FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 24 januari 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning . . . . . I - 211

II — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 212

A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser . . . . . I - 212

B — Nationella bestämmelser . . . . . I - 212

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna . . . . . I - 216

IV — Förfarandet vid domstolen . . . . . I - 218

V — Parternas huvudsakliga argument . . . . . I - 218

A — Den första frågan . . . . . I - 218

B — Den andra frågan . . . . . I - 221

VI — Rättslig bedömning . . . . . I - 223

A — Den första frågan . . . . . I - 223

1. Inledande anmärkningar . . . . . I - 223

2. Rätten till betald årlig semester som grundläggande social rättighet . . . . . I - 224

3. Rätten till betald årlig minimisemester enligt gemenskapsrätten . . . . . I - 228

a) Gemenskapens behörighet att fastställa omfattningen av skyddet enligt bestämmelsen . . . . . I - 228

b) Den skyddsnivå som säkerställs genom gemenskapsrätten . . . . . I - 230

1 — Originalspråk: tyska.

c) Skyddsnivån enligt ILO-konventionen (nr 132) om semester. . . . . I - 231

4. Det arbetsrättsliga förbudet mot negativa effekter i egenskap av hinder för utnyttjandet av rätten till betald minimisemester . . . . . I - 232

a) Förbudet mot negativa effekter enligt ILO-konventionen (nr 132) om semester . . . . . I - 233

b) Tillämpligheten av de principer som utvecklats i rättspraxis . . . . . I - 233

c) Oförenlighet med syftet med artikel 7.1 i direktiv 2003/88 . . . . . I - 235

5. Slutsats i denna del . . . . . I - 236

B — Den andra frågan . . . . . I - 237

VII — Förslag till avgörande . . . . . I - 239

I — Inledning

1. House of Lords har den 13 december 2006 beslutat att i enlighet med artikel 234 EG hänskjuta två tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande avseende tolkningen av artikel 7.1 och 7.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden [2] (nedan kallat direktiv 2003/88).

2. Frågorna har uppstått i samband med en tvist mellan tidigare och nuvarande anställda (nedan kallade klagandena) vid den brittiska skattemyndigheten HM Revenue and Customs å ena sidan och denna myndighet (nedan kallad motparten) å andra sidan. I målet skall den högsta domstolen i Förenade kungariket som är behörig i tvistemål pröva om klagandena har ett anspråk på betald årlig semester respektive semesterersättning gentemot motparten.

3. Den nationella domstolen undrar i huvudsak om en arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av sjukdom har rätt till betald årlig semester och i vilken utsträckning som en arbetstagare, som under hela eller delar av det aktuella året för vilken semestern beräknats har varit

2 — EUT L 299, s. 9.

frånvarande från arbetet på grund av sjukdom, har rätt till ekonomisk ersättning om anställningen avslutas.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

4. När direktiv 2003/88 trädde i kraft den 2 augusti 2004 ersatte det rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden. Precis som det tidigare direktivet syftar direktiv 2003/88 till att reglera vissa minimikrav för säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden. [3] I artikel 7, som i det nya direktivet har behållit sin ursprungliga lydelse, föreskrivs följande:

”Årlig semester

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

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

5. I artikel 17 i direktiv 2003/88 föreskrivs att medlemsstaterna har rätt att göra avvikelser från vissa bestämmelser. Artikel 7 omfattas inte av de bestämmelser från vilka medlemsstaterna kan avvika enligt direktiv 2003/88.

B — *Nationella bestämmelser*

6. Artikel 7.1, och i viss mån artikel 7.2, i direktiv 2003/88 införlivades med brittisk rätt genom regulations 13 och 16 i Working Time Regulations 1998 (SI 1998/1833) (Arbetstidsförordningen, nedan kallad WTR). I dessa bestämmelser, i deras lydelse

3 — EGT L 307, s. 18.

enligt Working Time (Amendment) Regulations 2001 (SI 2001/3256) (förordning om ändring i arbetstidsförordningen), föreskrivs följande:

”Regulation 13

1. Med förbehåll för vad som anges i punkt 5 har arbetstagare varje semesterår rätt till 4 veckors semester.

…

5. Om en arbetstagares anställning (enligt ett relevant anställningsavtal) börjar efter det första semesterårets första dag skall den berördes rätt till årlig betald semester för detta år beräknas proportionellt utifrån den semesterperiod som gäller enligt punkt 1 och i förhållande till resterande del av semesteråret vid anställningens början.

…

9. Den årliga semester som arbetstagaren har rätt till enligt denna regulation får delas upp, men

a) kan endast tas ut under det semesterår den är hänförlig till och

b) kan inte bytas ut mot kontant ersättning förutom då anställningen upphör.

…

Regulation 16

1. Arbetstagaren har rätt till lön under den årliga semester han eller hon har rätt till enligt regulation 13. För varje veckas semester utgår en veckas lön.”

7. Beräkningsmetoden för ”en veckas lön” fastställs i lag. En veckas lön motsvarar i princip arbetstagarens normala veckolön.

8. För att utöva sin rätt till årlig semester enligt regulation 13 i WTR skall arbetstagaren underrätta arbetsgivaren i förväg i enlighet med vad som föreskrivs i regulation 15 i WTR. Regulation 15 i WTR har i relevanta delar följande lydelse:

”1. Arbetstagaren får ta ut den semester han har rätt till enligt regulation 13 under de dagar semester som han väljer. Han skall underrätta arbetsgivaren härom i enlighet med punkt 3. Semestern är underkastad de krav arbetsgivaren har rätt att ställa på arbetstagaren enligt punkt 2.

2. Arbetsgivaren kan kräva att arbetstagaren

a) tar ut eller

b) inte tar ut

den ledighet som han har rätt till enligt regulation 13 under vissa dagar. Arbetsgivaren skall då underrätta arbetstagaren om detta i enlighet med punkt 3.

3. Underrättelse enligt punkterna 1 och 2

a) kan avse all eller delar av den semester som arbetstagaren har rätt till under ett semesterår,

b) skall klart ange de dagar semester får, eller i förekommande fall, inte får tas ut. Om semester en viss dag endast får tas ut under en del av dagen skall det specificeras under hur lång tid av dagen semester får tas ut.

c) Underrättelse skall ges till arbetsgivaren eller, i förekommande fall, till arbetstagaren före den relevanta tidpunkten.

4. Med den relevanta tidpunkten enligt punkt 3 avses

a) i fråga om en underrättelse enligt punkterna 1 eller 2 a, dubbelt så många dagar före den tidigaste dagen som anges

i underrättelsen som det antal dagar eller halvdagar som underrättelsen gäller, och

b) i fråga om en underrättelse enligt punkt 2 b, lika många dagar innan den angivna tidigaste dagen som det antal dagar eller halvdagar som underrättelsen gäller.”

9. I regulation 14 i WTR behandlas fall där anställningsförhållandet avslutas. I relevanta delar föreskrivs följande:

”1. Denna regulation är tillämplig när

a) en arbetstagares anställning avslutas under semesteråret, och

b) den andel semester arbetstagaren har rätt till under semesteråret enligt regulation 13 skiljer sig från den del av semesteråret som redan förflutit då anställningen avslutas (avslutningsdagen).

