

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JEAN MISCHO

fremsat den 3. april 2003<sup>1</sup>

I — Indledning

1. Er en arbejdstager, hvis barselsorlov falder sammen med den periode, der i henhold til en kollektiv aftale er fastsat som årlig ferie for alle virksomhedens medarbejdere, berettiget til at afholde hele sin årlige ferie på et tidspunkt, der ikke falder sammen med den periode, der er fastsat i henhold til denne aftale? Det er dette spørgsmål, som Juzgado de lo Social nr. 33, Madrid (Spanien) i den foreliggende sag har forelagt Domstolen.

foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF)<sup>3</sup>, og i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår<sup>4</sup>.

1. Direktiv 93/104

II — Retsforskrifter

3. Direktivets artikel 7 har følgende ordlyd:

A — *Fællesskabsretlige bestemmelser*

2. For at besvare dette spørgsmål må Domstolen fortolke et vist antal bestemmelser i Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden<sup>2</sup>, i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af

»Årlig ferie

1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejds-

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 307, s. 18.

3 — EFT L 348, s. 1.

4 — EFT L 39, s. 40.

tagere 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.«

4. Direktivets artikel 15 bestemmer:

»Gunstigere bestemmelser

Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes adgang til at anvende eller indføre love og administrative bestemmelser, der er günstigere 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 günstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed.«

2. Direktiv 92/85

5. Artikel 2 i dette direktiv fastlægger de almindelige definitioner af begreberne »gra-

vid arbejdstager«, »arbejdstager, som lige har født« og »ammende arbejdstager«, som de skal forstås i dette direktiv.

6. Direktivets artikel 8, stk. 1, er affattet således:

»Barselsorlov

1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2 barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.«

7. Direktivets artikel 11 bestemmer:

»Rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen

For at sikre, at en arbejdstager som defineret i artikel 2 kan udøve den ret til beskyttelse af sikkerhed og sundhed, der er anerkendt i nærværende artikel, fastsættes følgende:

[...]

2) I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8:

der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.«

a) skal de i artikel 2 definerede arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, bortset fra de i litra b) nedenfor nævnte, sikres

9. Direktivets artikel 5, stk. 1, har følgende ordlyd:

b) skal bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse sikres de i artikel 2 definerede arbejdstagere.

»Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.«

[...]«

## B — Nationale retsfor skrifter

### 3. Direktiv 76/207

1. Den lov, der finder anvendelse

8. Direktivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at

10. Artikel 38 i Estatuto de los Trabajadores (lov om arbejdstagere), der blev godkendt ved Real Decreto Legislativo (kongeligt lovdekret) nr. 1/1995 af 24. marts 1995 (BOE nr. 75 af 29.3.1995, senest ændret den 9.7.2001), bestemmer:

- »1. Den årligt betalte ferie, der ikke kan erstattes med en finansiell godtgørelse, er den, der er aftalt ved en kollektiv overenskomst eller individuel kontrakt. Feriens varighed kan under ingen omstændigheder være kortere end 30 kalenderdage.

forlænges med to uger pr. barn, når der fødes flere end et barn. Barselsorloven afholdes, som moderen ønsker, for så vidt som mindst seks uger afholdes umiddelbart efter fødslen [...]«

2. Ferieperioden eller perioderne fastlægges i en fælles aftale mellem arbejdsgiver og arbejdstager i overensstemmelse med det, der i givet fald er fastsat i de kollektive overenskomster om den årlige ferieplanlægning.

2. Den kollektive overenskomst og den kollektive aftale

[...]«

11. Artikel 48, stk. 4, i Estatuto de los Trabajadores, som den fremgår af Ley 39/1999 para promover la Conciliación de la Vida familiar y laboral de las Personas trabajadoras (lov om fremme af en forening mellem arbejdstagers familieliv og erhvervsarbejde af 5.11.1999)<sup>5</sup>, bestemmer:

12. De ansættelsesretlige forhold mellem virksomheden, der fremstiller dæk, og dens ansatte er reguleret i en kollektiv overenskomst, der gælder for den kemiske industri. Overenskomstens artikel 46 bestemmer vedrørende suspension af ansættelseskontrakten som følge af moderskab, at barselsorlovens længde er 16 uger, hvilket svarer til den lovpligtige orlovsperiode. Overenskomstens artikel 43 regulerer ferien og dennes længde, som er på 30 kalenderdage, hvoraf mindst 15 dage skal afholdes samlet mellem juni og september.

