

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
V. TRSTENJAK  
van 16 juni 2011<sup>1</sup>

Inhoud

I — Inleiding .....	I - 8413
II — Wetgevingskader .....	I - 8413
A — Unierecht .....	I - 8413
B — Nationaal recht .....	I - 8415
III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen .....	I - 8415
IV — Procedure voor het Hof .....	I - 8417
V — Voornaamste argumenten van partijen .....	I - 8418
VI — Juridische beoordeling .....	I - 8419
A — Voornaamste aspecten van de onderhavige zaak .....	I - 8419
B — Unierechtelijke eisen betreffende de aard en de hoogte van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon .....	I - 8420
1. Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon krachtens het Unierecht .....	I - 8420
a) Unierechtelijke grondslagen .....	I - 8420
b) Uitvoeringsbevoegdheid van de lidstaten .....	I - 8421
2. Verhouding tussen richtlijn 2000/79 en de arbeidstijdrichtlijnen en de toepasselijkheid van de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen .....	I - 8423

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

3.	De beginselen uit de rechtspraak betreffende het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon .....	I - 8425
	a) Doorbetaling van het arbeidsloon gedurende het vakantietijdvak ...	I - 8425
	b) Conclusie: geen onrechtmatige oriëntatie aan de minimumbehoefte	I - 8430
4.	Bevoegdheid van de lidstaten tot berekening van het vakantieloon .....	I - 8431
5.	Tussenconclusie .....	I - 8432
C —	Benadering bij complexe loonstructuren .....	I - 8432
1.	Algemeen .....	I - 8432
2.	Unierechtelijke eisen en resterende bevoegdheden van de lidstaten aangaande de regeling van de details van het vakantieloon .....	I - 8433
3.	Samenstelling van het vakantieloon .....	I - 8436
	a) Materiële component van het begrip „normaal arbeidsloon” .....	I - 8436
	i) Het begrip „beloning” in het Unierecht .....	I - 8436
	ii) Het basisloon als wezenlijk bestanddeel van de beloning .....	I - 8438
	iii) Kwalificatie van de toeslagen als deel van de beloning .....	I - 8438
	b) Temporele component van het „normale arbeidsloon” .....	I - 8441
	c) Discriminatieverbod .....	I - 8443
4.	Tussenconclusie .....	I - 8444
VII —	Conclusie .....	I - 8444
I -	8412	

## I — Inleiding

1. In de onderhavige prejudiciële procedure volgens artikel 267 VWEU stelt de Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk (hierna: „verwijzende rechter”) het Hof een aantal vragen over de uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd<sup>2</sup> en clause 3 van de Europese Overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart gesloten door de Association of European Airlines (AEA), de European Transport Workers' Association (ETF), de European Cockpit Association (ECA), de European Regions Airline Association (ERA) en de International Air Carrier Association (IACA) (hierna: „Europese Overeenkomst”), die aan richtlijn 2000/79/EG van de Raad van 27 november 2000<sup>3</sup> is gehecht, inzake de inwerkingstelling van deze overeenkomst.

2. Aan het prejudiciële verzoek ligt een geding ten grondslag tussen mevrouw Williams en andere piloten en hun werkgever, de luchtvaartmaatschappij British Airways,

2 — PB L 299, blz. 9.

3 — Richtlijn 2000/79/EG van de Raad van 27 november 2000 inzake de inwerkingstelling van de Europese Overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart gesloten door de Association of European Airlines (AEA), de European Transport Workers' Association (ETF), de European Cockpit Association (ECA), de European Regions Airline Association (ERA) en de International Air Carrier Association (IACA) (PB L 302, blz. 57).

betreffende de vraag hoe het gedurende de tijdvakken van jaarlijkse vakantie met behoud van loon te betalen salaris precies moet worden berekend. Het vinden van een oplossing wordt bemoeilijkt zowel door de specifieke bepalingen voor de luchtvaartsector die verband houden met de veiligheid van het luchtvervoer en dus als dwingend moeten worden beschouwd, als door de complexe, uit verschillende premies en toeslagen bestaande salarisstructuur in die sector. De rechtsvragen waarover het Hof zich dient uit te spreken, hebben betrekking zowel op de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en haar lidstaten, als op de Unierechtelijke eisen waaraan de sociale partners dienen te voldoen wanneer zij afspraken over bepaalde sociale rechten — in casu het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon — neerleggen in bindende overeenkomsten in de zin van artikel 139 EG respectievelijk het thans vigerende artikel 155 VWEU.

## II — Wetgevingskader

### A — *Unierecht*<sup>4</sup>

3. Artikel 139 EG, de voorloper van artikel 155 VWEU, maakte het mogelijk richtlijnen vast

4 — Overeenkomstig de in het VEU en het VWEU gebruikte terminologie wordt het begrip „Unierecht” als overkoepelende term voor het gemeenschapsrecht en het Unierecht gebruikt. Voor zover hierna specifieke primairrechtelijke bepalingen worden aangehaald, zullen de *ratione temporis* toepasselijke voorschriften worden genoemd.

te stellen tot uitvoering van de tussen de sociale partners gesloten overeenkomsten:

„1. De dialoog tussen de sociale partners op communautair niveau kan, indien de sociale partners zulks wensen, leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten.

2. De tenuitvoerlegging van de op communautair niveau gesloten overeenkomsten geschiedt hetzij volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en aan de lidstaten, hetzij, voor zaken die onder artikel 137 vallen, op gezamenlijk verzoek van de ondertekenende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie.

De Raad besluit met gekwalificeerde meerderheid van stemmen, tenzij de betrokken overeenkomst een of meer bepalingen bevat die betrekking hebben op een van de in artikel 137, lid 2, genoemde gebieden, in welk geval hij met eenparigheid van stemmen besluit.”

4. Richtlijn 2003/88 is op 2 augustus 2004 in de plaats gekomen van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd<sup>5</sup>. Evenals haar voorloper heeft zij tot doel bepaalde minimumvoorschriften

vast te stellen inzake veiligheid en gezondheid op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd. Artikel 7, dat onveranderd is gebleven, luidt als volgt:

„Jaarlijkse vakantie

1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband.”

5. Volgens artikel 17 van richtlijn 2003/88 hebben de lidstaten de mogelijkheid om van bepaalde voorschriften af te wijken, maar dat geldt niet voor artikel 7.

6. Richtlijn 2000/79 geeft uitvoering aan de Europese Overeenkomst, waarvan clause 3 als volgt luidt:

„1. Mobiel personeel in de burgerluchtvaart heeft recht op een betaald verlof van minstens vier weken per jaar, overeenkomstig de voorwaarden voor het recht op en het toekennen van een dergelijk verlof krachtens de nationale wetgeving en/of praktijk.

5 — PB L 307, blz. 18.

2. De minimumperiode van betaald verlof mag niet worden vervangen door een geldelijke vergoeding, behalve bij beëindiging van de arbeidsverhouding.”

## B — Nationaal recht

7. Het Verenigd Koninkrijk heeft de Civil Aviation (Working Time) Regulations 2004<sup>6</sup> (regeling van 2004 betreffende de arbeidstijd in de burgerluchtvaart; hierna: „Regulations van 2004”) vastgesteld om te voldoen aan zijn verplichtingen krachtens richtlijn 2000/79.

8. Regulation 4 van de Regulations van 2004 bepaalt:

„1) Een lid van de bemanning heeft recht op een betaald verlof van minstens vier weken per jaar of van een evenredig deel daarvan indien de duur van het dienstverband minder dan één jaar bedraagt.

2) Het verlof waarop het bemanningslid op grond van deze regeling recht heeft,

a) kan in gedeelten worden opgenomen;

b) kan niet door een geldelijke vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband van het bemanningslid.”

6 — SI 2004, nr. 756.

9. Regulation 9 van de Regulations van 2004 verplicht een werkgever erop toe te zien dat

„in de loop van een maand

a) geen van de personen die bij hem in dienst zijn, tijdens arbeidstijd als bemanningslid werkzaam is indien hij/zij in de periode van twaalf maanden eindigend aan het einde van de aan de betrokken maand voorafgaande maand, een bloktijd van bij elkaar meer dan 900 vlieginguren heeft gemaakt, en

b) geen van de bij hem in dienst zijnde bemanningsleden een totale jaarlijkse arbeidstijd van meer dan 2000 uren heeft gemaakt in de periode van twaalf maanden eindigend aan het einde van de aan de betrokken maand voorafgaande maand”.

10. De Regulations van 2004 bevatten geen bepaling betreffende de aard en de hoogte van het gedurende de jaarlijkse vakantie te betalen loon.

## III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

11. Verzoekers in het hoofdgeding zijn piloten in dienst van British Airways plc. Hun arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld in onderhandelingen tussen British Airways en

de pilotenvakbond British Air Line Pilots Association („BALPA”). De vigerende arbeidsvoorwaarden zijn vastgelegd in een Memorandum of Agreement (hierna: „MOA”) van 1 april 2005.

12. Volgens het MOA, in samenhang gelezen met de bij collectieve overeenkomst vastgestelde regels voor de maandelijkse dienstroosters, bestaat het salaris van piloten uit drie delen. Het eerste is een vast jaarlijks bedrag, het tweede en het derde zijn aanvullende betalingen die variëren naar gelang van de tijd die vliegend wordt doorgebracht [de „Flying Pay Supplement” (toeslag voor vliegers) of „FPS”, een bedrag van 10,00 GBP per gepland vlieguur] en de duur van de afwezigheid van de standplaats [„Time Away from Base Allowance” (compenserende vergoeding voor tijden van afwezigheid) of „TAFB”, ten belope van 2,73 GBP per uur]. De gehele FPS is salaris en uit dien hoofde belastbaar, terwijl 82 % van de TAFB wordt beschouwd als kostenvergoeding, zodat slechts 18 % ervan als salaris en daarmee als belastbaar wordt aangemerkt.

13. Hoeveel tijd een piloot vliegend doorbrengt, hangt af van de route en het dienstrooster. Volgens de verwijzende rechter gaat het hierbij normaliter om 15 dagen per maand.

14. Overeenkomstig het MOA is het vakantieloon uitsluitend gebaseerd op het eerste bestanddeel van het salaris, namelijk het vaste jaarlijkse bedrag. Verzoekers in het hoofdgeding stellen echter dat zij op grond van het

Unierecht en het nationale recht aanspraak hebben op wekelijkse betalingen die alle drie salarisbestanddelen omvatten.

15. Zowel het Employment Tribunal als het Employment Appeal Tribunal heeft verzoekers in het gelijk gesteld. De Court of Appeal schaarde zich echter achter het standpunt van British Airways en wees het door haar ingestelde beroep toe.

16. De Supreme Court is van mening dat, alhoewel de recente rechtspraak van het Hof aldus kan worden geïnterpreteerd dat richtlijn 2000/79 een verplichting bevat tot betaling van een „normaal” of „vergelijkbaar” loon, het begrip „jaarlijkse vakantie met behoud van loon” niet in het minst op grond van de bijzondere omstandigheden van het hoofdgeding nog nader dient te worden uitgelegd. Daarnaast is volgens de Supreme Court niet duidelijk hoeveel ruimte er op het vlak van de nationale wetgeving en/of praktijk bestaat om de voorwaarden voor het recht op dergelijke vakantie en de toekenning ervan vast te leggen. De Supreme Court is derhalve van opvatting dat in een geval als het onderhavige niet kan worden gesteld dat er geen twijfels omtrent de rechtssituatie bestaan.