2. När arbetstagaren har tagit ut mindre semester än han proportionellt har rätt till i förhållande till den del av året som förflutit, skall arbetsgivaren ge honom kontant ersättning för skillnaden i enlighet med vad som föreskrivs i punkt 3.

3. Ersättning enligt punkt 2 skall uppgå till

a) det belopp som föreskrivs i ett relevant avtal med avseende på denna regulation, eller

b) … ett belopp motsvarande det belopp som skulle utges till arbetstagaren enligt regulation 16 för en semesterperiod som bestäms enligt modellen

$$(A \times B) - C$$

där

A motsvarar den semesterperiod arbetstagaren har rätt till enligt regulation 13,

B motsvarar den andel av arbetstagarens semesterår som löpte ut före avslutningsdagen, och

C utgörs av den semester arbetstagaren tagit ut mellan semesterårets början och avslutningsdagen.”

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

10. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har alla varit anställda hos motparten. Det går att skilja mellan två olika grupper av arbetstagare. [4]

11. Till den första gruppen hör Sabba Khan. På grund av sjukdom var hon under flera månader frånvarande tills vidare och erhöll sjukersättning. Den 10 oktober 2003, under denna sjukledighet, meddelade hon sin arbetsgivare att hon önskade ta 20 dagar betald semester från den 17 november till och med den 11 december 2003. Arbetsgivaren avslog denna ansökan. Sabba Khan väckte talan mot beslutet vid Employment Tribunal (arbetsdomstolen) och gjorde gällande att hon enligt regulation 13 WTR hade rätt till semester och att hennes lön enligt regulation 16 WTR skulle fortsätta betalas ut. Employment Tribunal biföll hennes talan och förpliktade hennes arbetsgivare att betala 595,32 GBP.

12. Till den andra gruppen hör Keith Ainsworth, Sabriye Kilic och Michael Thwaites. De sades alla upp av arbetsgivaren. Samtliga hade varit långtidssjukskrivna och var sjukskrivna under det semesterår då uppsägningen ägde rum. Ingen av dem hade tagit någon semester det året. Keith Ainsworth, Sabriye Kilic och Michael Thwaites väckte talan vid Employment Tribunal och yrkade betalning enligt regulation 14 i WTR, som avser arbetstagarens rättigheter vid anställningens upphörande. Employment Tribunal biföll yrkandena i samtliga fall och beräknade den ersättning som skulle utgå enligt mallen i regulation 14.3 i WTR. Keith Ainsworth tillerkändes 16,14 GBP, Sabriye Kilic 454,74 GBP och Michael Thwaites 967,14 GBP.

13. Motparten överklagade samtliga avgöranden till Employment Appeals Tribunal,

4 — Med undantag för Stringer företräds samtliga parter vid den nationella domstolen vid domstolen. Även om Stringer inte har överklagat domen som gällde henne till House of Lords, så används hennes namn fortfarande som beteckning vid den nationella domstolen.

som ogillade överklagandena men meddelade tillstånd att överklaga till Court of Appeal.

14. Court of Appeal prövade samtliga mål tillsammans och biföll arbetsgivarens överklaganden. Court of Appeal fastställde bland annat följande:

— I fråga om Sabba Khan godtar Court of Appeal arbetsgivarens ståndpunkt att en arbetstagare inte kan ta årlig semester enligt regulation 13 då han eller hon är sjukfrånvarande och därmed inte är skyldig att arbeta.

— När det gäller Keith Ainsworth, Sabriye Kilic och Michael Thwaites, godtar Court of Appeal arbetsgivarens argument beträffande beräkningen av den ersättning som skall utgå enligt regulation 14 vid anställningens upphörande, nämligen att om arbetstagaren inte har rätt till årlig semester enligt regulation 13 på grund av sjukledighet har han inte heller rätt till ersättning enligt regulation 14.

15. Arbetstagarna överklagade till House of Lords. Efter att ha hört parternas ombud konstaterade House of Lords att parterna inte var eniga om hur artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 2003/88 skulle tolkas. House of Lords anser att de frågor som ställs i detta mål visserligen liknar de i mål C-350/06, Schultz-Hoff, men att de i vissa avseenden skiljer sig från dem. Därmed är det möjligt att domstolens svar i målet Schultz-Hoff inte besvarar de frågor som uppkommit vid den nationella domstolen i detta mål. House of Lords har således beslutat att ställa följande frågor inom ramen för ett förhandsavgörande för att kunna avgöra målet:

1) Skall artikel 7.1 i direktiv 2003/88/EG tolkas så, att en arbetstagare som är sjukskriven på obestämd tid har rätt att i) beteckna en framtida tidsperiod såsom årlig betald semester och ii) ta årlig betald semester under en period då han eller hon annars skulle ha varit sjukfrånvarande?

2) Om en medlemsstat med stöd av artikel 7.2 i direktiv 2003/88/EG och efter eget skön ersätter den minsta tillåtna årliga betalda semestern med kontant ersättning då anställningen upphör i en situation då arbetstagaren varit sjukfrånvarande under hela eller delar av det semesterår då anställningsförhållandet avslutas, gäller då några

särskilda krav enligt artikel 7.2 eller föreligger enligt denna artikel några kriterier för huruvida ersättning skall utgå eller hur den i sådant fall skall beräknas?

IV — Förfarandet vid domstolen

16. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 20 december 2006.

17. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, Förenade kungarikets regering, den slovenska, den belgiska, den italienska, den polska och den tjeckiska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

18. Vid förhandlingen den 20 november 2007 deltog ombuden för klagandena i målet vid den nationella domstolen, Förenade kungarikets regering och den nederländska regeringen samt kommissionen i syfte att framföra sina muntliga yttranden.

V — Parternas huvudsakliga argument

A — *Den första frågan*

19. *Klagandena* anser att rätten till betald årlig semester enligt artikel 7 i direktiv 2003/88 är en grundläggande social rättighet som det inte går att avvika ifrån. Målet med direktiv 2003/88, nämligen att förbättra arbetstagarnas levnads- och arbetsförhållanden genom en tillnärmning av de nationella arbetstidsbestämmelserna, skulle inte uppnås om arbetstagare inte hade rätt att bestämma att en viss period skall vara semester. Av domstolens praxis framgår vidare att en rätt till semester enligt gemenskapsrätten inte får begränsa en annan rätt till semester som enligt gemenskapsrätten har ett annat syfte. Avslutningsvis skulle en tolkning av artikel 7 i direktiv 2003/88 som innebär att sjukledighet leder till att arbetstagaren förlorar sin rätt till årlig semester eller att den minskas innebära att det blev svårare att faktiskt utnyttja rätten till semester.

20. Den belgiska, den tjeckiska och den slovenska regeringen samt Förenade kungarikets regering företräder en annan uppfattning.

21. Enligt den *belgiska regeringen* skall den första frågan med hänsyn till direktivets

mål besvaras nekande. Direktivets mål, det vill säga att förbättra arbetsförhållandena för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet, framgår bland annat av skälen till direktivet och även av det tidigare direktivet 93/104, skälen i förslaget till direktiv, av artikel 1.1 i direktivet samt av artikel 137 EG, den rättsliga grunden till direktivet. Detta mål har bekräftats genom rättspraxis. Ett jakande svar på den första frågan skulle strida mot denna målsättning, eftersom möjligheten att under sjukledighet ta ut årlig semester inte bidrar till att förbättra arbetsförhållandena. Målet kan endast uppnås om semestern tas ut medan arbetstagaren faktiskt arbetar eller medan arbetstagaren fullgör sin arbetsplikt. Dessutom är dessa frågor en sak för nationella domstolar och nationell praxis.

