spørgsmål fra Arbeitsgericht Verden (arbejdsret i Verden, Tyskland) på følgende måde:

»Artikel 7, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF af 4. november 2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden er ikke til hinder for national lovgivning, såsom den i hovedsagen omhandlede, i henhold til hvilken indtjeningsreduktioner, der forekommer i beregningsperioden som følge af tvungen nedsat arbejdstid, påvirker beregningen af feriegodtgørelsen med den følge, at arbejdstageren modtager færre feriepenge under varigheden af den årlige ferieperiode på mindst fire uger eller modtager en lavere godtgørelse i stedet for ferie efter ansættelsesforholdets ophør, end han ellers ville have modtaget, hvis beregningen af feriepengene byggede på den gennemsnitlige indtjening, som arbejdstageren ville have modtaget i beregningsperioden uden sådanne indtjeningsreduktioner. Det tilkommer imidlertid i sidste ende den forelæggende ret i lyset af den overordnede økonomi i den forbundsstatslige hovedaftale for byggebranchen, navnlig ordningerne for årlig ferie, at bedømme, om kerneindholdet i retten til årlig betalt ferie undermineres af disse regler.«