17. Om deze redenen heeft de Supreme Court besloten de behandeling van de zaak te schorsen en de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof:

„1) Gelet op a) de artikelen 7 van richtlijn 93/104/EG en van richtlijn 2003/88/EG en b) clause 3 van de Europese

Overeenkomst die aan richtlijn 2000/79/EG is gehecht

geen vakantie had opgenomen maar zou hebben gewerkt, of

- a) in hoeverre, zo al, definieert of stelt het Europese recht eisen met betrekking tot de aard en/of de hoogte van de betalingen die moeten worden verricht voor periodes van jaarlijkse vakantie met behoud van loon; en
- b) in hoeverre, zo al, kunnen de lidstaten vaststellen hoe dergelijke betalingen moeten worden berekend?
- 2) Is hiervoor in het bijzonder voldoende dat de betaling die krachtens nationaal recht en/of nationale praktijk en/of krachtens collectieve arbeidsovereenkomsten en/of individuele overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers wordt verricht, de betrokken werknemer in staat stelt en aanzet om zijn of haar jaarlijkse vakantie op te nemen en in de volste zin des woords te genieten, zodat er geen redelijke kans bestaat dat de werknemer dat niet zal doen?
- 3) Of is het noodzakelijk dat het betrokken loon
- a) precies overeen komt met, dan wel
- b) in grote lijnen vergelijkbaar is met het „normale” loon van de werknemer?
- 4) Indien derde vraag, sub a of b, bevestigend moet worden beantwoord: is de relevante vergelijkingsmaatstaf dan
- a) het loon dat de werknemer gedurende die specifieke vakantieperiode zou hebben verdiend indien hij of zij
- b) het loon dat hij of zij heeft verdiend gedurende een ander tijdvak waarin hij of zij heeft gewerkt, en zo ja, welk tijdvak?
- 5) Hoe moet een „normaal” of „vergelijkbaar” loon worden vastgesteld in een geval waarin
- a) de bezoldiging van een werknemer, wanneer hij of zij werkt, wordt aangevuld indien en in de mate waarin hij of zij een bepaalde activiteit verricht,
- b) er een jaarlijkse of andere limiet geldt voor de omvang waarin of de tijd gedurende welke de werknemer die activiteit mag uitoefenen, en die limiet reeds is, of bijna is, overschreden op de tijdstippen waarop het jaarlijks verlof wordt opgenomen, en de werknemer deze activiteit dus niet had mogen verrichten indien hij/zij geen vakantie had gehad, maar had gewerkt?”

#### IV — Procedure voor het Hof

18. Het verzoek om een prejudiciële beslissing, gedateerd 24 maart 2010, is op 2 april 2010 ingeschreven ter griffie van het Hof.

19. De partijen in het hoofdgeding, de Deense regering en de Commissie hebben binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie genoemde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.

20. Ter terechtzitting op 14 april 2011 hebben de vertegenwoordigers van de partijen in het hoofdgeding, de Deense regering en de Commissie hun standpunten bepleit.

## V — Voornaamste argumenten van partijen

21. *Verzoekers in het hoofdgeding* en de *Commissie* stellen voor op het verzoek om een prejudiciële beslissing te antwoorden dat volgens de relevante bepalingen van het Unierecht het normale loon van een werknemer gedurende de periode waarin deze zijn jaarlijkse vakantie opneemt, moet worden doorbetaald. De lidstaten zijn weliswaar in het kader van de vaststelling van de vereiste praktische maatregelen bevoegd onder andere de methode voor de berekening van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon vast te leggen, maar die methode moet waarborgen dat de werknemers voor de duur van die vakantie verder hun normale loon ontvangen.

22. Bij de berekening van het normale loon moet volgens *verzoekers in het hoofdgeding* worden uitgegaan van een representatief tijdvak. Over het algemeen is dit een tijdvak dat voorafgaat aan de daadwerkelijke opname van de jaarlijkse vakantie. Maar bij wijze van uitzondering kan ook een ander tijdvak in aanmerking worden genomen om de doorbetaling van het normale loon te waarborgen. De *Commissie* is van mening dat het „normale

loon” het gemiddelde wekelijkse loon binnen een representatief referentietijdvak zou moeten weerspiegelen.

23. *Verzoekers in het hoofdgeding* zijn van mening dat de toeslagen die de werknemer op grond van de uitoefening van een bijzondere activiteit ontvangt en die deel uitmaken van zijn normale loon, gedurende het tijdvak van de jaarlijkse vakantie eveneens moeten worden doorbetaald. De *Commissie* wijst in dat opzicht erop dat bij de berekening van het vakantieloon alle algemene beperkingen in aanmerking moeten worden genomen.

24. Volgens *verweerster in het hoofdgeding* moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat het Unierecht geen eisen stelt met betrekking tot de aard en de hoogte van de gedurende de jaarlijkse vakantie te verrichten betalingen. Subsidiair wijst zij erop dat het Unierecht alleen maar verlangt dat de hoogte van het vakantieloon in een overeenkomst wordt vastgelegd. In elk geval dient het vakantieloon zo hoog te zijn dat de werknemers niet ervan worden weerhouden hun recht op jaarlijkse vakantie te doen gelden.

25. Haars inziens is het voldoende dat volgens de wettelijke bepalingen, de praktijken en de contractuele afspraken tussen werkgevers en werknemers een betaling wordt verricht die de betrokken werknemer in staat stelt, zijn of haar jaarlijkse vakantie op te nemen en te genieten, zodat er geen redelijke



kans bestaat dat de werknemer daarvan afziet. Het vakantieloon hoeft derhalve niet per se precies overeen te komen met het normale loon van de werknemer, en ook niet daarmee vergelijkbaar te zijn.

26. De *Deense regering* stelt voor op het verzoek om een prejudiciële beslissing te antwoorden dat de werknemers volgens het Unierecht aanspraak kunnen maken op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken evenals op betaling, gedurende die periode, van een bedrag dat overeenkomt met hun normale loon overeenkomstig de volgens de nationale wetgeving en praktijken geldende voorwaarden.

27. Hieruit volgt dat richtlijn 2003/88 zich niet verzet tegen onderhandelingen tussen de sociale partners over de vraag welke toeslagen als deel van het vakantieloon moeten worden beschouwd, voor zover het niveau van het vakantieloon niet zo laag wordt vastgesteld dat de werknemer ervan wordt weerhouden gebruik te maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

## VI — Juridische beoordeling

### A — Voornaamste aspecten van de onderhavige zaak

28. De onderhavige zaak stelt het Hof in staat zijn rechtspraak betreffende het recht van elke werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon verder te ontwikkelen.

Tegelijkertijd dient zich de mogelijkheid aan, die rechtspraak uit te breiden tot andere terreinen waarop de Unie meer specifieke regelingen heeft geschapen, afgestemd op de behoeften van de verschillende arbeidssectoren, teneinde een uniforme toepassing van het Unierecht te waarborgen.

29. De gedetailleerde vragen van de verwijzende rechter kunnen in wezen worden ingedeeld in drie thematische gebieden, die elkaar ten dele overlappen. Om te beginnen wordt de vraag aan de orde gesteld in hoeverre de Unie respectievelijk haar lidstaten bevoegd zijn het begrip „jaarlijkse vakantie met behoud van loon” juridisch te definiëren en de methode van berekening van het vakantieloon vast te stellen. Tevens wenst de verwijzende rechter te vernemen in welke kwantitatieve verhouding het vakantieloon tot het normale arbeidsloon dient te staan volgens het Unierecht. Ten slotte vraagt hij in hoeverre toeslagen waarop een werknemer uit hoofde van de collectieve arbeidsovereenkomst voor bijzondere activiteiten recht heeft, maar ook eventuele beperkingen van de arbeidstijd die de sociale partners in onderling overleg in een collectieve overeenkomst hebben vastgelegd, ook bij de berekening van het vakantieloon in aanmerking moeten worden genomen.

30. Voor de overzichtelijkheid zou ik de prejudiciële vragen willen herschikken en beantwoorden in het kader van een diepgaand onderzoek van het betrokken thematische gebied. Om te beginnen zal ik ingaan op de vraag in hoeverre het Unierecht bepalingen

bevat betreffende de aard en de hoogte van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon en welke bevoegdheden de lidstaten op dat gebied nog hebben. Hierbij zal ik aandacht besteden aan de vraag in welke verhouding het vakantieloon normaliter tot het normale arbeidsloon dient te staan. Ten slotte zal ik mij bezighouden met de vraag welke procedure adequaat is in een constellatie als de onderhavige, waarin het arbeidsloon een ingewikkelde structuur heeft.

*B — Unierechtelijke eisen betreffende de aard en de hoogte van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon*

1. Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon krachtens het Unierecht

a) Unierechtelijke grondslagen

31. Zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak Schultz-Hoff e.a. heb uiteengezet<sup>7</sup>, vormt de opnemng van het recht van elke werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie<sup>8</sup> wel de meest gekwalificeerde en

definitieve bevestiging dat het om een grondrecht gaat. Artikel 31, lid 2, van het Handvest bepaalt namelijk dat „[i]edere werknemer [...] recht [heeft] op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon”<sup>9</sup>. Ook al had het Handvest oorspronkelijk vooral een declaratoir karakter voor zover het moest worden beschouwd als uitdrukking van de verbintenis van de Unie tot eerbiediging van de grondrechten, behoort het sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon blijkens artikel 6, lid 1, VEU definitief tot het primaire recht van de Unie.<sup>10</sup> Dit heeft tot gevolg dat handelingen van de instellingen van de Unie die dat gebied betreffen, op grond van de in artikel 51, lid 1, van het Handvest verankerde bindende werking van de grondrechten thans aan die bepaling dienen te worden getoetst. Dit geldt ook voor de lidstaten voor zover zij uitvoering geven aan het Unierecht.<sup>11</sup>

32. De wetgever van de Unie heeft voor de nadere regeling van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon gekozen voor het instrument van de richtlijn. De fundamentele

7 — Conclusie van 24 januari 2008, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06, arrest van 20 januari 2009, Jurispr. blz. I-179, punt 38).

8 — PB 2007, C 303, blz. 1.

9 — Die bepaling is volgens de toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17) gebaseerd op richtlijn 93/104, artikel 2 van het Europees Sociaal Handvest van 1961 en punt 8 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werknemers van december 1989.

10 — Zie arrest van 19 januari 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 22).

11 — Zie Jarass, H. D., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Kommentar*, München 2010, artikel 31, punt 3, blz. 277 en artikel 51, punt 6, blz. 413.

bepalingen die dit recht op het niveau van de Unie regelen en waarvan de verwijzende rechter om uitlegging verzoekt, zijn neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, dat qua formulering identiek is aan artikel 7 van haar voorloper, richtlijn 93/104, en dat volgens de rechtspraak van het Hof hetzelfde normatieve gehalte heeft.<sup>12</sup> Volgens die bepaling treffen de lidstaten de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie. Een uitdrukkelijke regeling betreffende de hoogte van het vakantie-loon bevat die richtlijn echter net zomin als richtlijn 2000/79.

33. Voornoemde richtlijnen voorzien telkens in artikel 14 in de mogelijkheid voor de wetgever van de Unie om meer specifieke voorschriften voor bepaalde beroepen of beroeps-werkzaamheden vast te leggen, die volgens een wettelijke voorrangregel voorgaan boven de bepalingen van de arbeidstijdrichtlijnen. Tot die categorie behoort, zoals uitdrukkelijk blijkt uit clause 1, lid 2, van de Europese Overeenkomst, ook richtlijn 2000/79, die meer specifieke voorschriften bevat betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart. De Unie heeft deze regeling vastgesteld ter uitvoering van de Europese Overeenkomst, daarbij gebruikmakend van de regelgevende bevoegdheden van artikel 139, lid 2, EG (artikel 155, lid 2, VWEU). Doordat de Europese

Overeenkomst aan richtlijn 2000/79 is gehecht, maakt zij thans daarvan integrerend deel uit.<sup>13</sup> Die richtlijn is net als elke richtlijn aan de uitleggingsbevoegdheid van het Hof onderworpen<sup>14</sup>, hetgeen betekent dat het uitleggingsverzoek van de verwijzende rechter ook met betrekking tot clause 3 van de Europese Overeenkomst ontvankelijk is.

#### b) Uitvoeringsbevoegdheid van de lidstaten

34. De bepalingen die de lidstaten hebben vastgesteld ter uitvoering van de voornoemde richtlijnen in hun nationale recht, zijn evenwel niet vatbaar voor toetsing door het Hof. Doordat het instrument van de richtlijn is gekozen, hebben de lidstaten de mogelijkheid het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon in hun respectieve rechtsordes

12 — Zie arrest van 10 september 2009, Vicente Pereda (C-277/08, Jurispr. blz. I-8405, punt 18).