22. Även den *tjeckiska regeringen* förespråkar ett nekande svar på den första frågan. Den har pekat på att direktivet inte uttryckligen nämner arbetstagarens rätt att ta ut semester under en sjukperiod, vilket innebär att det är gemenskapslagstiftarens avsikter som är avgörande för hur den första frågan skall besvaras. Det avgörande är om arbetstagarens rätt till betald årlig semester måste respekteras helt i samtliga medlemsstater, oberoende av gällande rätt. Så är emellertid inte fallet. Rätten till semester gäller endast inom ramen för den konkreta lagstiftningen i respektive medlemsstat, eftersom målet med direktivet kan uppnås på olika sätt. De frågor som uppkommit i förevarande mål berör inte frågan huruvida det finns en rätt till betald årlig semester utan endast villkoren för hur denna semester beviljas, vilket endast skall regleras i nationell rätt.

23. Enligt den *slovenska regeringen* måste frågan behandlas i ljuset av syftet med den årliga semestern, det vill säga det kort- och långsiktiga skyddet för arbetstagarens hälsa. Direktivets mål framgår av skälen men även av domstolens rättspraxis, enligt vilken rätten till årlig semester är en särskilt viktig princip inom socialrätten som det endast är möjligt att avvika från under de förutsättningar som anges i direktivet. Enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88 är det inte möjligt för en arbetstagare, som under en obestämd tid är frånvarande från arbetet på grund av sjukdom, att definiera denna frånvaro som årlig semester och det är inte heller möjligt att ta ut den årliga semestern under sjukledigheten, eftersom syftet med årlig semester och sjukledighet ömsesidigt utesluter varandra.

24. Enligt *Förenade kungarikets regering* är syftet med artikel 7 i direktiv 2003/88 att skydda hälsan för dem som faktiskt arbetar genom att garantera semester. Arbetstagare

som inte arbetar har i slutändan inte någon nytta av semestern, varmed man måste ställa sig frågan ”semester från vad”?

25. I själva verket handlar frågan om årlig semester under sjukdomsperioden om att upprätthålla lönenivån, då lönen under semester är högre än sjukersättningen vid sjukdom. Denna ekonomiska aspekt är emellertid inte relevant i förhållande till målet med direktivet att skydda arbetstagarnas hälsa. Utbetalningen av semesterersättning till en arbetstagare som redan är frånvarande på grund av sjukdom medför en oberättigad fördel för arbetstagaren och en orättmätig ekonomisk belastning för arbetsgivaren. Dessutom skulle en skyldighet att betala en sådan ersättning kunna medföra den oönskade effekten att arbetsgivaren vid långvarig sjukdom valde att säga upp ett anställningsförhållande för att undvika den ekonomiska risk som detta innebär.

26. Den *italienska* och *den polska regeringen* samt *kommissionen* företräder en något mer nyanserad position.

27. Den *italienska regeringen* har anfört att artikel 7 i direktiv 2003/88 skall tolkas så, att en arbetstagare som på grund av sjukdom är frånvarande från arbetet under obestämd tid har rätt att även under det löpande året ta ut semester, eftersom det inte vore förenligt med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna om rätten till semester förföll trots att arbetstagarens frånvaro var berättigad av hänsyn till hans hälsa. Den italienska regeringen hänvisar till domstolens rättspraxis, enligt vilken det är oundvikligt att semester vid slutet av det innevarande året förs över till efterföljande kalenderår, om olika semesterperioder som tillhandahålls på grund av olika gemenskapsrättsliga bestämmelser läggs samman. Eftersom syftet med den årliga semestern och sjukledighet är olika, är det uteslutet att arbetstagaren tar ut årlig semester under pågående sjukledighet.

28. Den *polska regeringen* anser att den första frågan måste prövas i ljuset av målen med och principerna i direktiv 2003/88. Syftet med att befria arbetstagaren från hans arbetsplikt av hälsoskäl är ett annat än syftet med den årliga semestern. I det första fallet befrias arbetstagaren från arbetsplikten för att han genom att tillfriskna skall kunna återfå sin arbetsförmåga. I det andra fallet beviljas arbetstagaren en befrielse från arbetsplikten för att kunna återhämta sig fysiskt och fortsätta arbeta som vanligt. Den polska regeringen har av detta dragit slutsatsen att artikel 7.1 i direktiv 2003/88 skall tolkas så, att en arbetstagare som är sjukledig inte under samma period kan utnyttja sin årliga semester.

29. Enligt *kommissionens* uppfattning måste man vid tolkningen av direktivet ta hänsyn till dess mål att förbättra arbetstagarnas levnads- och arbetsförhållanden. Kommissionen anser att ett jakande svar på den första frågan medför vissa risker för arbetstagarnas rättigheter. I ljuset av det faktum att sjukersätt-

ningen är lägre än arbetstagarnas genomsnittliga löneinkomster, går det inte att utesluta att en sjuk arbetstagare av ekonomiska skäl kan välja att ansöka om betald årlig semester.

30. Kommissionen anser dessutom att det är ologiskt att tillåta att en arbetstagare lägger ut årlig semester vid en tidpunkt när denne återhämtar sig från en sjukdom eller en olycka. Därutöver anser kommissionen att syftet med den årliga semestern, nämligen att arbetstagaren skall få en möjlighet att återhämta sig, endast kan säkerställas om olika perioder av ledighet följer på varandra eftersom det annars finns en fara för att arbetstagaren, till exempel efter påtryckningar från arbetsgivaren, väljer att i stället för sjukledighet ta ut den årliga semestern.

31. Den *nederländska regeringen* har i sitt muntliga yttrande ifrågasatt om direktiv 2003/88 överhuvudtaget är tillämpligt när arbetstagare på grund av sjukdom är frånvarande från arbetet, eftersom dessa inte är adressater för föreskriften. Tillämpningsområdet för direktiv 2003/88 är begränsat till att endast omfatta aktiva arbetstagare, vilket innebär att nationella bestämmelser är tillämpliga i förevarande mål. Mångfalden av nationella regleringar i medlemsstaterna innebär emellertid att det inte går att dra några allmängiltiga slutsatser om rättigheterna för sjuka arbetstagare.

B — *Den andra frågan*

32. *Klagandena* anser att rätten till semesterersättning enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88 inte får minskas om arbetstagaren har varit frånvarande från arbetet på grund av sjukdom under hela eller delar av det år under vilket anställningen upphörde.

33. För säkerhets skull har klagandena gjort gällande att rätten till semesterersättning enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88 inte är knuten till några särskilda kriterier.

34. Den *belgiska regeringen* anser, precis som vid den första frågan, att även den andra frågan skall besvaras med hänsyn till direktivets syfte, vilket är att förbättra arbetsförhållandena för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Arbetstagarens hälsa och säkerhet riskeras inte längre efter det att anställningsförhållandet har upphört. Den belgiska regeringen anser därför att den andra frågan skall besvaras nekande i den mån som förutsättningarna och förfarandet vid ekonomisk kompensation inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, utan skall regleras i nationell lagstiftning eller praxis.