»I tilfælde af fødsel suspenderes kontrakten i en uafbrudt periode på 16 uger, der kan

13. I den kollektive aftale, der den 7. maj 2001 blev indgået mellem sagsøgte og repræsentanterne for arbejdstagerne på grundlag af et mæglingresultat, der blev opnået i forbindelse med bilæggelse af en kollektiv konflikt, som blev indledt på de nævnte repræsentanters anmodning, blev der fastsat to overordnede perioder, hvori hele medarbejderstaben kunne afholde

<sup>5</sup> — BOE nr. 266 af 6.11.1999.

ferie, den ene fra den 16. juli til den 12. august 2001 og den anden fra den 6. august til den 2. september 2001.

14. Denne aftale bestemmer endvidere, at seks arbejdstagere undtagelsesvis kan afholde ferie i løbet af september måned. De arbejdstagere, der ikke har kunnet vælge, hvornår de ville afholde ferie det foregående år, har fortrinsret til denne ekstraordinære ferieperiode.

### III — De faktiske omstændigheder og tvister i hovedsagen

15. Merino Gómez har været ansat i den sagsøgte virksomhed siden den 12. september 1994. Hun var på barselsorlov fra den 5. maj 2001 til den 24. august 2001.

16. Merino Gómez anmodede om at afholde sin årlige ferie fra den 25. august til den 21. september 2001 eller alternativt fra den 1. til den 27. september 2001, dvs. i en periode, der efterfulgte hendes barselsorlov. Som jeg allerede har nævnt, fremgik det imidlertid af den kollektive aftale, at seks arbejdstagere undtagelsesvis kunne

afholde ferie i løbet af september måned, idet der blev givet fortrinsret til de arbejdstagere, der ikke havde kunnet vælge, hvornår de ville afholde ferie det foregående år. Sagsøgeren havde i 2000 kunnet vælge, hvornår hun ville afholde ferie, hvorfor hun i overensstemmelse med denne aftale normalt ikke ville have kunnet afholde sin ferie i løbet af den ekstraordinære periode mellem den 1. og den 30. september 2001.

17. Den sagsøgte virksomhed imødekom ikke ferieansøgningen.

18. Den 6. juni 2001 anlagde Merino Gómez sag ved Juzgado de lo Social de Madrid mod den sagsøgte virksomhed for at opnå den ferie, hun stillede krav om.

19. Den forelæggende ret har påpeget, at de spanske retter allerede har haft lejlighed til at behandle sager som den i hovedsagen foreliggende, dvs. hvor datoerne for barselsorloven falder sammen med de datoer, der er fastsat kollektivt for de ansatte. I henhold til denne retspraksis har den kvindelige arbejdstager under disse omstændigheder ikke ret til at afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, der er fastsat i den kollektive aftale, der er indgået i virksomheden, idet det, der i den forbindelse er aftalt, har forrang for den kvindelige arbejdstagers individuelle rettigheder.

20. Den forelæggende ret deler ikke denne retsopfattelse, idet den gør opmærksom på fællesskabsretten og Domstolens praksis, som den mener giver sagsøgeren medhold i dennes synspunkt. Den har besluttet at forelægge Domstolen to spørgsmål vedrørende princippet og rækkevidden af de rettigheder, der tilkommer Merino Gómez såvel i henhold til loven som i henhold til aftalen.

#### IV — Retlig bedømmelse

##### A — *Det første præjudicielle spørgsmål*

21. Dette er affattet således:

»Når der i kollektive aftaler, der er indgået mellem virksomheden og repræsentanterne for arbejdstagerne, er fastsat ferieperioder for samtlige ansatte, og disse perioder falder sammen med en kvindelig arbejdstagers barselsorlov, har den kvindelige arbejdstager da i medfør af artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104, og artikel 11, stk. 2, litra a), i direktiv 92/85 samt artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 ret til at afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, der er aftalt, og som ikke falder sammen med hendes barselsorlov?«

22. Over for den omtalte nationale retspraksis fremhæver den forelæggende ret Domstolens praksis vedrørende henholdsvis artikel 7 i direktiv 93/104<sup>6</sup>, artikel 8 i direktiv 92/85<sup>7</sup> og direktiv 76/207<sup>8</sup>.