13 — Zie arresten van 15 april 2008, Impact (C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punt 58); 23 april 2009, Angelidaki e.a. (C-378/07-C-380/07, Jurispr. blz. I-3071, punt 195), en 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, Jurispr. blz. I-6525, punt 34). Egger, J., „Rechtswirkungen von Rahmenvereinbarungen im Sozialbereich“, *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (uitg. Waldemar Hummer), Wenen 2010, blz. 223, wijst erop dat de overeenkomsten zelf nog geen normatieve werking hebben. Pas door het besluit van de Raad wordt de kaderovereenkomst rechtstreeks in afgeleid Unierecht omgezet en is het vatbaar voor toetsing door het Hof.

14 — Zie Rebhahn, R., *EU-Kommentar* (uitg. Jürgen Schwarze), 2e ed., Baden-Baden 2009, artikel 139 EG, punten 4 en 10, blz. 1378 e.v., die erop wijst dat de uitvoering van een overeenkomst tussen de sociale partners door een besluit van de Raad tot een wetgevingshandeling van de Europese Unie leidt. De bevoegdheid tot uitlegging van de richtlijn en de hierin opgenomen overeenkomst ligt bij het Hof.

nader uit te werken. Die bevoegdheid wordt hun niet alleen toegekend in artikel 249, derde alinea, EG (artikel 288, derde alinea, VWEU), dat bepaalt dat de nationale instanties zelf de vorm en de middelen mogen kiezen om het bindend vastgelegde doel te bereiken, maar uitdrukkelijk ook in de afzonderlijke richtlijnen.

35. Hier komt nog bij dat de wetgever van de Unie, die bij de uitoefening van zijn regelgevende bevoegdheden het subsidiariteitsbeginsel dient te eerbiedigen, zich volgens artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 en clause 3 van de Europese Overeenkomst juncto punt 11 van de considerans van richtlijn 2000/79<sup>15</sup> heeft beperkt tot de regeling van bepaalde wezenlijke aspecten, zoals de minimale duur van de jaarlijkse vakantie, terwijl hij met betrekking tot de voorwaarden voor de uitoefening en de toekenning van het recht op jaarlijkse vakantie zoals gezegd verwijst naar de „nationale wetten en/of gebruiken”. Die benadering strookt, zoals het Hof in zijn arrest Verenigd Koninkrijk/Raad<sup>16</sup> heeft vastgesteld, ook met de opdracht in de machtigingsgrondslag van het Verdrag, die de Uniewetgever enkel bevoegd verklaart om

minimumvoorschriften vast te stellen, ten einde door middel van harmonisatie bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van verhoging van de graad van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, die primair de verantwoordelijkheid van de lidstaten is.

36. Zoals het Hof in dat arrest heeft vastgesteld, komt de lidstaten bij de verwezenlijking van dat recht een doorslaggevende rol toe, aangezien zij volgens artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 verplicht zijn de noodzakelijke nationale uitvoeringsbepalingen vast te stellen.<sup>17</sup> Hiertoe behoort de vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening en verwezenlijking van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, waarbij het de lidstaten vrijstaat de concrete omstandigheden te bepalen waarin de werknemers gebruik kunnen maken van dit recht, dat hun toekomt op grond van alle vervulde tijdvakken van arbeid.<sup>18</sup>

37. De verwijzing in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 naar de nationale wetten dient in het bijzonder ertoe de lidstaten de mogelijkheid te bieden een rechtskader te scheppen dat de organisatorische en procedurele aspecten van de uitoefening van het recht op vakantie regelt, zoals het plannen van de vakantietijd, de eventuele verplichting van de werknemer om de werkgever op voorhand mee te delen wanneer hij vakantie wil nemen, het vereiste dat een minimumarbeidstijd moet zijn vervuld alvorens vakantie te kunnen nemen, de criteria voor de evenredige

15 — Punt 11 van de considerans van richtlijn 2000/79 bekrachtigt op de volgende wijze dat het subsidiariteitsbeginsel in aanmerking moet worden genomen: „Vanwege de hoge mate van integratie van en de concurrentiesituatie in de luchtvaartsector kunnen de doelstellingen van deze richtlijn, het beschermen van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, niet voldoende door de lidstaten worden verwezenlijkt en daarom is overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 van het Verdrag optreden door de Gemeenschap vereist. Deze richtlijn gaat niet verder dan hetgeen nodig is voor de verwezenlijking van deze doelstellingen.”

16 — Zie arresten van 12 november 1996, Verenigd Koninkrijk/Raad (C-84/94, Jurispr. blz. I-5755, punt 47).

17 — Ibid. (punt 47) en arrest van 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a. (C-131/04 en C-257/04, Jurispr. blz. I-2531, punt 57).

18 — Arrest van 26 juni 2001, BECTU (C-173/99, Jurispr. blz. I-4881, punt 53).

berekening van het recht op jaarlijkse vakantie wanneer de duur van het dienstverband minder dan één jaar bedraagt, enzovoort.<sup>19</sup> Dit zijn echter telkens maatregelen tot vaststelling van de voorwaarden voor de gebruikmaking en de toekenning van het recht op vakantie, die als zodanig door richtlijn 2003/88 zijn toegestaan.

38. In dit verband wil ik erop wijzen dat het Hof bij herhaling heeft benadrukt dat de lidstaten bij de uitoefening van hun uitvoeringsbevoegdheid altijd binnen de grenzen van het Unierecht moeten blijven<sup>20</sup>, die het Hof door uitlegging heeft aangetoond en verduidelijkt.<sup>21</sup> Bovendien bevat de rechtspraak een aantal nuttige aanwijzingen aangaande de vraag hoe hoog het vakantieloon moet zijn teneinde te voorkomen dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zijn functie verliest. Derhalve is het zinvol die rechtspraak te analyseren en hieruit eventuele beginselen af te leiden die voor de

beantwoording van de prejudiciële vragen van nut zouden kunnen zijn.

2. Verhouding tussen richtlijn 2000/79 en de arbeidstijdrichtlijnen en de toepasselijkheid van de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen

39. Vooraf moet echter worden nagegaan in hoeverre de beginselen die het Hof in het kader van de uitlegging van artikel 7 van de arbeidstijdrichtlijnen tot dusver in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld — en waarop ik nog nader zal ingaan — ook van toepassing zijn op clause 3 van de Europese Overeenkomst. Dit vraagstuk is bijzonder relevant, vooral ook gezien het feit dat het Hof, zoals reeds uiteengezet, de normatieve reikwijdte van dat recht in belangrijke mate mede heeft bepaald. Aan de hand van de uitlegging van de betrokken bepaling in de rechtspraak is het tevens mogelijk de omvang van de door de wetgever van de Unie uitgeoefende regelingsbevoegdheden met betrekking tot de berekening van het vakantieloon te bepalen. Vooruitlopend op de uitkomst van dat onderzoek kan ik echter nu al zeggen dat de formulering, de strekking en de ontstaansgeschiedenis van de Europese Overeenkomst mijns inziens ervoor pleiten de voornoemde beginselen ook op clause 3 ervan toe te passen.

40. Om te beginnen stel ik vast dat de arbeidstijdrichtlijnen en richtlijn 2000/79 weliswaar op verschillende rechtsgrondslagen in het Verdrag gebaseerd zijn, maar niettemin alle strekken tot organisatie van de arbeidstijd door hieraan met het oog op de veiligheid

19 — Aldus de argumentatie van de Commissie in de zaak BECTU, die advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in die zaak heeft overgenomen (punt 34).

20 — Zie arresten BECTU (aangehaald in voetnoot 18, punt 53) en Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 46), waarin het Hof vaststelde dat de lidstaten in hun interne regeling de voorwaarden voor de uitoefening en de verwezenlijking van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon mogen regelen, maar tegelijkertijd onderstreepte dat zij het ontstaan zelf van dat rechtstreeks uit richtlijn 93/104 of richtlijn 2003/88 voortvloeiende recht niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen.

21 — Aangaande de invloed van de rechtspraak op de uitlegging van de arbeidstijdrichtlijn, zie Nowak, T., „The Working Time Directive and The European Court of Justice”, *Maastrecht Journal of European and Comparative Law*, deel 15 (2008), nr. 4, blz. 447.

en de gezondheid van de werknemers bepaalde grenzen te stellen. Dit volgt bijvoorbeeld uit punt 11 van de considerans van richtlijn 2000/79 en uit punt 11 van de considerans van richtlijn 2003/88. Tevens is de tekst van clause 3 van de Europese Overeenkomst vrijwel identiek met die van artikel 7 van de arbeidstijdrichtlijnen. Indien de partijen bij de Europese Overeenkomst een andere strekking van clause 3 voor ogen had gestaan, hadden zij beslist een andere terminologie dan die van de arbeidstijdrichtlijnen gekozen.

41. Uit de ontstaansgeschiedenis van de Europese Overeenkomst<sup>22</sup> valt voorts op te maken dat het begrip „betaald verlof” in clause 3 ervan inhoudelijk diende overeen te komen met het begrip vakantie met behoud van loon in richtlijn 93/104. Volgens het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor een arbeidstijdrichtlijn dienden hierdoor alle economische sectoren en activiteiten te worden bestreken. De Raad besloot echter bepaalde activiteiten van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten, niet omdat hij van mening was dat de bescherming van de

gezondheid en veiligheid op die gebieden voldoende was gewaarborgd, maar omdat hij zich ervan bewust was dat de werknemers in de betrokken sectoren over het algemeen ver van huis moeten werken, zodat hij meer specifieke bepalingen noodzakelijk achtte. In haar „Witboek over de van de richtlijn betreffende de arbeidstijd uitgesloten sectoren en activiteiten” stelde de Commissie onder andere een gedifferentieerde benadering voor, die inhield dat voor iedere sector eigen regelingen met betrekking tot de arbeidstijd en de rusttijden voor mobiele werknemers zouden worden vastgesteld.<sup>23</sup> Na een evaluatie van de reacties van de sociale partners besloot de Commissie die benadering voor te stellen, die uiteindelijk in de wetgeving van de Unie is verankerd.<sup>24</sup> In overeenstemming met die gedifferentieerde benadering diende de Europese Overeenkomst uitsluitend te gelden voor het mobiele personeel in de burgerluchtvaart en daarbij in clause 3 het in artikel 7 van richtlijn 93/104 vastgelegde recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ongewijzigd over te nemen. Uit het richtlijnvoorstel van de Commissie<sup>25</sup> volgt ten slotte dat de Europese Overeenkomst voor het mobiele personeel in de burgerluchtvaart onder meer ertoe strekte, het in punt 8 van het Gemeenschapshandvest van de grondrechten van de werknemers gegarandeerde recht op jaarlijks verlof met behoud van loon te implementeren. De ontstaansgeschiedenis van richtlijn 2000/79 toont derhalve aan dat de Uniewetgever de reeds bestaande bepalingen inzake dat recht wenste uit te breiden tot het mobiele personeel in de burgerluchtvaart, zonder de wettelijke inhoud van dat recht te wijzigen.

23 — Ibid., punt 74.

24 — Zie Barnard, C., *EC Employment Law*, 2e ed., Oxford 2002, blz. 403.

25 — Zie voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de Europese Overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart gesloten door de Association of European Airlines (AEA), de European Transport Workers' Association (ETF), de European Cockpit Association (ECA), de European Regions Airline Association (ERA) en de International Air Carrier Association (IACA), COM(2000) 382 def.

22 — Zie Witboek over de van de richtlijn betreffende de arbeidstijd uitgesloten sectoren en activiteiten, COM(97) 334 def., punten 11-13.