35. Även den *tjeckiska regeringen* har med hänvisning till direktivets mål gjort gällande att den andra frågan skall besvaras nekande. Enligt artikel 2 i direktiv 2003/88 definieras ”arbetstid” som all tid då arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande samt därvid utför aktiviteter eller uppgifter, och som viloperiod varje period som inte är arbetstid. Den omständigheten att arbetstagaren under sin sjukledighet till exempel inte tillerkänns några dagliga pauser i arbetet visar att varje beviljande av en viloperiod är beroende av att arbetstagaren arbetar eller står till arbetsgivarens förfogande. Därför finns det under en sjukledighet inte heller några anspråk på semester för denna frånvaroperiod och därmed inte heller någon rätt till ersättning. Följaktligen föreligger enligt direktivet inga förutsättningar för en eventuell rätt till ersättning för semester som inte kunde tas ut på grund av sjukdom, även om direktivet inte skulle strida mot en motsvarande nationell bestämmelse.

36. Även den *slovenska regeringen* anser att den andra frågan skall besvaras nekande. Den har hänvisat till sina argument i samband med den första frågan och har tillagt att arbetstagaren enligt direktivet inte garanteras en rätt till ekonomisk ersättning för sin semester. Medlemsstaterna kan visserligen införa bestämmelser om detta, och en jämförelse mellan Förenade kungariket och Slovenien visar att medlemsstaterna har reglerat detta på olika sätt. Om en medlemsstat inför bestämmelser om en sådan ersättning skall ersättningen emellertid endast beräknas enligt nationella bestämmelser.

37. *Förenade kungarikets regering* har, med avseende på den andra frågan, hänvisat till att ett – nekande – svar på den andra frågan måste följa av svaret på den första frågan. Eftersom det inte finns någon rätt till semester under hela den relevanta period som arbetstagaren är frånvarande på grund av sjukdom, är det logiskt att det i detta fall inte heller finns någon rätt till ersättning. Dessutom är det enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88 visserligen tillåtet för medlemsstaterna att införa bestämmelser om ersättning för semester som inte har utnyttjats, men det finns ingen sådan förpliktelse. Det ankommer således uteslutande på medlemsstaterna att reglera förfarandet för en eventuell ersättning.

38. Enligt den *italienska regeringen* följer svaret på den andra frågan av dess argument i samband med den första frågan. Enligt den italienska regeringen har arbetstagaren alltid en rätt till semesterersättning som kompensation för den betalda årliga semester som han under det löpande året på grund av sjukdom inte kunnat utnyttja innan arbetsförhållandet upphörde. Beräkningen av storleken på semestersättningen måste ta hänsyn till hur många månader som arbetstagaren arbetade i anslutning till semesterperioderna. I samband med detta skall perioder av sjukledighet likställas med de perioder då arbetstagaren var i tjänst.

39. Den *polska regeringen* har hänvisat till att rätten till semesterersättning ersätter rätten

till årlig semester. Den årliga semestern omvandlas när anställningsförhållandet upphör till en rätt till ersättning för semester som inte har utnyttjats. Artikel 7.2 i direktiv 2003/88 skall därför tolkas så, att arbetstagaren har en rätt till ersättning för den tid under vilken han erhållit en rätt till betald årlig semester.

40. Enligt *kommissionen* föreskrivs det i direktiv 2003/88 att arbetstagaren har rätt till ekonomisk kompensation för förlusten av årlig semester som arbetstagaren inte har kunnat utnyttja innan anställningsförhållandet upphörde. Frånvaro från arbetet på grund av omständigheter som arbetstagaren inte kunde råda över, som sjukdom och olycksfall, måste anses som arbetstid och därmed beaktas vid beräkningen av ersättningen för årlig semester. Vidare har medlemsstaterna enligt direktivet inte befogenhet att begränsa eller avskaffa denna rättighet för arbetstagaren. Kommissionen anser därför att arbetstagaren har rätt till semesterersättning trots sin sjukledighet.

41. Avseende storleken på semesterersättningen i det enskilda fallet anser kommissionen att denna ersättning, i den mån som ett anspråk överhuvudtaget har uppstått, skall beräknas på samma sätt som arbetstagarens lön.

VI — Rättslig bedömning

A — *Den första frågan*

1. Inledande anmärkningar

42. Med den första frågan tar House of Lords upp ett problem med tolkningen av artikel 7.1 i direktiv 2003/88, som berör omfattningen av den rätt till betald årlig semester som arbetstagare har enligt denna bestämmelse. Rent konkret handlar det om frågan huruvida arbetstagare som på grund av sjukdom är oförmögna att arbeta enligt gemenskapsrätten i princip har rätt till betald årlig semester och om de i förekommande fall även kan göra denna rätt gällande med avseende på tidsperioder under vilken de är sjuklediga.

43. Frågeställningen berör två aspekter av rätten till betald årlig semester som jag anser att man måste skilja åt. För det första handlar det om huruvida denna rätt föreligger eller inte. För det andra handlar det om villkoren för dess praktiska tillämpning. För att göra framställningen klarare är det lämpligt att behandla de två aspekterna efter varandra.

44. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen bett om ett klart svar på frågan

huruvida gemenskapsrätten ger arbetstagare vissa rättigheter. Emellertid uppkommer indirekt även frågan vilka krav som ställs på den nationella lagstiftningen enligt direktiv 2003/88 för att dessa arbetstagarrättigheter skall tillgodoses. Följaktligen kommer den följande rättsliga analysen att handla om hur begreppet ”i enlighet med vad som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis angående rätten till och beviljandet av en sådan semester” i artikel 7.1 i direktiv 2003/88 skall tolkas.

45. Vad gäller kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna avseende säkerställandet av rätten till betald årlig semester vill jag påpeka att gemenskapslagstiftaren genom att utfärda direktiv 2003/88 har använt sig av ett rättsligt verktyg som enligt artikel 249 tredje stycket EG visserligen ger medlemsstaterna ett visst handlingsutrymme vad gäller valet av form och tillvägagångssätt för genomförandet men samtidigt begränsar deras handlingsfrihet då direktivet är bindande för varje medlemsstat med avseende på det resultat som skall uppnås. [5] Den nationella lagstiftaren har således stor, om än inte obegränsad, frihet vid utformningen av rätten till betald årlig semester. [6] Vid uppfyllandet av förpliktelsen att genomföra artikel 7 måste medlemsstaterna således ta hänsyn till målen med direktiv 2003/88.

2. Rätten till betald årlig semester som grundläggande social rättighet

46. För att kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar är det enligt min mening nödvändigt att tillämpa ett brett perspektiv och undersöka rätten till betald årlig semester såväl mot bakgrund av gemenskapens sekundärrätt som i det större sammanhanget med de grundläggande sociala rättigheterna.