23. Den forelæggende ret finder, at det følger af denne praksis, at princippet om ligebehandling og princippet om forbud mod forskelsbehandling af den kvinde, der er gravid, eller som ammer, kræver, at en kvindelig arbejdstager skal kunne afholde sin årlige ferie i en periode, der ikke falder sammen med hendes barselsorlov, hvis datoerne herfor falder sammen med datoerne for den årlige ferie, der er fastsat forudgående i en kollektiv aftale mellem virksomheden og arbejdstagernes repræsentanter. En anerkendelse af, at orloven og ferien falder sammen, vil medføre, at den ene periode ophæves, i dette tilfælde den årlige ferie.

24. Ifølge den forelæggende ret er det ikke en hindring for denne konklusion, at ferieperioden på et tidligere tidspunkt er blevet fastsat i den kollektive aftale, der gælder for hele medarbejderstaben. Med henblik på at overholde de fællesskabsretlige regler, der sikrer ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling samt ret til årlig ferie, skulle aftalen have taget hensyn til de gravide arbejdstageres særlige situation ved at sikre, at kvinderne har ret til både barselsorlov og årlig ferie. Den forelæg-

6 — Dom af 26.6.2001, sag C-173/99, BECTU, Sml. I, s. 4881.

7 — Dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401.

8 — Dom af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011.

gende ret finder under henvisning til Lewendommen<sup>9</sup>, at den nævnte aftale, idet den ikke indeholder bestemmelser herom, har tilsidesat af fællesskabsretten.

periode, der er forskellig fra den, der er aftalt, og som ikke falder sammen med hendes barselsorlov.

25. Merino Gómez, den spanske og den italienske regering samt Kommissionen foreslår Domstolen at besvare det første spørgsmål bekræftende.

28. *Den italienske regering* henviser til sin nationale lovgivning, der såvel gennem fortolkningen i retspraksis som ved gennemførelsen af fællesskabsdirektiverne har løst problemstillingen vedrørende sammenlægningen af barselsorlov og årlige ferier. Den italienske stat har således en interesse i, at afgørelsen i denne sag sikrer, at behandlingen af arbejdstagerne og virksomhedernes omkostninger inden for Den Europæiske Union er ensartet.

26. *Merino Gómez* har gjort gældende, at direktiverne 93/104, 92/85 og 76/207 ikke giver adgang til, at barselsorlov og årlig ferie falder sammen, og at de er til hinder for, at den første ophæves med den anden. Hun mener, at beskyttelsen af rettigheden til moderskab må have forrang for enhver kollektiv overenskomst. Sammenblandingen med en anden rettighed, såsom den årlige ferie, ville bringe hendes grundlæggende rettighed til moderskab i fare. Således skal enhver fortolkning sikre det grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn.

29. Jeg deler denne opfattelse, men jeg vil navnlig tilslutte mig Kommissionens mere detaljerede argumentation, som jeg nu vil fremlægge.

27. *Den spanske regering*, hvis synspunkter i det væsentligste svarer til den forelæggende rets, finder, at direktiverne 93/104, 92/85 og 76/207 sikrer en kvindelig arbejdstagers ret til den årlige ferie i en

30. Kommissionen gør i forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet med rette opmærksom på, at det først og fremmest er grundlaget for den rettighed, der påberåbes, som skal undersøges. Udgangspunktet for undersøgelsen er artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, hvori reglerne om arbejdstagernes ret til den årlige ferie er fastsat, og hvorefter »[m]edlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed [...]«.

9 — Dom af 21.10.1999, sag C-333/97, Sml. I, s. 7243.

31. Domstolen har haft lejlighed til at træffe afgørelse om grundlaget for og rækkevidden af denne rettighed i BECTU-dommen<sup>10</sup>, hvor den bekræftede, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104 pålægger medlemsstaterne en forpligtelse, der er klar og præcis. Det drejer sig endvidere om en forpligtelse, der ikke kan fraviges, idet dette direktivs artikel 17 udtømmende opregner de bestemmelser, der kan fraviges af medlemsstaterne eller de sociale parter, og at den nævnte artikel 7 ikke er blandt disse bestemmelser. Domstolen konkluderede derfor:

»Det fremgår af ovenstående, at hver arbejdstagers ret til årlig betalt ferie må betragtes som et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning, der ikke kan fraviges, og som kun kan gennemføres af de kompetente nationale myndigheder inden for de udtrykkelige begrænsninger, der er fastsat af direktiv 93/104 selv<sup>11</sup>.«

32. Den årlige ferie er således en ret for arbejdstageren, der er ubetinget, og som ikke tillader hverken undtagelser eller fravigelser, hvorfor artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104, ifølge hvilken medlemsstaterne tager de nødvendige foranstaltninger »i overensstemmelse med de kriterier for

opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis«, skal fortolkes således, at det er væsentligt, at de nationale gennemførelsesforanstaltninger i alle tilfælde overholder denne grundlæggende rettighed<sup>12</sup>.