42. De ontstaansgeschiedenis van richtlijn 2003/88 bevestigt eveneens dat de bepalingen die het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon regelen, ook van toepassing dienden te zijn op mobiel personeel, met inbegrip van dat in de burgerluchtvaart. Richtlijn 93/104 is namelijk later door richtlijn 2000/34 gewijzigd, waarbij de uitzonderingen die tot dan toe overeenkomstig de voorgestelde gedifferentieerde benadering voor de vervoerssector golden (uitgezonderd de regelingen betreffende zeelieden), werden afgeschaft. Hierdoor zijn, zoals duidelijk volgt uit punt 9 van de considerans van richtlijn 2000/34<sup>26</sup>, de bepalingen inzake jaarlijkse vakantie *uitgebreid* tot mobiele werknemers in de uitgesloten sectoren en activiteiten. De bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden van de betrokken werknemers zijn daarentegen blijkens punt 10<sup>27</sup> van die considerans alleen maar *aangepast*. Artikel 2 van richtlijn 2000/79 verduidelijkt bovendien dat de uitvoering van die richtlijn in geen enkel geval een rechtvaardiging vormt voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder die richtlijn vallende gebieden. Met andere woorden, het verbiedt de lidstaten het beschermingsniveau te verlagen dat reeds door richtlijn 93/104 in de versie van richtlijn 2000/34 tot stand is

gebracht. Dit strookt precies met de vaststelling in punt 16 van de considerans van richtlijn 2000/79.<sup>28</sup>

43. Uit het voorgaande volgt dat de beginselen die het Hof tot dusver in het kader van de uitlegging van artikel 7 van de arbeidstijdrichtlijnen heeft ontwikkeld, zonder meer van toepassing zijn op clause 3 van de Europese Overeenkomst.

3. De beginselen uit de rechtspraak betreffende het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon

a) Doorbetaling van het arbeidsloon gedurende het vakantietijdvak

44. Het belang van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon is in de rechtspraak van het Hof sinds lange tijd erkend. Volgens vaste rechtspraak moet het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van elke werknemer als een bijzonder belangrijk beginsel van het sociaal recht van de Unie worden beschouwd, waarvan niet mag worden afgeweken en waaraan de bevoegde

26 — Punt 9 van de considerans van richtlijn 2000/34 luidt als volgt: „De bestaande bepalingen betreffende jaarlijkse vakantie en medische keuring voor nachtarbeid en arbeid in ploegdienst moeten worden uitgebreid tot mobiele werknemers in de uitgesloten sectoren en activiteiten.” In die zin Rofes i Pujol, M. I., „Comentario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, nr. 41, blz. 165.

27 — Punt 10 van de considerans van richtlijn 2000/34 luidt als volgt: „De bestaande bepalingen betreffende arbeidstijd en rusttijden moeten worden aangepast voor mobiele werknemers in de uitgesloten sectoren en activiteiten.”

28 — Punt 16 van de considerans van richtlijn 2000/79 luidt als volgt: „De uitvoering van deze richtlijn mag niet dienen als rechtvaardiging voor enige regressie in de bestaande situatie in elke lidstaat.”

ationale autoriteiten slechts uitvoering mogen geven binnen de grenzen die uitdrukkelijk in richtlijn 93/104 of de daaropvolgende richtlijn 2003/88 zelf zijn opgesomd.<sup>29</sup> Door het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon in het afgeleide recht te verankeren, wilde de Uniewetgever waarborgen dat werknemers in alle lidstaten „in het belang van een doeltreffende bescherming van [hun] veiligheid en gezondheid” daadwerkelijke rust kunnen genieten.<sup>30</sup> Het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon is immers, de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.<sup>31</sup>

echter belangrijke aanwijzingen betreffende de eisen waaraan het vakantieloon vanuit het oogpunt van het Unierecht moet voldoen.

45. Wat het specifieke en in casu relevante recht van de werknemer op betaling van vakantieloon betreft, moet, zoals reeds vermeld, worden vastgesteld dat noch de arbeidstijdrichtlijnen, noch richtlijn 2000/79 uitdrukkelijke bepalingen betreffende de hoogte van het te betalen vakantieloon respectievelijk de methode ter berekening ervan bevatten. Een analyse van de rechtspraak van het Hof biedt

46. Relevant is om te beginnen het arrest Robinson-Steele e.a., waarin het Hof heeft vastgesteld dat de arbeidstijdrichtlijnen het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan als „twee aspecten van één recht” behandelen.<sup>32</sup> Tegen de achtergrond van die vaststelling kan reeds de eerste belangrijke juridische gevolgtrekking worden gemaakt: aangezien beide rechten volgens het Hof onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, zijn bij de omzetting van het Unierecht in nationaal recht ook geen afwijkingen van het recht op betaling van het vakantieloon toegestaan, voor zover in de arbeidstijdrichtlijnen niet uitdrukkelijk anders is bepaald. Artikel 7 van richtlijn 2003/88 behoort echter niet tot de bepalingen ten aanzien waarvan krachtens die richtlijn uitdrukkelijk afwijkingen zijn toegestaan. Gezien het feit dat bij wet noch overeenkomst van die bepaling mag worden afgeweken ten laste van de werknemer, heeft de Deense regering<sup>33</sup> principieel gelijk met haar opvatting dat het in het Unierecht verankerde recht op betaling van vakantieloon

29 — Zie arrest BECTU (aangehaald in voetnoot 18, punt 43); arrest van 18 maart 2004, Merino Gómez (C-342/01, Jurispr. blz. I-2605, punt 29), en arrest Robinson-Steele e.a. (aangehaald in voetnoot 17, punt 48). Aangaande richtlijn 2003/88, zie arresten Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 22), en Vicente Pereda (aangehaald in voetnoot 12, punt 18), en arrest van 22 april 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, Jurispr. blz. I-3527, punt 28).

30 — Zie arresten BECTU (aangehaald in voetnoot 18, punt 44), Merino Gómez (aangehaald in voetnoot 29, punt 30), Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 23), en Vicente Pereda (aangehaald in voetnoot 12, punt 21).

31 — Zie arresten Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 25), en Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (aangehaald in voetnoot 29, punt 30).

32 — Arrest Robinson-Steele e.a. (aangehaald in voetnoot 17, punt 58).

33 — Zie punt 16 van de schriftelijke opmerkingen van de Deense regering.



een dwingend karakter heeft.<sup>34</sup> Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat dit als bijzonder belangrijk beschouwde beginsel van het sociale recht van de Unie volgens de rechtspraak ook niet restrictief mag worden uitgelegd.<sup>35</sup>

geruimd door de daaropvolgende toelichting („[m]et andere woorden”) dat de „werknemer [...] voor deze rustperiode zijn *normale* loon [dient] te ontvangen”. Die opmerking moet aldus worden begrepen dat het vakantieloon qua hoogte precies dient overeen te stemmen met het normale loon.

47. Volgens het Hof heeft het vereiste van betaling van vakantieloon tot doel, de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie „in een situatie te plaatsen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes”. De verdere vaststellingen van het Hof betreffende de hoogte van het vakantieloon zijn mijns inziens voldoende duidelijk, aangezien het in punt 50 van het arrest Robinson-Steele e.a. uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat het in artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/104 gebezigde begrip „jaarlijkse vakantie met behoud van loon” betekent dat „het loon gedurende de jaarlijkse vakantie in de zin van de richtlijn moet worden doorbetaald”. Eventuele resterende twijfels aangaande de interpretatie van die zin worden uit de weg

48. De verwijzende rechter stelt terecht dat de zaak Robinson-Steele e.a. inhoudelijk verschilt van de onderhavige, in zoverre die zaak hoofdzakelijk betrekking had op de verenigbaarheid met het Unierecht van een bepaalde praktijk die erin bestond het loon voor de minimale jaarlijkse vakantie te betalen in gedeelten gespreid over het betrokken arbeidsjaar, tegelijk met het loon voor verrichte arbeid, en niet als uitkering uit hoofde van een bepaalde periode waarin de werknemer daadwerkelijk vakantie opnam. De overwegingen die het Hof in punt 50 van dat arrest ten grondslag heeft gelegd aan zijn beslissing, zijn echter algemeen geformuleerd en hebben geenszins alleen maar betrekking op de bijzondere feiten van die zaak. Zij zijn algemeen geldig en moeten derhalve ook bij de beantwoording van de prejudiciële vragen in aanmerking worden genomen. De algemene geldigheid van die overwegingen volgt uit het feit dat het Hof deze in punt 58 van het arrest Schultz-Hoff e.a. in een ander verband opnieuw heeft aangevoerd, dit ten aanzien van de vraag hoe de in artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 gereguleerde financiële vergoeding moet worden berekend waarop een werknemer recht heeft die, om redenen buiten zijn wil, niet in staat is geweest om vóór het einde van zijn dienstverband gebruik te maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Het Hof

34 — Ook een uitlegging van artikel 12 van IAO-verdrag nr. 132 leidt tot die conclusie. Die bepaling houdt namelijk in dat iedere afspraak betreffende een vermindering van het recht op de in artikel 3, lid 3, van dat verdrag vastgestelde minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon of betreffende een afzien van die vakantie tegen vergoeding of op enige andere wijze, al naar gelang van de situatie van het betrokken land, als nietig moet worden beschouwd of moet worden verboden. In soortgelijke zin ook Blanpain, R., „The Holidays With Pay Convention of the ILO (N° 132): a Commentary”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, deel 16/4, 2000, blz. 364.

35 — Arrest Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (aangehaald in voetnoot 29, punt 29).

bekrachtigde in dat arrest zijn uitlegging „dat het loon gedurende de jaarlijkse vakantie [...] moet worden doorbetaald” en „de werknemer [...] zijn normale loon [dient] te ontvangen”.

49. Deze rechtsopvatting vindt bovendien steun in een systematische en grammaticale uitlegging. Daartoe dient richtlijn 2003/88 respectievelijk richtlijn 2000/79 te worden vergeleken met andere handelingen van de Unie die in een aangepaste vorm van doorbetaling van het loon gedurende vakantieperiodes voorzien. Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie<sup>36</sup> voorziet in het belang van de gezondheid en veiligheid van zwangere werknemers en ter voorkoming van mogelijke effecten op de zwangerschap of

de lactatie behalve in een aanpassing van de arbeidsomstandigheden of een overplaatsing ook in verlof voor de werknemer. Artikel 11, punt 1, van die richtlijn bepaalt in dat verband dat de „rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering, van de werknemers in de zin van artikel 2 overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken [moeten] worden gewaarborgd”. Die bepaling heeft een bijzonderheid, waarop het Hof onlangs in de arresten van 1 juli 2010 in de zaken Parviainen<sup>37</sup> en Gassmayr<sup>38</sup> de aandacht heeft gevestigd. Het wees in die arresten erop dat in de meeste taalversies van artikel 11, punt 1, van die richtlijn ten tijde van de vaststelling ervan alleen maar sprake is van het behoud van „een” bezoldiging, en niet van „de” bezoldiging van de betrokken werknemer.<sup>39</sup> In de ogen van het Hof volgt uit die bepaling en uit andere aanwijzingen dat een zwangere werknemer na haar tijdelijke overplaatsing overeenkomstig artikel 5, lid 2, van richtlijn 92/85 naar een andere arbeidsplaats dan vóór haar zwangerschap, krachtens artikel 11, punt 1, van die richtlijn geen recht heeft op de gemiddelde bezoldiging die zij vóór die overplaatsing ontving.<sup>40</sup> Wat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 respectievelijk clause 3 van de Europese Overeenkomst betreft ligt de zaak echter anders. Die bepalingen zijn qua formulering duidelijk, aangezien in alle taalversies de vakantie simpelweg moet worden „betaald”<sup>41</sup>, hetgeen duidt op een continuïteit in de zin van de doorbetaling van het „normale” arbeidsloon overeenkomstig de rechtspraak.

37 — Arrest van 1 juli 2010, Parviainen (C-471/08, Jurispr. blz. I-6533).

38 — Arrest van 1 juli 2010, Gassmayr (C-194/08, Jurispr. blz. I-6281).

39 — Arresten Parviainen (aangehaald in voetnoot 37, punt 50) en Gassmayr (aangehaald in voetnoot 38, punt 61).

40 — Arrest Parviainen (aangehaald in voetnoot 37, punt 62).

41 — Zie bijvoorbeeld de Duitse („bezahlt”), de Franse („payé”), de Deense („med løn”), de Spaanse („retribuidas”), de Portugese („remuneradas”), de Sloveense („plačnega”), de Italiaanse („retribuite”), de Zweedse („betald”) en de Nederlandse („betaald”) taalversie.