47. I fråga om målet med direktiv 2003/88 följer det av artikel 137 EG, som utgör den rättsliga grunden för detta direktiv, av skälen 1, 4, 7 och 8 i direktivet samt av själva ordalydelsen i artikel 1.1 att minimikrav i syfte att främja förbättringar av arbetstagares levnadsstandard och arbetsvillkor genom tillnärmning av nationella bestämmelser om bland annat arbetstid skall föreskrivas genom direktivet. [7] Harmoniseringen på gemenskapsnivå av arbetstidens förläggning

5 — Se domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 73), punkt 73, där domstolen konstaterade att ”medlemsstaterna … [är] skyldiga att, inom ramen för den valfrihet de åtnjuter enligt artikel [249 EG], välja de former och tillvägagångssätt som är bäst lämpade för att säkerställa direktivens ändamålsenliga verkan med hänsyn till deras syfte”.

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

7 — Dom av den 26 juni 2001 i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881), punkt 37, av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389), punkterna 45 och 47, av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 91, och av den 1 december 2005 i mål C-14/04, Dellas m.fl. (REG 2005, s. I-10253), punkt 40.

syftar till att säkerställa ett bättre skydd av arbetstagarnas säkerhet och hälsa genom att låta dem åtnjuta viloperioder av viss minimilängd per dag, per vecka och per år samt adekvata raster och genom att föreskriva en högsta tillåten veckoarbetstid. [8]

48. Vid tolkningen av artikel 7 i direktiv 2003/88 skall även beaktas att rätten till betald årlig semester inte för första gången fastställdes genom bestämmelserna i direktiv 2003/88, utan sedan länge hör till de grundläggande sociala rättigheter som erkänns inom folkrätten, oberoende av hur lång semester som garanteras. På internationell nivå återfinns denna grundläggande rättighet till exempel i artikel 24 i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, [9] enligt vilken envar ”har rätt till vila och fritid, innefattande rimlig begränsning av arbetstiden och regelbunden semester med bibehållen lön”. Även i artikel 2.3 i den europeiska sociala stadgan [10] samt i artikel 7 d i FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter [11] återfinns denna rättighet som ett uttryck för envars rätt till rättvisa och skäliga arbetsförhållanden.

49. Inom den internationella arbetsorganisationen (ILO), FN:s fackorgan, har rätten till betald minimisemester reglerats genom två multilaterala konventioner, senast genom konvention nr 132, [12] som trädde i kraft den 30 juni 1973 och som ändrade den dittills gällande konventionen nr 52. [13] Dessa konventioner innehåller föreskrifter som är tvingande för konventionsstaterna avseende förverkligandet av denna grundläggande sociala rättighet i deras rättsordningar.

50. Denna mångfald av internationella rättsakter skiljer sig såväl i fråga om innehåll som i fråga om rättslig betydelse eftersom det i vissa fall rör sig om folkrättsliga avtal och

8 — Dom av den 3 oktober 2000 i mål C-303/98, Simap (REG 2000, s. I-7963), punkt 49, samt domarna i målen BECTU (ovan fotnot 7), punkt 38, och Jaeger (ovan fotnot 7), punkt 45, dom av den 12 oktober 2004 i mål C-313/02, Wippel (REG 2004, s. I-9483), punkt 47, och domen i målet Dellas m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 41.

9 — Allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, antagen av FN:s generalförsamling i resolution 217 A III den 10 december 1948.

10 — Den europeiska sociala stadgan undertecknades den 18 oktober 1961 i Turin av medlemsstater i Europarådet och trädde i kraft den 26 februari 1965. Enligt artikel 2.3 i stadgan har parterna för att trygga den enskilde arbetstagarens rätt till skäliga arbetsvillkor åtagit sig att se till att en årlig betald semester om minst två veckor införs.

11 — FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter av den 19 december 1966, enhälligt antagen av generalförsamlingen. Enligt artikel 7 d ”[erkänner] konventionsstaterna … rätten för envar att åtnjuta rättvisa och gynnsamma arbetsvillkor, som i synnerhet skall säkerställa … vila, fritid, skälig begränsning av arbetstiden, periodisk betald semester samt lön på allmänna helgdagar”.

12 — ILO-konvention (nr 132) om semester (reviderad 1970), antagen av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens den 24 juni 1970. Konventionen trädde i kraft den 30 juni 1973 (för Sveriges del den 7 juni 1979; SÖ 1978:7).

13 — ILO-konvention (nr 52) om semester, antagen av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens den 24 juni 1936. Konventionen trädde i kraft den 22 september 1939. Denna konvention ersattes av konvention (nr 132) om semester, men förblev öppen för ratificering.

i andra fall endast är fråga om högtidliga deklarationer som inte är rättsligt bindande. [14] Även den personkrets som avses skiljer sig åt mellan dessa rättsakter, vilket innebär att de olika rättsakterna inte ger rättigheter till samma grupp av personer. Till detta kommer att de avtalsslutande parterna i egenskap av adressater för rättsakterna ofta förfogar över ett stort handlingsutrymme vid genomförandet av dem, vilket innebär att enskilda som omfattas av rättsakterna inte kan åberopa dem direkt. Det är dock talande att rätten till betald semester i alla dessa internationella rättsakter entydigt räknas till arbetstagarnas grundläggande rättigheter.

51. Enligt min uppfattning är det desto viktigare att karaktären av grundläggande rättighet i fråga om rätten till betald årlig semester sannolikt har bekräftats på det mest kvalificerade och slutgiltiga sättet genom att rättigheten har förts in i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [15]. [16] Enligt artikel 31.2 i stadgan skall nämligen ”[v]arje arbetstagare [ha] rätt till en begränsning av den maximala arbetstiden samt till dygns- och veckovila och årlig betald semester”. Bestämmelsen har sitt ursprung i artikel 2.3 i Europarådets sociala stadga samt i punkt 8 i den sociala stadgan om arbetstagarnas sociala grundrättigheter, [17] och direktiv 93/104, föregångardirektivet till direktiv 2003/88, har enligt vad som framgår av presidiets sekretariats yttranden bevisligen haft ett avgörande inflytande. [18]

52. I artikel 31.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna fastställs således att rätten till betald årlig semester är en allmän mänsklig rättighet. [19] Stadgan om de grundläggande rättigheterna är visserligen, precis som vissa av de internationella rättsakter som

14 — Se Zuleeg, M., ”Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft”, i Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1992, nr 15/16, s. 331. Författaren pekar på att rättsakter som inte är rättsligt bindande, som gemenskapens stadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, i första hand är allmänna policydokument. De får en rättslig betydelse endast om domstolar tillämpar dem för tolkning eller rättskipning. Balze, W., ”Überblick zum sozialen Arbeitsschutz in der EU”, i Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, supplement 38, 1998, punkt 4, har med rätta konstaterat att även om gemenskapens stadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter inte är juridiskt bindande i egenskap av högtidlig förklaring, var den ändå en avgörande utlösande faktor för kommissionens handlingsprogram för uppföljning av gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter av den 28 november 1989, som antogs i slutet av år 1989. Handlingsprogrammet omfattade sammanlagt 23 konkreta förslag till direktiv, bland annat skydd för arbetstagares säkerhet och hälsa, som i allt väsentligt hade genomförts under perioden fram till år 1993. Av detta följer att även en högtidlig förklaring i egenskap av inspirationskälla för lagstiftaren kan få betydelse för förverkligandet av de grundläggande sociala rättigheter som proklamerats genom förklaringen.

15 — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1).

16 — Generaladvokaten Tizzano kom till samma slutsats i sitt förslag till avgörande i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 26.