33. Den omstændighed, at det i artikel 7, stk. 2, i direktiv 93/104 bestemmes, at den minimale årlige ferieperiode ikke kan erstattes med en finansiel godtgørelse, er endnu et bevis for, at den årlige betalte ferie er en ubetinget rettighed. Det drejer sig om retten til en faktisk og effektiv hvile, der gør det muligt for arbejdstageren at genvinde sine kræfter, hvilket er i overensstemmelse med direktivets formål om beskyttelsen af arbejdstagerens sikkerhed og sundhed.

34. Til supplerung af alle de nævnte aspekter vedrørende retten til en minimal årlig betalt ferieperiode har Domstolen har gjort opmærksom på<sup>13</sup>, at ifølge femte betragtning til direktiv 93/104 er en »forbedring af arbejdstagernes sikkerhedsmæssige, hygiejnemæssige og sundhedsmæssige vilkår under arbejdet [...] et mål, der ikke bør underordnes rent økonomiske hensyn«. Heraf følger, at retten til årlig ferie aldrig kan fraviges på grund af økonomiske hensyn.

10 — Jf. fodnote 5.

11 — Præmis 43.

12 — Præmis 53.

13 — Præmis 59.



35. I forbindelse med retten til barselsorlov pålægger artikel 8 i direktiv 92/85 medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, har »barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis«.

36. Dette er ligeledes en ubetinget ret, der ikke kan fraviges eller begrænses, og hvis formål er, som Domstolen har anført, at sikre den kvindelige arbejdstager en minimal hvileperiode, ikke alene til beskyttelse af hendes biologiske tilstand, men også for at give hende adgang til at tage sig af sit barn i perioden efter fødslen.

37. I den foreliggende sag har den kvindelige arbejdstager afholdt barselsorlov i medfør af den ubetingede ret, direktiv 92/85 indrømmer hende, og da denne periode falder sammen med den periode, der er fastsat for den årlige ferie for hele virksomhedens medarbejderstab, mister hun sin ret til årlig ferie: Hun nægtes en ubetinget rettighed, som alle arbejdstagere har i medfør af reglerne om arbejdstagere i direktiv 93/104.

38. Hertil kommer, at direktiv 92/85 selv udtrykkeligt i artikel 11, stk. 2, litra a), fastsætter, at medlemsstaterne har en forpligtelse til at sikre arbejdstageren de rettigheder, der er forbundet med arbejds-kontrakten i tilfælde af barselsorlov.

39. På samme måde bestemmes det i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, at »[a]nvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn«.

40. Domstolen har påpeget vigtigheden af dette princip i Thibault-dommen<sup>14</sup>, hvori den fastslog:

»Forbuddet mod forskelsbehandling indebærer, at en kvindelig arbejdstager, som i kraft af sin arbejdskontrakt fortsætter med at være ansat hos arbejdsgiveren, mens hun har barselsorlov, ikke må fratages retten til de af sine arbejdsvilkår, som gælder såvel

14 — Nævnt i fodnote 8, præmis 29.

for kvindelige som mandlige arbejdstagere, og som beror på arbejdsforholdet til arbejdsgiveren.«

41. Det er i den foreliggende sag uomtvisteligt, at en så grundlæggende rettighed som retten til en minimal årlig betalt ferieperiode, som skal sikres alle arbejdstagere, er en rettighed, der er forbundet med arbejdskontrakten, og som skal beskyttes under alle omstændigheder. Hvis der, som i Merino Gómez' tilfælde, sker en overlapning mellem barselsorloven og den periode, der generelt er fastsat til årlig ferie for hele medarbejderstaben, skal der træffes de foranstaltninger, der er nødvendige for, at arbejdstageren kan afholde hele sin årlige ferie på et andet tidspunkt.

42. Kommissionen bemærker endvidere med rette, at Domstolen har fastslået, at de dage, hvor der er afholdt barselsorlov, skal sidestilles med arbejdsdage, da der i modsat fald ville ske forskelsbehandling til ulempe for kvindelige arbejdstagere<sup>15</sup>.