36 — PB L 348, blz. 1.

50. Het door mij bepleite standpunt vindt ten slotte ook steun in de beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO), waarmee volgens punt 6 van de considerans van richtlijn 2003/88 met betrekking tot de organisatie van de arbeidstijd rekening moet worden gehouden. In het kader van de IAO als bijzondere organisatie van de Verenigde Naties zijn er ten aanzien van het recht op minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon twee multilaterale verdragen gesloten. Het op 30 juni 1973 in werking getreden verdrag nr. 132<sup>42</sup> heeft het tot dan toe geldende verdrag nr. 52<sup>43</sup> gewijzigd. Zij bevatten dwingende voorschriften voor de verdragsluitende staten met betrekking tot de verwezenlijking van deze sociale grondrechten in hun nationale rechtsorde. Verdrag nr. 132, dat, zoals het Hof recentelijk in het arrest Schultz-Hoff e.a. uitdrukkelijk heeft benadrukt, relevant

is voor de uitlegging van richtlijn 2003/88<sup>44</sup>, bepaalt in artikel 7, lid 1, ervan dat iedere persoon die de in dat verdrag geregelde vakantie opneemt, voor de gehele duur daarvan ten minste haar *normale* of gemiddelde loon dient te ontvangen.

51. In het licht van het voorgaande lijkt mij het in punt 29 van de verwijzingsbeslissing geuite vermoeden van de verwijzende rechter dat het Hof in het arrest Schultz-Hoff e.a. met de term „vergelijkbaar”<sup>45</sup> — ter beschrijving van de situatie waarin de werknemer door het vereiste van betaling van vakantie-loon gedurende de jaarlijkse vakantie moet worden gebracht — iets anders zou kunnen hebben bedoeld, bijvoorbeeld eventueel ook de mogelijkheid dat betaling van minder dan het normale arbeidsloon is toegestaan, op een

42 — Verdrag nr. 132 over de jaarlijkse vakantie met behoud van loon (nieuwe versie van 1970), aangenomen door de algemene vergadering van de Internationale Arbeidsorganisatie op 24 juni 1970, in werking getreden op 30 juni 1973.

43 — Verdrag nr. 52 over de jaarlijkse vakantie met behoud van loon, aangenomen door de algemene vergadering van de Internationale Arbeidsorganisatie op 24 juni 1936, in werking getreden op 22 september 1939. Dit verdrag is bij verdrag nr. 132 geherformuleerd, maar wacht nog steeds op ratificatie.

44 — Arrest Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 38). Zie de discussie in de doctrine over het belang van de IAO-verdragen in de rechtsorde van de Unie. Korda, M./Pennings, F., „The legal character of international social security standards”, *European Journal of Social Security*, deel 10 (2008), nr. 2, blz. 132, zijn bijvoorbeeld van mening dat de Europese Unie niet bevoegd is juridisch bindende socialezekerheidsnormen vast te stellen. Om die reden zijn de in het kader van de IAO en de Europese Raad ondertekende overeenkomsten en verdragen van cruciaal belang voor de ontwikkeling van internationale socialezekerheidsnormen. Bercusson, B., „The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards”, *50 Jahre EU — 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden 2008, blz. 58 e.v., is van opvatting dat het Hof bij de constitutionalisering van het Europese sociale model een actievere rol zou moeten spelen en bij de uitlegging van het primaire en het secundaire recht van de Unie de IAO-normen in aanmerking nemen. Murray, J., „The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time”, *Transnational Labour Regulation — The ILO and EC compared*, blz. 175, wijst erop dat tussen de arbeidstijdrichtlijn en het IAO-recht qua voorwerp en strekking een grote mate van convergentie bestaat.

45 — Arrest Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 60).

verkeerde opvatting van de rechtspraak te berusten. Bovendien komen de vaststellingen van het Hof in dat arrest volledig overeen met mijn argumentatie in de zaak *Stringer e.a.*<sup>46</sup>, dat de compenserende vergoeding die een werknemer ontvangt, „gelijkwaardig” moet zijn aan de hoogte van zijn normale loon. Ook al wijkt de formulering af, gaat het uiteindelijk om hetzelfde, namelijk door middel van een teleologische uitlegging van artikel 7, lid 1, van de arbeidstijdrichtlijnen waarborgen dat de doelstellingen van die richtlijnen niet door een onjuiste uitvoering worden ondermijnd. In het bijzonder moet ervoor worden gezorgd dat de werknemer geen nadelen ondervindt van het feit dat hij besluit van zijn recht op jaarlijkse vakantie gebruik te maken. Tot die nadelen behoren in eerste instantie eventuele financiële verliezen, die hem al naar gelang van de Ausgangssituatie zouden weerhouden van uitoefening van dit recht.

52. Ik stel derhalve vast dat het Unierecht zoals uitgelegd door het Hof, voldoende duidelijke regels voor de bepaling van het vakantieloon bevat. Het dient hoe dan ook overeen te komen met het bedrag van het arbeidsloon.

b) Conclusie: geen onrechtmatige oriëntatie aan de minimumbehoefte

53. De doorbetaling van het arbeidsloon gedurende de jaarlijkse vakantie heeft tot doel de functie van die periode van ontspanning op doeltreffende wijze te beschermen. De op het doel en de strekking van de arbeidstijdrichtlijnen gebaseerde uitlegging die het Hof aan artikel 7, lid 1, van die richtlijnen heeft gegeven, behelst in elk geval een verbod om bij de berekening van het vakantieloon uit te gaan van een voor het levensonderhoud benodigd minimumbedrag. Het zou tegen die rechtspraak indruisen wanneer, zoals door verweerster in het hoofdgeding is voorgesteld<sup>47</sup>, als referentiebedrag voor de berekening van het vakantieloon een bedrag zou worden genomen dat net hoog genoeg is om de werknemer nog net niet ervan te weerhouden van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon gebruik te maken. Enerzijds zou een dergelijke maatregel niet als „doorbetaling van het arbeidsloon” gedurende de jaarlijkse vakantie kunnen worden gekwalificeerd. De voorgestelde uitlegging zou veel eerder erop neerkomen dat de door het Hof geformuleerde eisen aan een met de richtlijnen strokend vakantieloon achteraf worden gewijzigd, en dit ten nadele van de werknemers. Anderzijds zou een dergelijke uitlegging ertoe leiden dat voor de werknemers een rechtssituatie ontstaat die noch voldoet aan de vereisten van een minimumharmonisatie in de gehele Unie, noch aan het beginsel van rechtszekerheid.

46 — Zie mijn conclusies in de zaken *Schultz-Hoff e.a.* en *Stringer e.a.* (aangehaald in voetnoot 7, punt 38).

47 — Zie de punten 41, 43 en 76 van de schriftelijke opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding.

54. Een minimumharmonisatie, die volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 2000/79 ook door de Europese Overeenkomst voor de luchtvaartsector wordt nagestreefd, houdt namelijk niet in dat het optreden van de Unie tot de kleinste gezamenlijke noemer wordt beperkt. Het gaat dus beslist niet om een minimale harmonisatie. Het doel bestaat niet erin, het in een lidstaat geldende laagste beschermingsniveau van toepassing te verklaren voor de hele Unie, maar een voor het betrokken Uniebeleid absoluut noodzakelijke basisbescherming vast te leggen.<sup>48</sup> Iets anders zou onverenigbaar zijn met artikel 136 EG, dat streeft naar een „verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt, alsmede een adequate sociale bescherming”. Een bepaling die minimumnormen voor de veiligheid en gezondheid van werknemers vastlegt, moet objectief en duidelijk geformuleerd zijn zodat een doeltreffende en uniforme toepassing op het gehele grondgebied van de Unie gewaarborgd wordt. Een criterium gebaseerd op de „financiële haalbaarheid” van de jaarlijkse vakantie, dat door verweerster in het hoofdgeding in wezen wordt bepleit, is niet bruikbaar, temeer aangezien een dergelijk criterium — zoals door verzoekers in het hoofdgeding terecht wordt opgemerkt<sup>49</sup> — afhankelijk is van de specifieke situatie en in het bijzonder de financiële lasten van iedere individuele werknemer. Door de toepassing van een zo vaag criterium zou het recht

op jaarlijkse vakantie uiteindelijk worden ondermijnd.

4. Bevoegdheid van de lidstaten tot berekening van het vakantieloon

55. De vaststelling van de methode voor de berekening van het vakantieloon is in de arbeidstijdrichtlijnen respectievelijk richtlijn 2000/79 niet uitdrukkelijk geregeld en valt derhalve onder de bevoegdheid van de lidstaten, die, zoals ik reeds heb toegelicht, verplicht zijn de noodzakelijke nationale uitvoeringsmodaliteiten vast te leggen. Een dergelijke gevolgtrekking heeft het Hof gemaakt in het arrest Schultz-Hoff e.a.<sup>50</sup> in verband met de evenmin door het Unierecht geregelde vraag hoe de financiële vergoeding moet worden berekend die overeenkomstig artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 bij beëindiging van het dienstverband als compensatie voor niet opgenomen jaarlijks verlof moet worden betaald. In dat opzicht zijn de „nationale wetten en/of gebruiken” waarnaar de richtlijnen verwijzen, van toepassing. De lidstaten dienen er daarbij voor te zorgen dat de nationale toepassingsmodaliteiten rekening houden met de grenzen die voortvloeien uit het Unierecht

48 — Zie Leible/Streinz, *EUV/EGV*, München 2003, artikel 95, punt 44, blz. 1248.

49 — Zie punt 74 van de schriftelijke opmerkingen van verzoekers in het hoofdgeding.

50 — Arrest Schultz-Hoff e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punten 57-62).

zelf, en uit de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen, waarop ik reeds ben ingegaan.

C — *Benadering bij complexe loonstructuren*

## 5. Tussenconclusie

### 1. Algemeen

56. Ik ben van mening dat de eerste prejudiciële vraag, die in zoverre algemeen geformuleerd is dat zij fundamentele aspecten van het recht op betaling van vakantieloon aan de orde stelt, hiermee is beantwoord. Dit antwoord ligt besloten in mijn bespreking van de omvang van de regelgevende bevoegdheden van de Uniewetgever respectievelijk van de lidstaten, en van de Unierechtelijke eisen die uit de arbeidstijdrichtlijnen, richtlijn 2000/79 en de rechtspraak van het Hof kunnen worden afgeleid.

58. Het beginsel dat het vakantieloon moet overeenstemmen met het „normale” arbeidsloon, dient uiteraard te worden aangepast in gevallen waarin de hoogte van het arbeidsloon juist niet constant is omdat het als gevolg van bepaalde, door de sociale partners relevant geachte factoren, van periode tot periode kan variëren. Dergelijke factoren kunnen verband houden met de professionele positie van een werknemer binnen de onderneming of met bepaalde door hem verrichte diensten. Tot de laatstgenoemde categorie behoren toeslagen in de vorm van bijzondere toelagen en kostenvergoedingen.

57. De iets concreter geformuleerde tweede en derde vraag dienen aldus te worden beantwoord dat het vakantieloon principieel zo moet worden vastgesteld dat het met het „normale” arbeidsloon van de werknemer overeenstemt. Een als vakantieloon toegekende financiële vergoeding, die nog net zo hoog is dat geen redelijke kans bestaat dat de werknemer zijn jaarlijkse vakantie niet opneemt, strookt hoe dan ook niet met het Unierecht.

59. Met de vierde en vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen wat in een situatie als die van het hoofdgeding onder „normaal arbeidsloon” in het vakantietijdvak moet worden begrepen. Relevant is in dat opzicht dat dat begrip een temporele én een materiële component heeft, waarnaar beide prejudiciële vragen verwijzen. De vierde vraag houdt in, of als relevant tijdvak moet worden uitgegaan van het feitelijke

tijdvak, dat wil zeggen het tijdvak waarin de werknemer vakantie heeft opgenomen, dan wel van een ander tijdvak. Met de vijfde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de werknemer recht heeft op betaling van een toeslag indien en voor zover hij een bijzondere activiteit heeft verricht. Zo ja, dan wil de verwijzende rechter weten of bij de berekening van het vakantieloon ook eventuele limieten in aanmerking moeten worden genomen wat betreft de omvang of de duur van dergelijke activiteiten.