17 — Gemenskapens stadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter antogs i Strasbourg den 9 december 1989 av medlemsstaternas stats- och regeringschefer. I punkt 8 i stadgan anges följande: ”Varje arbetstagare i gemenskapen skall ha rätt till en viloperiod varje vecka och till en årlig betald semester vars längd gradvis bör harmoniseras i enlighet med nationell praxis.” Eichenhofer, E., i Dauses, M.A., utg.: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 2004, band 1, D. III., punkterna 38 och 39, talar i detta sammanhang uttryckligen om rätten till årlig betald semester som en ”grundläggande social rättighet” i gemenskapsstadgan.

18 — Se, i detta avseende, Rengeling, H.-W., *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln 2004, punkt 1016, s. 812.

19 — Riedel, E., Charta der Grundrechte der Europäischen Union (utg. Jürgen Meyer), andra upplagan, Baden-Baden 2006, artikel 31, punkt 20. Författaren anser att betydelsen av artikel 31.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna framför allt består i det faktum att den fastställer en social miniminivå genom att principerna om begränsning av arbetstidens längd, dagliga viloperioder och viloperioder som skall beviljas varje vecka, såväl vid skiftarbete som vid varierande arbetstider, och årlig semester utan tvekan föreskrivs som mänskliga rättigheter som tillkommer alla.

nämnts ovan, inte rättsligt bindande och skall i första hand ses som en politisk viljeförklaring. Jag anser emellertid ändå att det vore fel att inte tillmäta stadgan någon som helst betydelse vid tolkningen av gemenskapsrätten. [20] Oberoende av frågan om stadgans slutgiltiga rättsliga status inom Europeiska unionens rättsordning, som fortfarande kvarstår att lösa, utgör stadgan nämligen redan i dag en konkret framställning av europeiska gemensamma grundläggande värderingar. [21]

53. Därutöver återspeglas i stadgan en stor del av medlemsstaternas konstitutionella traditioner. Efter vad jag kan se finns det i fråga om rätten till betald årlig semester absolut stöd för denna slutsats eftersom artikel 31.2 i stadgan har flera medlemsstaters konstitution som förebild. [22] I en tvist om karaktären och räckvidden av en sådan grund-

20 — Denna uppfattning presenterade jag senast i mitt förslag till avgörande av den 3 maj 2007 i mål C-62/06, Z.F. Zefeser, där domstolen meddelade dom den 18 december 2007 (REG 2007, punkt 54 och fotnot 43, med avseende på rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 47 i stadgan om grundläggande rättigheter. Se även tidigare förslag till avgörande från generaladvokaten Tizzano i målet BECTU (ovan fotnot 16), punkt 28, och generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 10 juli 2001 i mål C-353/99 P, rådet mot Hautala, där domstolen meddelade dom den 6 december 2001 (REG 2001, s. I-9565), punkterna 73–86. Även domstolen tillämpar i allt större utsträckning bestämmelserna i stadgan om grundläggande rättigheter, senast i dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (REG 2006, s. I-5769), punkt 38, i vilken domstolen åberopade hänvisningen till stadgan i skälen i det omtvistade direktivet, av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 37, och av den 3 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633), punkt 46.

21 — Se, i detta avseende, Poiares Maduro, M., ”The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights”, i Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional, Madrid 2004, s. 306, Schmitz, T., ”Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Konkretisierung der gemeinsamen europäischen Werte”, i Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, Berlin 2005, s. 85, samt Beyer, U., Oehme, C. och Karmrodt, F., ”Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht”, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, nr 34, november 2004, s. 14. García Perrote Escartín, I., ”Sobre el derecho de vacaciones”, i Scritti in memoria di Massimo D’Antona, band 4 (2004), s. 3586, ger uttryck för antagandet att rätten till betald semester, enligt artikel 40.2 i den spanska konstitutionen, är ett uttryck för samtliga internationella rättsakter om skyddet för grundläggande rättigheter. Han anser att dessa rättsakter tillsammans har bidragit till framväxten av ett universellt eller till och med ett specifikt europeiskt medvetande om existensen av denna grundläggande sociala rättighet.

22 — Enligt gemenskapsrätten ankommer det i första hand på medlemsstaterna att reglera området för arbetsvillkor. Flera länders konstitutioner innehåller garantier avseende arbetsförhållanden som avser arbetstagarnas rätt till vila. I artikel 11.5 i Luxemburgs konstitution och artikel 40.2 i den spanska konstitutionen åläggs staten en skyldighet att skapa sunda arbetsförhållanden och säkerställa respektive ombesörja att arbetstagarna får vila (se González Ortega, S., ”El disfrute efectivo de la vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad”, Revista española de derecho europeo, nr. 11 (2004), s. 423 och följande sidor). En utförligare bestämmelse som är mer lik formuleringen i artikel 31 i stadgan om de grundläggande rättigheterna återfinns i artikel 36 i den italienska konstitutionen, i vilken det bland annat föreskrivs en rätt till en dags vila i veckan och en betald årlig semester. Portugals konstitution verkar ha varit en av förebilderna för stadgans bestämmelser, då artikel 59.1 d i konstitutionen innehåller en rätt till vila och fritid, en begränsning av arbetsdagens längd, en viloperiod varje vecka samt regelbunden, betald semester (jämför Vieira De Andrade, J.C., ”La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique du Portugal”, La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l’Union européenne – Étude de droit comparé, Aten, Bryssel och Baden-Baden, 2000, s. 677). I de flesta av Europeiska unionens gamla medlemsstater regleras rätten till en betald årlig minimisemester i vanlig lagstiftning som återspeglar de relevanta sekundärrättsliga föreskrifterna i direktiven i den mån som gemenskapsrättens tillämpningsområden berörs. Däremot uppvisar de nya medlemsstaterna med undantag för Cypern en förhållandevis omfattande reglering av denna rättighet. Detta gäller till exempel för artikel 36 f i den slovakiska konstitutionen, artikel 66.2 i den polska konstitutionen, artikel 70/B fjärde stycket i den ungerska konstitutionen, artikel 107 i den lettiska konstitutionen och artikel 49.1 i den litauiska konstitutionen, som samtliga föreskriver rätt till betald årlig minimisemester. Arbetsvillkor i allmänhet nämns i den slovenska konstitutionen (artikel 66), den tjeckiska konstitutionen (artikel 28) och i den estniska konstitutionen (artikel 29.4) (jämför Riedel, F., ovan i fotnot 20 anfört arbete, artikel 31, punkterna 3 och 4).

läggande rättighet som den som det är fråga om i detta mål går det således att tillämpa de grundläggande idéerna i artikel 31.2 i stadgan vid tolkningen av artikel 7 i direktiv 2003/88. [23]

3. Rätten till betald årlig minimisemester enligt gemenskapsrätten

a) Gemenskapens behörighet att fastställa omfattningen av skyddet enligt bestämmelsen

54. Domstolen har erkänt rätten till betald semester och fastställt att ”[a]rbetstagarens rätt till en årlig betald semester måste betraktas som en princip av särskild betydelse i den gemenskapsrättsliga arbetsrätten. Undantag från denna princip får därmed inte göras och de behöriga nationella myndigheterna får endast verkställa principen inom de gränser som uttryckligen uppställs i [direktiv 93/104].” [24] Bestämmelserna i artikel 7 i direktiv 2003/88 har utformats som en regel enligt vilken arbetstagaren skall få åtnjuta en faktisk viloperiod, i syfte att säkerställa ett effektivt skydd av arbetstagarens säkerhet och hälsa. [25]