43. Endelig vedrører det sidste aspekt af det første spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, grundlaget for den regel, der

er årsagen til tvisten, dvs. den kollektive aftale, der er baseret på et mæglingresultat, der blev opnået i forbindelse med bilæggelse af en kollektiv konflikt, som blev indledt på de nævnte arbejdstagerrepræsentanters anmodning. Det skal i den forbindelse bemærkes, at denne aftale udelukkende regulerer den årlige ferie for hele medarbejderstaben og de mulige undtagelser hertil, og ingen andre aspekter med hensyn til arbejdsvilkårene. Den omstændighed, at denne aftale blev indgået isoleret uden hensyntagen til særlige situationer, såsom en arbejdstager på barselsorlov, der ikke har mulighed for at afholde sin årlige ferie i den fastsatte periode, idet den falder sammen med hendes barselsorlov, kan forklare denne forskelsbehandling, som fratager den kvindelige arbejdstager hendes grundlæggende ret til den årlige ferie, der følger af reglerne om arbejdstagere.

44. Som Kommissionen endvidere med rette har understreget, er det en selvfølge, at den omtvistede kollektive aftale også er underlagt princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i relation til de arbejdsvilkår, der er forbundet med kontrakten. I Lewen-dommen har<sup>16</sup> Domstolen således bekræftet:

»[...] først at forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige ansatte

15 — Lewen-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 41 og 42.

16 — Ibidem, præmis 26.

ikke blot gælder for offentlige myndigheder, men også omfatter alle overenskomster, der kollektivt regulerer arbejdsforhold, og aftaler mellem private (jf. bl.a. dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 11, og af 9.9.1999, sag C-281/97, Krüger, Sml. I, s. 5127, præmis 20). Forbuddet gælder også med hensyn til en arbejdsgivers ensidige dispositioner over for sine ansatte«.

afholde ferie i løbet af september måned. De arbejdstagere, der ikke har kunnet vælge, hvornår de ville afholde ferie det foregående år, har fortrinsret til denne ekstraordinære ferieperiode.

47. Det ville således have været muligt at forudse en lignende undtagelse til gunst for en arbejdstager, der har født, uden derved at forstyrre virksomhedens drift.

45. Jeg er fuldt ud bevidst om, at barselsorloven kan skabe alvorlige administrative problemer, særligt for små virksomheder eller administrationer. Jeg er endog af den overbevisning, som også den tyske regering har påpeget i en anden sag<sup>17</sup>, at kvinderne har en loyalitetspligt over for deres arbejdsgiver, der pålægger dem at tage disse problemer i betragtning.

48. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare det første forelagte spørgsmål således:

46. Jeg fastslår dog også, at den kollektive aftale i den foreliggende sag bestemmer, at seks arbejdstagere undtagelsesvis kan

»Når der i kollektive aftaler, der er indgået mellem virksomheden og repræsentanterne for arbejdstagerne, er fastsat årlige ferieperioder for samtlige ansatte, og en kvindelig arbejdstagers barselsorlov falder sammen med disse perioder, har den kvindelige arbejdstager i medfør af artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104/EF og artikel 11, stk. 2, litra a), i direktiv 92/85/EF samt artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 ret til at afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, der er aftalt, og som ikke falder sammen med hendes barselsorlov.«

17 — Jf. dom af 27.2.2003, sag C-320/01, Busch, Sml. I, s. 2041.

B — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

49. Spørgsmålet er formuleret således:

»Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende: Omfatter det materielle indhold af retten til at afholde årlig ferie udelukkende de fire uger, der er angivet i artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/104, eller udstrækker det sig til de 30 kalenderdage, der er fastsat i henhold til national ret, jf. artikel 38, stk. 1, i lov om arbejdstagere?«

50. Den forelæggende ret har bemærket, at den kvindelige arbejdstager efter national ret har krav på en barselsorlov, der er to uger længere end det minimum, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, i direktiv nr. 92/85, og at national ret også giver hende ret til 30 dages årlig ferie, dvs. to dage mere end de fire uger (28 dage), der er omhandlet i artikel 7 i direktiv 93/104.

51. Eftersom det drejer sig om en gennemførelse af fællesskabsbestemmelser, hvorved national ret er gunstigere for arbejdstagerne, finder den forelæggende ret, at den kvindelige arbejdstager har ret til årlig ferie i de 30 kalenderdage, der følger af national ret og den kollektive overenskomst, der finder anvendelse.