2. Unierechtelijke eisen en resterende bevoegdheden van de lidstaten aangaande de regeling van de details van het vakantieloon

60. Een definitieve beoordeling van hetgeen als „normaal arbeidsloon” in de zin van de rechtspraak moet worden begrepen, wordt niet in het minst bemoeilijkt door het feit dat de Unie op dit gebied weinig regelingen kent, waardoor de uitlegging door het Hof automatisch wordt beperkt.

61. De Deense regering stelt dat aangezien artikel 137, lid 5, EG uitdrukkelijk geen

betrekking heeft op het „arbeidsloon”, de Unie geen regelgevende bevoegdheid en het Hof derhalve geen uitleggingsbevoegdheid heeft. Mijns inziens is dit niet het eigenlijke probleem, aangezien die verdragsbepaling, zoals het Hof in zijn rechtspraak herhaaldelijk heeft benadrukt<sup>51</sup>, eng moet worden uitgelegd om te voorkomen dat de draagwijdte van de leden 1 tot en met 4 ervan op onevenredige wijze wordt beperkt of de met artikel 136 EG nagestreefde doelstellingen worden ondermijnd. De betrokken bepaling mag derhalve niet aldus worden uitgelegd dat zij van toepassing is op alle vraagstukken die op enigerlei wijze verband houden met het arbeidsloon. Zoals het Hof in zijn arrest Impact onder verwijzing naar het arrest Del Cerro Alonso<sup>52</sup> heeft vastgesteld, moet die uitzondering aldus worden begrepen dat zij geldt voor maatregelen die, zoals een uniformering van alle of een deel van de bestanddelen van de salarissen en/of de hoogte daarvan in de lidstaten of de invoering van een communautair minimumloon, zouden leiden tot een rechtstreekse inmenging van het recht van de Unie in de vaststelling van de beloningen in de Unie.<sup>53</sup> Dit betekent dat de vaststelling van de hoogte van de verschillende loonbestanddelen van een werknemer buiten de bevoegdheid van de Uniewetgever valt en ontegenzeggelijk wél onder die van de bevoegde instanties in de verschillende lidstaten. Die instanties dienen hun bevoegdheid op gebieden die niet onder de bevoegdheid van de Unie vallen, echter uit te oefenen in overeenstemming met het Unierecht.<sup>54</sup>

51 — Zie arrest van 15 april 2008, Impact (aangehaald in voetnoot 13, punt 125).

52 — Arrest van 13 september 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Jurispr. blz. I-7109).

53 — Arrest Impact (aangehaald in voetnoot 13, punt 124).

54 — Ibid. (punt 129).

62. Hieruit volgt evenwel niet of de Uniewetgever in het geval van complexe loonstructuren al dan niet bevoegd is de hoogte van het vakantieloon te regelen. Zoals advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in voornoemde zaak namelijk terecht heeft uiteengezet, belet die uitzonderingsregeling de Unie niet om bepalingen met financiële gevolgen vast te stellen, bijvoorbeeld met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden (artikel 137, lid 1, sub b, EG) of de verbetering van het arbeidsmilieu ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers (artikel 137, lid 1, sub a, EG). De Uniewetgever wordt hierdoor ook niet eraan gehinderd eisen te stellen aan het nationale arbeidsrecht, die tot een recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon leiden, zoals in artikel 7 van richtlijn 2003/88.<sup>55</sup> Dit geldt ook voor de vrijwel identieke bepalingen in clause 3 van de Europese Overeenkomst, die aan richtlijn 2000/79 is gehecht, temeer aangezien de uitzonderingsbepaling van artikel 137, lid 5, EG ook van toepassing is op de rechtsgrondslag van die richtlijn, artikel 139 EG.<sup>56</sup> Met andere woorden, de Uniewetgever is niet alleen bevoegd de onder de richtlijnen 2003/88 en 2000/79 vallende gebieden te regelen, maar zou bovendien juridisch principieel bevoegd zijn geweest, meer gedetailleerde bepalingen betreffende de aard en de hoogte van het vakantieloon vast te stellen.

leggen *hoe het vakantieloon in detail moet zijn samengesteld*. In plaats daarvan heeft hij naar de nationale „wetten en/of gebruiken” verwezen. De wil van de Uniewetgever om de lidstaten en de sociale partners op dit punt een ruime armslag te bieden, komt tot uitdrukking in punt 10 van de considerans van richtlijn 2000/79, waarin wordt gezegd dat „[h]et passende wetgevingsbesluit voor de uitvoering van de overeenkomst [...] een richtlijn [is] zoals bedoeld in artikel 249 van het Verdrag”. Met betrekking tot de luchtvaartsector wordt nog eens specifiek naar het nationale recht verwezen, voor zover de richtlijn de lidstaten volgens punt 12 van de considerans wat „in de overeenkomst gebruikte, maar niet nader gedefinieerde termen betreft, [...] [vrijlaat] die termen te definiëren overeenkomstig hun nationale wetgeving en praktijk, zoals dat het geval is voor de overige richtlijnen inzake sociaal beleid waarin soortgelijke termen worden gebruikt, mits deze definities verenigbaar zijn met de overeenkomst”. Artikel 3 van richtlijn 2000/79 verplicht de lidstaten bovendien erop toe te zien „dat de sociale partners bij overeenkomst de nodige bepalingen invoeren”.

63. De Uniewetgever heeft echter ervan afgezien in de voornoemde bepalingen vast te

64. Op deze wijze volgt de Unie in wezen een soortgelijke benadering als bij de omzetting van IAO-verdrag nr. 132, dat ook geen specifieke bepalingen inzake de berekening van het vakantieloon bevat en in plaats daarvan de ondertekenende landen een ruime

55 — Zie punt 175 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 9 januari 2008, Impact (arrest aangehaald in voetnoot 13).

56 — In die zin Rebhahn, R., *ibid.* (voetnoot 14), artikel 137, punt 56, blz. 1363.



beslissingsmarge laat.<sup>57</sup> Artikel 1 ervan bepaalt bijvoorbeeld dat de bepalingen van dat verdrag door nationale wetgeving moeten worden uitgevoerd, voor zover de uitvoering ervan niet plaatsvindt door collectieve arbeidsovereenkomsten, arbitrage, rechterlijke beslissingen, ambtelijke procedures inzake loonvaststelling of een andere, met de nationale gebruiken strokende wijze, die gezien de bijzondere omstandigheden van elk land geschikt lijkt.

65. Een dergelijke benadering strookt met het subsidiariteitsbeginsel en houdt rekening met de vrijheid van de sociale partners bij loononderhandelingen. Ik wil in dit verband eraan herinneren dat het recht op collectieve onderhandelingen en de aan dit recht inherente contractvrijheid grondrechten zijn, die door de rechtsorde van de Unie worden beschermd.<sup>58</sup> Het recht op collectieve onderhandelingen wordt zowel erkend in tal van internationale rechtsinstrumenten waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten — zoals het op

18 oktober 1961 te Turijn ondertekende Europees Sociaal Handvest<sup>59</sup>, dat bovendien uitdrukkelijk wordt genoemd in artikel 136 EG — als in instrumenten die door deze lidstaten op communautair niveau of in het kader van de Europese Unie zijn uitgewerkt, zoals het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden<sup>60</sup>, dat is aangenomen tijdens de bijeenkomst van de Europese Raad te Straatsburg op 9 december 1989 en dat eveneens wordt genoemd in artikel 136 EG, alsook het op 7 december 2000 te Nice afgekondigde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.<sup>61</sup>

66. Bovendien houdt een dergelijke benadering rekening met de praktijk, aangezien het over het algemeen uiterst moeilijk is, uniforme regelingen voor alle sectoren vast te stellen.<sup>62</sup> Uit de argumenten van partijen in

57 — Volgens Böhnert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, blz. 100, maken de IAO-verdragen gebruik van zogenoemde „flexibiliteitsclausules”. Hieronder worden verschillende maatregelen begrepen, zoals het gebruik van ruime begrippen en het bieden van een ruime armslag bij de uitvoering van de verplichtingen respectievelijk de vastlegging van de te bereiken doelstellingen.

58 — Zie mijn conclusie van 14 april 2010, Commissie/Duitsland (C-271/08, Jurispr. blz. I-7091, punt 77).

59 — Artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest, dat identiek is met artikel 6 van het op 3 mei 1996 te Straatsburg ondertekende herziene Europees Sociaal Handvest, verplicht de partijen, teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op collectieve onderhandelingen te waarborgen, onder meer om paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen en om, indien nodig en nuttig, de totstandkoming van een procedure te bevorderen voor vrijwillige onderhandelingen tussen werkgevers of organisaties van werkgevers en organisaties van werknemers, met het oog op de bepaling van beloning en arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten.

60 — Volgens punt 12 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden hebben de werkgevers of de organisaties van werkgevers enerzijds en de organisaties van werkenden anderzijds, onder de voorwaarden als bepaald in de nationale wetgeving en de nationale gebruiken, het recht te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten.

61 — Volgens artikel 28 van het Handvest van de grondrechten hebben de werkgevers en werknemers of hun respectieve organisaties, overeenkomstig het gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken, het recht om op de passende niveaus collectief te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten en om, in geval van belangenconflicten, collectieve acties te ondernemen ter verdediging van hun belangen, met inbegrip van staking.

62 — Zie mijn opmerkingen in punt 42 van deze conclusie, betreffende de gedifferentieerde methode die de Uniewetgever heeft toegepast en die uiteindelijk heeft geleid tot vaststelling van richtlijn 2000/79 voor de luchtvaartsector.

het hoofdgeding blijkt nog eens welke mate van flexibiliteit in de luchtvaartsector vereist is. Er dienen regelingen te worden geschapen die zijn afgestemd op de specifieke kenmerken van iedere sector en die draagvlak hebben bij de sociale partners. Het Hof dient die terughoudende benadering van de Uniewetgever ook bij de uitlegging van het Unierecht in aanmerking te nemen. Anderzijds mag niet worden vergeten, zoals ik reeds heb uiteengezet<sup>63</sup>, dat de beoordelingsvrijheid van de lidstaten haar grenzen kent. De handelingen tot omzetting in nationaal recht dienen aan te sluiten bij het Unierechtelijke kader.

het begrip „normaal arbeidsloon” in het geval van een complexe loonstructuur betreft, ben ik van mening dat uit punt 12 van de considerans van richtlijn 2000/79 niet zonder meer een uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten respectievelijk de sociale partners kan worden afgeleid om in detail te bepalen welke bedragen als deel van het „vakantieloon” moeten worden beschouwd. Aangezien het begrip „vakantieloon” aanknoopt bij het begrip „arbeidsloon”, zou dit ook principieel gedurende het vakantietijdvak in dezelfde hoogte moeten worden doorbetaald. Laatstgenoemd begrip wordt in aanzienlijke mate bepaald door het Unierecht.

67. Uit het voorgaande volgt dat het Unierecht geen bepalingen kent die zich in beginsel ertegen verzetten dat de lidstaten in hun nationale arbeidsrecht toestaan dat het arbeidsloon wordt opgesplitst in een basisloon en meerdere toeslagen die de werknemer afhankelijk van zijn diensten ontvangt.

i) Het begrip „beloning” in het Unierecht

### 3. Samenstelling van het vakantieloon

a) Materiële component van het begrip „normaal arbeidsloon”

68. Wat de in de vijfde prejudiciële vraag aan de orde gestelde materiële component van

69. Al bevatten noch de arbeidstijdrichtlijnen, noch richtlijn 2000/79 een definitie van het begrip „arbeidsloon”, voorziet het Unierecht in artikel 141, lid 2, EG in een voldoende duidelijke definitie, waarvan het Hof ook is uitgegaan bij de uitlegging van andere richtlijnen die — net als de in casu onder meer relevante richtlijn 93/104 — zijn vastgesteld op basis van artikel 118 A EG-Verdrag.<sup>64</sup> Die

63 — Zie de punten 38, 45, 53, 54 en 55 van deze conclusie.