55. Enligt rättspraxis spelar medlemsstaterna en avgörande roll vid genomförandet av denna rättighet då de, vid genomförandet av artikel 7.1 i direktiv 2003/88, skall anta de nödvändiga nationella genomförandebestämmelserna. [26] Detta gäller även för fastställandet av villkoren för utnyttjandet av rätten till årlig semester och utfärdandet av tillämpningsföreskrifter avseende denna rätt, varvid medlemsstaterna får ange under vilka konkreta omständigheter som arbetstagarna kan utnyttja rätten till årlig semester, som de har med hänsyn till fullgjorda anställningsperioder i deras helhet. [27]

56. Hänvisningen till nationell lagstiftning i artikel 7.1 i direktiv 2003/88 har som särskilt syfte att göra det möjligt för medlemsstaterna att skapa rambestämmelser i vilka de organisatoriska och processuella aspekterna av semesteruttag regleras, såsom planering av

23 — Enligt den uppfattning som företräds av Smismans, S., ”The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights”, Social Rights in Europe (Gráinne de Búrca och Bruno de Witte, utg), Oxford 2005, s. 229, kommer frågan om förhållandet mellan artikel 7 i direktiv 2003/88 och de grundläggande rättigheterna, särskilt artikel 31.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, inte att kunna undvikas i förfaranden vid domstolen. Enligt Krebber, S., ”Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag” (Christian Calliess och Matthias Ruffert, utg.), första upplagan, Neuwied 1999, Artikel 136 EG, punkt 35, s. 1365, ger den europeiska sociala stadgan och gemenskapens stadga viktig vägledning vid tolkningen av arbetsrättsliga begrepp på gemenskapsnivå. Stärker, L., Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie, Wien 2006, s. 81, anser till och med att artikel 31.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna har normativ karaktär och hänvisar till att det i denna bestämmelse föreskrivs att betald årlig semester skall regleras. Enligt Benedetti, G., ”La rilevanza giuridica della Carta Europea innanzi alla Corte di Giustizia: il problema delle ferie annuali retribuite”, i Carta Europea e diritti dei privati, 2000, s. 128 och s. 129, kan stadgan om grundläggande rättigheter inte ignoreras vid en tvist om omfattningen av rätten till betald årlig minimisemester, eftersom stadgan innehåller uttalanden som återspeglar medlemsstaternas konstitutionella traditioner. Stadgan fungerar i detta avseende som en referenspunkt respektive ett hjälpmedel vid tolkningen av gemenskapsrätten.

24 — Dom av den 6 april 2006 i mål C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging (REG 2006, s. I-3423), punkt 28, domen i målet Dellas m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 49, dom av den 18 mars 2004 i mål C-342/01, Merino Gómez (REG 2004, s. I-2605), punkt 29, och domen i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 43.

25 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 44.

26 — Domstolens dom av den 16 mars 2006 i de förenade målen C-131/04 och C-257/04, Robinson-Steele (REG 2006, s. I-2531), punkt 57.

27 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 53.

semesterperioden, eventuell skyldighet för arbetstagaren att i förväg underrätta arbetsgivaren om den semesterperiod han önskar utnyttja, fastställande av en viss kortaste arbetsperiod som skall ha föregått semesteruttag, villkor för proportionell beräkning av rätten till årlig semester när anställningsförhållandet har varat kortare tid än ett år och så vidare. [28] Det är dock alltid fråga om just åtgärder som syftar till att fastställa villkoren för att utnyttja rätten till semester och för att bevilja semester, vilka är tillåtna enligt direktiv 2003/88.

57. I mitt förslag till avgörande i målet Schultz-Hoff har jag redan visat [29] att det är nödvändigt att skilja mellan dessa villkor för genomförandet och de nationella bestämmelser som avser själva rätten till en årlig minimisemester, såsom till exempel bestämmelser om förvärvande av rätten till semester respektive förlusten av rätten till semester. Till skillnad från de verkställighetsföreskrifter som anförts som exempel ovan, avseende arbetstagarens skyldighet att meddela arbetstagaren när han önskar ta ut sin årliga semester, vilken endast fyller en koordineringsfunktion inom ramen för företagets semesterplanering, rör frågan som är aktuell i den här tvisten, nämligen huruvida en arbetstagare som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom har en principiell rätt till betald årlig semester, själva förekomsten av denna grundläggande rättighet.

28 — Se kommissionens utförliga förklaringar i målet BECTU, som generaladvokaten Tizzano tog upp i sitt förslag till avgörande i samma mål (ovan fotnot 16), punkt 34.

29 — Se punkterna 45–49 i mitt förslag till avgörande i målet Schultz-Hoff.

58. Här handlar det inte längre om ett beslut avseende hur den betalda årliga semestern genomförs, [30] eller det konkreta genomförandet av denna rätt, utan om att fastställa räckvidden av en gemenskapsrättslig bestämmelse, nämligen artikel 7.1 i direktiv 2003/88.

59. Om denna bestämmelse tolkades så, att en arbetstagare som på grund av sjukdom är oförmögen att arbeta inte alls har rätt till betald årlig semester, skulle detta innebära att vissa arbetstagare saknar rätt till betald årlig semester till följd av att den skyddade personkretsen begränsas. [31]

60. Som en konsekvens av harmoniseringen på detta område inom den sociala arbetsskyddsrätten, som enligt artikel 137.2 b EG, i dess egenskap av rättslig grund för direktiv 2003/88, är ett mål som eftersträvas inom gemenskapen, är det emellertid numera gemenskapen som är behörig att fastställa

30 — I domen i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 61, konstaterade domstolen att direktiv 93/104 inte hindrar medlemsstaterna från att ”anpassa de närmare bestämmelserna om utövande av rätten till årlig betald semester genom att exempelvis reglera på vilket sätt arbetstagare kan ta ut den semester som de har rätt till under de första veckorna av sin anställning”.

31 — Just detta är emellertid inte tillåtet för medlemsstaterna (se domen i målet BECTU, ovan fotnot 7, punkt 52). Medlemsstaterna får inte ensidigt införa en begränsning av den rätt till årlig betald semester som alla arbetstagare har genom att tillämpa ett villkor för den nämnda rättigheten som har som verkan att vissa arbetstagare inte kommer i åtnjutande av denna rättighet.

omfattningen av denna rättighet. Om medlemsstaterna var behöriga, skulle det vara praktiskt omöjligt att säkerställa en jämförbar skyddsnivå inom hela gemenskapen och därmed säkerställa målet med harmoniseringen. [32] Av denna anledning kan den belgiska och den tjeckiska regeringens argument, enligt vilka rätten till årlig semester för en arbetstagare som är oförmögen att arbeta på grund av sjukdom hör till genomförandebestämmelserna för beviljandet av semester och därmed omfattas av medlemsstaternas regleringskompetens, inte godtas.

b) Den skyddsnivå som säkerställs genom gemenskapsrätten

61. Jag anser att det även är viktigt att erinra om att medlemsstaternas handlingsfrihet i fråga om införandet av inhemska genomförandebestämmelser är begränsad. Syftet med införandet av minimibestämmelserna i artikel 137.2 b EG är nämligen att genom gemenskapsrätten säkerställa en viss minsta skyddsnivå som inte får underskridas av medlemsstaterna. I domen i målet Förenade kungariket mot rådet [33] förklarade domstolen i fråga om begreppet ”minimikrav”, i den mening som avses i artikel 118a i EG-fördraget som tidigare var rättslig grund, att enligt denna bestämmelse begränsas inte gemenskapens åtgärder till minsta gemensamma nämnare, det vill säga till det minsta skydd som föreskrivs i de olika medlemsstaterna, utan bestämmelsen innebär att medlemsstaterna fritt kan införa ett bättre skydd än det, i förekommande fall, omfattande skydd som följer av gemenskapsrätten.