52. Den spanske regering har gjort gældende, at det materielle indhold af retten til at afholde årlig ferie udstrækker sig til de 30 kalenderdage, der er fastsat i henhold til spansk lovgivning, jf. artikel 38, stk. 1, i lov om arbejdstagere.

53. Den italienske regering har understreget, at en besvarelse af det første spørgsmål, der er baseret på princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af køn, må medføre, at spansk ret finder anvendelse med hensyn til regulering af ferie.

54. Den har derfor foreslået Domstolen at besvare spørgsmålet med, at indholdet af retten til ferie, som det lige er blevet bekræftet, er i overensstemmelse med den ret, der er fastsat for andre arbejdstagere i medfør af hver enkelt national lovgivning.

55. Kommissionen har anført, at Domstolen har besvaret dette spørgsmål i sin nyligt afsagte dom i Finalarte-sagen<sup>18</sup>, hvori den — efter først at have henvist til, at direktiv 93/104 kun indfører minimumsforskrifter

18 — Dom af 25.10.2001, forenede sager C-49/98, C-50/98, C-52/98 — C-54/98 og C-68/98 — C-71/98, Sml. I, s. 7831, præmis 58.

for så vidt angår varigheden af den betalte ferie, og at medlemsstaterne i medfør af direktivets artikel 15 har adgang til at indføre bestemmelser, der er gunstigere med hensyn til beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed — fastslog, at det tilkommer hver enkel medlemsstat at fastlægge varigheden af den betalte ferie, som er nødvendig i den almene interesse.

56. Kommissionen foreslår Domstolen at besvare spørgsmålet med, at når en medlemsstat, der anvender muligheden i artikel 7, stk. 1, og artikel 15 i direktiv 93/104, har forlænget perioden for betalt ferie i den nationale lovgivning, er det denne lovgivning, der finder anvendelse på arbejdstagerne i denne medlemsstat.

57. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer spørgsmålet i overensstemmelse med det, de to regeringer og Kommissionen har foreslået.

58. Når en medlemsstat har valgt en årlig ferieperiode, der overstiger den minimale periode, der er fastsat i direktivet, skal virksomhederne sikre såvel kvinder som mænd en ret til denne periode, idet de ellers tilsidesætter ligebehandlingsprincippet.

59. En forkortelse af den årlige ferieperiode for kvinder, der har været på barselsorlov i perioden for den almindelige ferie, er ligeledes en tilsidesættelse af artikel 11, stk. 2, litra a), i direktiv 92/85, hvori der fastsættes krav om bibeholdelsen af disse kvinders rettigheder, der er forbundet med arbejdskontrakten.

60. Jeg vil dog foreslå Domstolen, at spørgsmålet ikke besvares helt i overensstemmelse med det, Kommissionen har foreslået, idet den henviser til en medlemsstat, »der anvender muligheden i artikel 7, stk. 1, og artikel 15 i direktiv 93/104«. Det er nemlig ikke som følge af en mulighed, medlemsstaterne er blevet inddrømmet i henhold til direktiv 93/104, at de kan fastsætte en længere periode for den årlige ferie, men i medfør af deres kompetence til at vedtage den arbejdsretlige lovgivning, der forekommer dem at være mest hensigtsmæssig. Fællesskabet har kun vedtaget regler for at fastsætte minimumsforskrifter inden for rammerne af dette direktiv.

61. Jeg vil derfor foreslå Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål således:

»Det materielle indhold af retten til at afholde årlig ferie udstrækker sig i et sådant tilfælde til hele den periode, der er fastsat i henhold til national ret.«

## V — Forslag til afgørelse

62. Henset til de ovennævnte betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares således:

- »1) Når der i kollektive aftaler, der er indgået mellem virksomheden og repræsentanterne for arbejdstagerne, er fastsat ferieperioder for samtlige ansatte, og disse perioder falder sammen med en kvindelig arbejdstagers barselsorlov, har den kvindelige arbejdstager i medfør af artikel 7, stk. 1, i Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, og artikel 11, stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF), samt artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, ret til at afholde sin årlige ferie i en anden periode end den, der er aftalt, og som ikke falder sammen med hendes barselsorlov.
  
- 2) Det materielle indhold af retten til at afholde årlig ferie udstrækker sig i et sådant tilfælde til hele den periode, der er fastsat i henhold til national ret.«