64 — Arrest van 8 september 2005, McKenna (C-191/03, Jurispr. blz. I-7631, punt 29).

definitie komt bovendien overeen met de normen van het internationale arbeidsrecht, aangezien zij qua ontstaansgeschiedenis aansluit bij artikel 1, sub a, van IAO-verdrag nr. 100.<sup>65 66</sup> Tegen die achtergrond kan mijns inziens ook in het onderhavige geval voor de uitlegging van richtlijn 2000/79 gebruik worden gemaakt van de begrippen van het primaire recht.

in de rechtspraak van het Hof veelal ruim uitgelegd.<sup>68</sup> Om deze reden kan het begrip beloning in de zin van artikel 141, lid 2, EG eventueel veel ruimer zijn dan volgens een nationale definitie.<sup>69</sup> In hoeverre een „voordeel” het karakter van beloning heeft, dient per geval te worden vastgesteld.

70. Derhalve moet worden onderzocht welke vergoedingen op grond van die definitie als bestanddelen van het arbeidsloon moeten worden beschouwd.

71. Volgens artikel 141, lid 2, EG dient „beloning” te worden opgevat als „het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt”. De vraag of dit op basis van een arbeidsovereenkomst, uit hoofde van wettelijke bepalingen dan wel vrijwillig gebeurt, speelt in dat verband geen rol.<sup>67</sup> Deze bepaling is

72. Voordat ik echter zal onderzoeken in hoeverre de litigieuze loonbestanddelen als beloning moeten worden aangemerkt, wil ik erop wijzen dat aan de tot dusver gehanteerde ruime uitlegging van het Unierechtelijke begrip beloning moet worden vastgehouden. Met name in gevallen als het onderhavige, waarin het loon uit meerdere bestanddelen bestaat, zou een te enge uitlegging het risico met zich meebrengen dat de werkgever ertoe wordt aangezet bepaalde bestanddelen als niet tot de beloning behorend te kwalificeren en/of het loon zelfs nog verder op te splitsen om zo weinig mogelijk vakantieloon te hoeven betalen. Een dergelijke praktijk zou echter tot gevolg hebben dat de werknemer ervan wordt weerhouden zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen en hij dus niet in het genot van de hiermee beoogde ontspanning komt. Mijns inziens wordt dat risico door verzoekers in het hoofdgeding terecht onder de aandacht gebracht.<sup>70</sup>

65 — Volgens artikel 1, sub a, van IAO-verdrag nr. 100 omvat het begrip „beloning” het gewone loon, basis- of minimumloon of het gewone salaris, basis- of minimumsalaris evenals alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.

66 — Zie Krebber, S., *EUV/EGV — Kommentar* (uitg. Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3e editie, München 2007, artikel 141, punt 23, blz. 1629.

67 — Arrest McKenna (aangehaald in voetnoot 64, punt 29).

68 — Zie Eichenhofer, E., *EUV/EGV — Kommentar*, München 2003, artikel 141 EG, punt 10, blz. 1530.

69 — Zie Rebhahn, R., *ibid.* (voetnoot 14), artikel 141 EG, punt 10, blz. 1386.

70 — Zie punt 73 van de schriftelijke opmerkingen van de verzoekers in het hoofdgeding.

ii) Het basisloon als wezenlijk bestanddeel van de beloning

ieder pilotsalaris in elk geval tot het „normale loon” behoort, waarop een werknemer volgens de rechtspraak gedurende het vakantietijdvak recht blijft houden.

73. Gezien de duidelijke formulering is deze bepaling in elk geval van toepassing op iedere vergoeding die een werknemer als „basisloon” ontvangt. Dit heeft het Hof recentelijk in het arrest Parviainen in het geval van een stewardess die als hoofd van het cabinepersoneel werkzaam was, uitdrukkelijk bevestigd. Het Hof ging in dat arrest in op de vraag of een zwangere werkneemster die overeenkomstig artikel 5, lid 2, van richtlijn 92/85 om veiligheids- en gezondheidsredenen tijdelijk is overgeplaatst, gedurende die overplaatsing naast het basissalaris op grond van haar arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding het recht behoudt op de bestanddelen van de bezoldiging of op de toelagen op grond van haar beroepsstatuut, zoals met name de toelagen in verband met haar leidinggevende functie, haar anciënniteit en haar beroepskwalificaties. Het Hof was van mening dat dit het geval was en dat het basissalaris van onderzoekster principieel door het begrip beloning van artikel 141 EG werd bestreken.<sup>71</sup> In de categorie van een basisloon valt ook het vaste bedrag waarop een piloot volgens het MOA in verbinding met de in de cao overeengekomen bepalingen inzake de maandelijkse vliegreuen in elk geval recht heeft. De hoogte van dat loon is precies vastgelegd en is afhankelijk van bepaalde factoren, zoals de rang van de piloot en de vliegtuigvloot waartoe hij behoort. Dit betekent dat dit vaste, niet te wijzigen bestanddeel van

iii) Kwalificatie van de toeslagen als deel van de beloning

74. Moeilijker ligt daarentegen de vraag of ook de in casu relevante toeslagen door het begrip beloning in de zin van artikel 141, lid 2, EG worden gedekt. Volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens bestaat de bezoldiging naast het basissalaris uit nog twee bestanddelen, die qua functie en fiscale behandeling van elkaar verschillen. De hoogte van de toeslagen is afhankelijk van de vliegreuen (FPS) en de duur van de afwezigheid van de basis (TAFB). Volgens nationaal recht is de hele FPS salaris en uit dien hoofde belastbaar, terwijl 82% van de TAFB wordt beschouwd als kostenvergoeding, zodat slechts 18% ervan als salaris en daarmee als belastbaar wordt aangemerkt.

75. Ongeacht hun kwalificatie in het nationale recht zouden dergelijke toeslagen vanuit het oogpunt van het Unierecht mogelijkterwijs als „overige voordelen” in de zin

<sup>71</sup> — Arrest Parviainen (aangehaald in voetnoot 37, punten 49 en 50).

van de reeds genoemde wettelijke definitie kunnen worden beschouwd. Dit zal ik thans onderzoeken. Uitgaande van de functie van de beloning als tegenprestatie van de werkgever voor de door de werknemer verrichte arbeid, zou onder „overige voordelen” iedere geldelijke prestatie moeten worden begrepen die in ruime zin een dergelijke tegenprestatie vormt en niet uitsluitend om andere redenen (bijvoorbeeld verhoging van de productiviteit, verbetering van de arbeidsvoorwaarden en het arbeidsmilieu, bevordering van de gezondheid) wordt betaald.<sup>72</sup>

hoofdgeding, temeer aangezien zij in hun schriftelijke opmerkingen in de procedure voor het Hof<sup>74</sup> uitsluitend aan voornoemde bestanddelen van hun salaris refereren. De vragen van de verwijzende rechter dienen derhalve aldus te worden begrepen dat hij alleen met betrekking tot de FPS en het belastbare deel van de TAFB wenst te vernemen of bij de berekening van het vakantieloon naast het basissalaris ook de toeslagen in aanmerking moeten worden genomen. Dit betekent dat het deel van de TAFB dat als kostenvergoeding wordt beschouwd, in casu niet relevant is en dus ook niet hoeft te worden beoordeeld.

76. Om te beginnen moet de te onderzoeken problematiek echter worden ingeperkt naar gelang van de relevantie van de prejudiciële vragen voor de beslechting van het hoofdgeding. Uit de stukken<sup>73</sup> volgt in elk geval dat verzoekers in het hoofdgeding aanspraak maken op uitbetaling van de FPS en het belastbare deel van de TAFB dat volgens nationaal recht als bestanddeel van de beloning wordt aangemerkt. Dit valt ook op te maken uit de argumentatie van verzoekers in het

77. Principieel bestrijkt het ruime begrip beloning van artikel 141, lid 2, EG naast het als tegenprestatie voor de verrichte arbeid te betalen eigenlijke arbeidsloon ook alle bijkomende bestanddelen als premies, toeslagen en toelagen, door de werkgever toegekende voordelen of gratificaties.<sup>75</sup> Het Hof heeft loontoelagen die gebaseerd zijn op een flexibiliteitscriterium, dat wil zeggen toelagen ter compensatie van de bereidheid van de werknemer om op verschillende tijden te werken, in elk geval aangemerkt als beloning in de zin

72 — Zie Krebber, S., *ibid.* (voetnoot 66), punt 25, blz. 1630.

73 — Zie arrest van het Employment Tribunal van 11 mei 2007, *Mrs S A Williams and others/British Airways Plc* (Case Number: 3314875/2006), punten 27 en 29, blz. 8 (bijlage 2 bij de schriftelijke opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding) en de samenvatting van de feiten van de Supreme Court („Agreed Statement of Facts and Issues in the Supreme Court of the United Kingdom”), punt 8, blz. 3 (bijlage 1 bij de schriftelijke opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding).

74 — Zie punt 11 van de schriftelijke opmerkingen van verzoekers in het hoofdgeding.

75 — Fuchs, M./Marhold, S., *Europäisches Arbeitsrecht*, 2e ed., Wenen 2006, blz. 123.

van die bepaling.<sup>76</sup> In die lijn is het Hof er in zijn rechtspraak van uitgegaan dat zowel een toelage op grond van ongunstige arbeidstijden<sup>77</sup> als vergoedingen voor overwerk<sup>78</sup> en voor overwerk wegens deelname aan vormingscursussen waarvan de duur de individuele werktijd van de werknemer overtrof<sup>79</sup>, onder die definitie vallen. Volgens die logica zouden ook toeslagen voor overwerk, feestdagen, ploegendienst en vergelijkbare diensten tot die categorie moeten behoren.<sup>80</sup>

78. De gelijkenis tussen de hier niet uitputtend opgesomde vergoedingen en de litigieuze toeslagen ligt voor de hand, aangezien zij in wezen alle verband houden met de bereidheid van de piloot zijn tijd zo lang ter verrichting van een taak ter beschikking te stellen als de werkgever dit noodzakelijk acht. Een verschil tussen de twee litigieuze categorieën van toeslagen bestaat echter voor zover de FPS een directe tegenprestatie voor een typische activiteit van een piloot vormt — namelijk

het besturen van een luchtvaartuig — terwijl de TAFB eerder moet worden beschouwd als compensatie voor de afwezigheid van de basis van de piloot die noodzakelijkerwijs verband houdt met het reizen. Dat een eventueel compensatoir karakter van een vergoeding niet zonder meer in de weg staat aan de kwalificatie ervan als beloning in de zin van artikel 141, lid 2, EG, volgt reeds uit het feit dat volgens de rechtspraak zelfs wettelijk voorgeschreven schadeloosstellingen wegens ontslag<sup>81</sup> onder dat begrip vallen. In vergelijking met dergelijke vergoedingen treedt het compensatoire karakter van de TAFB — althans voor zover het het in casu relevante, niet-belastbare deel betreft — echter veel minder sterk op de voorgrond. Ik wijs in dit verband bovendien erop dat voornoemd deel van de TAFB anders dan het niet-belastbare deel ervan, geen kostenvergoeding is, maar reeds door het nationale recht als beloning wordt beschouwd. Die kwalificatie is mijns inziens juist, vooral aangezien het belastbare deel van de TAFB een directe vergoeding voor een verrichte dienst is, die een compensatoir karakter heeft en met een toelage wegens ongunstige arbeidstijden kan worden vergeleken. Niettemin gaat het bij beide toeslagen om geldelijke prestaties die de werkgever bewust voor een bepaalde dienst van de piloot betaalt, zodat in beide gevallen niet kan worden ontkend dat het om een beloning gaat.

79. Bij de voornoemde toeslagen gaat het dus om „overige voordelen” die de werknemer volgens artikel 141, lid 2, EG op grond van zijn arbeidsverhouding ontvangt. Dat

76 — Zie arrest van 17 oktober 1989, Danfoss (109/88, Jurispr. blz. 3199, punt 3).

77 — Zie arrest van 30 maart 2000, Jämställdhetsombudsmannen (C-236/98, Jurispr. blz. I-2189, punten 39 e.v.).

78 — Zie arrest van 6 december 2007, Voß (C-300/06, Jurispr. blz. I-10573, punten 12 e.v.).

79 — Zie arresten van 4 juni 1992, Bötel (C-360/90, Jurispr. blz. I-3589, punt 13), en 6 februari 1996, Lewark (C-457/93, Jurispr. blz. I-243, punt 23).

80 — Zie Krebber, S., *ibid.* (voetnoot 66), punt 28, blz. 1631.

81 — Zie arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punt 28).

betekent dat ook die componenten van het salaris tot het „normale arbeidsloon” behoren, waarop de werknemer volgens de rechtspraak ook gedurende het vakantietijdvak recht heeft. Derhalve heeft een werknemer ook gedurende de jaarlijkse vakantie principieel recht op de hem normaliter toegekende toeslagen.

80. Het feit dat een werknemer gebruikmaakt van zijn recht op jaarlijkse vakantie, kan geen rechtmatige reden zijn om het Unierechtelijke begrip beloning bij wijze van uitzondering zo beperkend uit te leggen dat de gedurende die tijd normaliter verschuldigde toeslagen niet tot de beloning behoren. Zo niet, zou een werknemer financieel anders worden behandeld, al naar gelang van de vraag of hij werkt of vakantie heeft opgenomen, hetgeen, zoals ik reeds uitvoerig heb uiteengezet, in strijd zou zijn met de rechtspraak.

81. De erkenning van het principiële recht op de normale toeslagen houdt echter niet automatisch in dat de werknemer zonder meer aanspraak kan maken op alle mogelijke toeslagen. Mijns inziens heeft het Hof in zoverre paal en perk gesteld aan die aanspraak, als de rechtspraak ook in die zin kan worden begrepen dat de werknemer recht heeft op niet meer dan zijn „normale arbeidsloon”. Welke gevolgen die uitlegging heeft, zal ik thans uiteenzetten.

b) Temporele component van het „normale arbeidsloon”

82. Zoals ik reeds aan het begin van mijn conclusie heb uiteengezet, heeft het begrip „normaal arbeidsloon” ook een temporele component. Als „normaal” kan in de gebruikelijke zin van het woord alleen iets worden aangeduid dat gedurende een bepaalde periode heeft voortgeduurd en waarnaar later ter vergelijking kan worden verwezen. De uitdrukking houdt in wezen in, zoals de Commissie<sup>82</sup> en verzoekers in het hoofdgeding<sup>83</sup> terecht opmerken, dat een op zich in de loop van de tijd regelmatig fluctuerend arbeidsloon wordt genivelleerd tot de hoogte van een gemiddeld loon. Om een „normaal arbeidsloon” vast te kunnen stellen, is, zoals door de partijen terecht wordt erkend, een *voldoende representatief referentietijdvak* vereist, waarvoor in het in casu relevante geval meerdere alternatieve tijdvakken in aanmerking komen. Eén mogelijkheid bestaat erin dat wordt uitgegaan van het concrete tijdvak waarin de werknemer vakantie heeft opgenomen en een hypothetisch gemiddeld loon wordt berekend, een andere dat wordt uitgegaan van een vroeger tijdvak waarin de werknemer ononderbroken heeft gewerkt en een gemiddeld loon wordt berekend. Beide mogelijkheden worden in de vierde vraag genoemd. Maar het zou evengoed denkbaar zijn een uniform vakantieloon voor de afzonderlijke categorieën van piloten te berekenen. In praktisch opzicht geniet echter geen van die benaderingen de voorkeur, aangezien zij alle zowel voor- als nadelen hebben. Zo heeft de eerste benadering het nadeel dat het niet altijd mogelijk is met zekerheid te bepalen welke taken de piloot die vakantie

82 — Zie punt 27 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

83 — Zie punten 55 en 100 van de schriftelijke opmerkingen van verzoekers in het hoofdgeding.

heeft opgenomen, in de betrokken periode waarschijnlijk zou hebben verricht, aangezien er al naar gelang van de uitgangssituatie van kan worden uitgegaan dat de betrokken taak principieel ook door iedere andere piloot had kunnen worden verricht.<sup>84</sup> De tweede benadering zou wederom bij indienstneming van nieuwe piloten problemen kunnen opleveren, aangezien er dan geen reëel referentietijdvak is dat als grondslag kan dienen.<sup>85</sup> Niettemin zouden, zoals verzoekers in het hoofdgeding opmerken<sup>86</sup>, de berekende bedragen bij de eerste en de tweede benadering in de praktijk in kwantitatief opzicht niet noemenswaardig van elkaar verschillen.

te verwezenlijken. Het Hof dient in het kader van een prejudiciële verwijzing echter door middel van uitlegging vast te stellen welke juridisch bindende eisen het Unierecht aan het nationale recht tot omzetting ervan stelt<sup>87</sup>, en in het kader van de rechterlijke samenwerking in te gaan op de hem door de nationale rechter voorgelegde juridische vragen. Tegen die achtergrond zou het Hof in de onderhavige zaak moeten vaststellen dat het Unierecht, zoals ook door verweester in het hoofdgeding wordt benadrukt<sup>88</sup>, geen bepaalde benadering voorschrijft.

83. Bij nadere bestudering van de problematiek wordt duidelijk dat de door de partijen in hoofdgeding uitvoerig besproken voor- en nadelen van de respectieve benaderingen vooral betrekking hebben op de praktische kant van de omzetting van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Met andere woorden, eigenlijk gaat het om de vraag welke benadering beter geschikt is om het in het Unierecht verankerde recht doeltreffend

84. Bij gebreke van gedetailleerde voorschriften van Unierecht moet ervan worden uitgegaan dat de bevoegdheid tot vastlegging van het relevante referentietijdvak en tot berekening van het overeenkomstige gemiddelde loon bij de lidstaten ligt. Overeenkomstig clause 3 van de Europese Overeenkomst respectievelijk artikel 7 van richtlijn 2003/88 zijn dan „de nationale wetten en/of gebruiken” doorslaggevend. Afhankelijk van de situatie in de betrokken rechtsorde is het aan de nationale wetgever de noodzakelijke uitvoeringsbepalingen vast te stellen, dan wel

84 — Zie punten 42 en 74 van de schriftelijke opmerkingen van verweester in het hoofdgeding.

85 — *Ibid.*, punt 42.

86 — *Ibid.*, punt 102.

87 — De uitlegging die het Hof geeft aan een regel van gemeenschapsrecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast [zie arresten van 27 maart 1980, *Denkavit italiana* (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 16); 10 februari 2000, *Deutsche Telekom* (C-50/96, Jurispr. blz. I-743, punt 43), en 13 januari 2004, *Kühne & Heitz* (C-453/00, Jurispr. blz. I-837, punt 21)].

88 — Zie punt 42 van de schriftelijke opmerkingen van verweester in het hoofdgeding.



aan de sociale partners in collectieve onderhandelingen de voorwaarden te regelen op basis waarvan dit gemiddelde loon kan worden betaald.

85. Dit geldt ook voor het internationale arbeidsrecht, waaruit belangrijke beginselen hadden kunnen worden afgeleid. Gezien de tekst van artikel 7, lid 1, van IAO-verdrag nr. 132 moet weliswaar principieel een gemiddeld loon worden vastgesteld, aangezien die bepaling uitdrukkelijk voorschrijft dat elke persoon die de in dat verdrag geregelde vakantie opneemt, voor de gehele duur daarvan ten minste haar normale of *gemiddelde* loon dient te ontvangen. Dat alternatief is kennelijk ingegeven door het streven rekening te houden met specifieke arbeidsverhoudingen waarin de werknemers geen normale beloning ontvangen. De bepaling regelt echter niet hoe dit gemiddelde loon moet worden berekend en vooral van welk referentietijdvak hierbij moet worden uitgegaan. In plaats daarvan verwijst zij naar de bevoegdheid in de afzonderlijke landen door te verklaren dat dit loon in elk land op een door de bevoegde instantie of een geschikte procedure te bepalen wijze moet worden berekend.

### c) Discriminatieverbod

86. Uit de door mij bepleite interpretatie van de rechtspraak van het Hof, dat de werknemer geen aanspraak kan maken op meer dan zijn „normale loon”, volgt om te beginnen een

vereiste van nivellering en berekening van een gemiddeld loon. Dit betekent wederom dat een automatische cumulatie van het basisloon en alle toeslagen is uitgesloten, voor zover die toeslagen niet regelmatig worden betaald. In zoverre heeft de Deense regering<sup>89</sup> geheel en al gelijk met haar argument dat toeslagen slechts dan dwingend bij de berekening van het gemiddelde bedrag in aanmerking moeten worden genomen, wanneer die loonbestanddelen een systematisch karakter hebben.

87. Bovendien impliceert deze opvatting in wezen dat de werknemer die vakantie opneemt, financieel niet anders mag worden behandeld dan wanneer hij zou werken. Gezien de strekking van de regeling inzake het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon worden hiermee in eerste instantie financiële nadelen van de werknemer bedoeld. Dat betekent echter niet dat de werknemer die vakantie opneemt, financieel beter moet worden behandeld dan de anderen. De betaling van een „normaal arbeidsloon” houdt namelijk in dat de gebruikelijke beperkingen principieel eveneens van toepassing zijn. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor jaarlijkse of andere limieten met betrekking tot de omvang waarin of de tijd gedurende welke de werknemer een bepaalde, door betaling van een toeslag beloonde activiteit mag uitoefenen. Die limieten dienen bij de berekening van het

89 — Zie punt 20 van de schriftelijke opmerkingen van de Deense regering.

vakantieloon naar verhouding in aanmerking te worden genomen.

met zijn gemiddelde loon. Dat gemiddelde loon dient op basis van een voldoende representatief referentietijdvak te worden berekend.

#### 4. Tussenconclusie

88. Op de vierde prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat de werknemer in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin de hoogte van zijn arbeidsloon varieert, recht heeft op een vakantieloon dat overeenkomt

89. Op de vijfde prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat bij de berekening van het gemiddelde arbeidsloon zowel rekening moet worden gehouden met de toeslagen waarop de werknemer normaliter als deel van zijn salaris recht heeft, als met de beperkingen die gelden ten aanzien van de jaarlijkse of andere limieten voor de omvang waarin of de tijd gedurende welke de werknemer een bepaalde, door betaling van een toeslag beloonde activiteit mag uitoefenen.

## VII — Conclusie

90. Gelet op het voorgaande stel ik het Hof voor op de prejudiciële vragen van de Supreme Court als volgt te antwoorden:

„1) Artikel 7 van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd en clausule 3 van de Europese Overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart gesloten door de Association of European Airlines (AEA), de European Transport Workers’

Association (ETF), de European Cockpit Association (ECA), de European Regions Airline Association (ERA) en de International Air Carrier Association (IACA), die aan richtlijn 2000/79/EG van de Raad van 27 november 2000 is gehecht, moeten aldus worden uitgelegd dat het vakantieloon overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken moet worden berekend.

- 2) Het vakantieloon dient principieel overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Een als vakantieloon betaalde financiële vergoeding voldoet hoe dan ook niet aan de Unierechtelijke eisen, wanneer deze nog net zo hoog is dat geen redelijke kans bestaat dat de werknemer zijn jaarlijkse vakantie niet opneemt.
  
- 3) In een situatie als die in het hoofdgeding, waarin de hoogte van het arbeidsloon varieert, heeft een werknemer recht op een vakantieloon dat overeenkomt met zijn gemiddelde loon. Dat gemiddelde loon dient op basis van een voldoende representatief referentietijdvak te worden berekend.
  
- 4) Bij de berekening van het gemiddelde arbeidsloon moet zowel rekening worden gehouden met de toeslagen waarop de werknemer normaliter als deel van zijn salaris recht heeft, als met de beperkingen die gelden ten aanzien van de jaarlijkse of andere limieten voor de omvang waarin of de tijd gedurende welke de werknemer een bepaalde, door betaling van een toeslag beloonde activiteit mag uitoefenen.”