62. Denna tolkning bekräftas av ordalydelsen i artikel 136 EG. Enligt denna bestämmelse skall socialpolitikens mål vara att ”förbättra levnads- och arbetsvillkor”. Detta mål skall uttryckligen uppnås genom en harmonisering ”samtidigt som förbättringarna bibehålls”. [34] För att uppnå detta mål, som uppställs i primärrätten, ges medlemsstaterna enligt artikel 15 i direktiv 2003/88 möjlighet att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet. I artikel 23 i direktiv 2003/88 finns det en motsvarande bestämmelse avseende skyddsnivån. Där föreskrivs att, utan att det påverkar medlemsstaternas rätt att anta olika bestämmelser, så

32 — Artikel 137 EG är den viktigaste behörighetsgrundande bestämmelsen för antagandet av direktiv i kapitlet om sociala bestämmelser. I bestämmelsen finns vissa krav på inriktningen på harmoniseringen, som framgår av bestämmelsens första och andra stycken. Syftet med harmoniseringen är att främja att gemenskapen understöder och kompletterar medlemsstaternas verksamhet på de områden som anges i första stycket a–i. Till dessa områden hör enligt artikel 137.1 a skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Rättslig grund var innan artikel 118 i EG-fördraget. Även denna bestämmelse hade en i första hand socialpolitisk prägel och skilde sig således från den andra behörighetsbestämmelsen i EG-fördraget, artikel 100a (artikel 94 EG), som syftade till att uppnå den inre marknaden (se Krebber, S., ovan i fotnot 24 anfört arbete, artikel 137 EG, punkt 18, s. 1373).

33 — Domstolens dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade kungariket mot rådet (REG 1996, s. I-5755), punkt 56.

34 — Balze, W., ovan i fotnot 14 anfört arbete, supplement 38 1998, punkt 3.

länge de minimikrav som föreskrivs i detta direktiv följs skall tillämpningen av direktivet inte utgöra skäl att sänka den allmänna nivån för det skydd som erbjuds arbetstagarna. [35]

63. Den minsta skyddsnivå som gemenskapslagstiftaren har bestämt skall gälla avseende rätten till semester framgår av bestämmelserna i direktiv 2003/88. I detta sammanhang skall det konstateras att det i artikel 7.1 i direktiv 2003/88, till skillnad från vad som anförts av den nederländska regeringen, inte finns några begränsningar av rätten till semester och att nämnda direktiv definitivt inte skiljer på ”friska [arbetstagare] med arbetsförmåga” och arbetstagare som ”på grund av sjukdom är oförmögna att arbeta”. Av bestämmelsens ordalydelse framgår entydigt att medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som krävs för att se till att ”varje arbetstagare” får en årlig betald semester. Artikel 7.1 i direktiv 2003/88 ingår inte heller bland de bestämmelser från vilka undantag enligt artikel 17 i direktivet uttryckligen tillåts. [36]

c) Skyddsnivån enligt ILO-konventionen (nr 132) om semester.

64. Gemenskapslagstiftaren eftersträvar därmed i vart fall en rättslig skyddsnivå för de arbetstagare som på grund av sjukdom är oförmögna att arbeta som motsvarar skyddet i ILO-konventionen (nr 132) om semester. [37] Enligt artikel 3.1 i konventionen skall ”varje person” som omfattas av konventionen ha rätt till betald årlig semester.

65. I konventionen saknas, precis som i artikel 7.1 i direktiv 2003/88, undantagsbestämmelser till nackdel för arbetstagare som på grund av sjukdom är oförmögna att arbeta. Detta leder till slutsatsen att det skydd som gemenskapsrätten avser att garantera arbetstagarna, i enlighet med gemenskapslagstiftarens vilja, inte får vara lägre än den skyddsnivå som föreskrivs i folkrättsliga bestämmelser på arbetsrättens område. Det skulle

35 — Domen i målet Förenade kungariket mot rådet (ovan fotnot 33), punkt 42. Balze, W., ”Arbeitszeit, Urlaub und Teilzeitarbeit”, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, supplement 79 (oktober 2002), B 3100, punkt. 6, s. 9, tolkar bestämmelserna i direktivet om arbetstid som minimibestämmelser motsvarande artikel 137 EG, vilket skulle innebära att medlemsstaterna får införa eller behålla strängare arbetstidsbestämmelser. Enligt artikel 14 i direktiv 2003/88 skall direktivet inte tillämpas när andra gemenskapsinstrument innehåller särskilda mer detaljerade föreskrifter, oberoende av om de tillhandahåller en lägre skyddsnivå än arbetstidsdirektivet.

36 — Jämför domarna i målen Robinson-Steele (ovan fotnot 26), punkt 62, och BECTU (ovan fotnot 7), punkt 41. Se, i detta avseende, även Balze, W., ”Die Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung”, i Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, nr. 7 (1994), s. 207, som inte ser någon rätt att avvika från innehållet i denna bestämmelse.

37 — Jag vill i detta sammanhang erinra om att enligt skäl 6 i direktiv 2003/88 bör hänsyn tas till ILO:s principer när det gäller arbetstidens förläggning. Generaladvokaten Kokott har också påpekat detta i fotnot 8 i sitt förslag till avgörande av den 12 januari 2006 i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 24). En tolkning av artikel 2003/88 med tillämpning av de väsentliga principerna i ILO-konventionen (nr 132) om semester synes mig vara oundviklig mot bakgrund av det faktum att ILO:s bestämmelser utgör avgörande internationella normer inom arbetsrätten. Med ett förenklat synsätt skulle man kunna säga att de två rättsakterna i hög grad är identiska. Vid en närmare betraktelse går det emellertid inte att undgå att notera att några bestämmelser i direktiv 2003/88 går längre än de i ILO-konventionen (nr 132) om semester. Av denna anledning kan man med rätta hävda att direktiv 2003/88 utgör en gemenskapsrättslig vidareutveckling av konventionen (se Murray, J., ”Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared”,Haag, 2001, s. 185).

emellertid föreligga en risk för att denna skyddsnivå underskrids om en särskild kategori av arbetstagare helt fråntogs denna grundläggande sociala rättighet.

66. Att rätten till semester enligt bestämmelserna i ILO-konventionen (nr 132) om semester inte får villkoras med hänvisning till arbetstagarens arbetsförmåga framgår klart av ordalydelsen i artikel 5.4 i konventionen. Enligt denna bestämmelse skall ”frånvaro från arbetet av sådana skäl, varöver arbetstagaren ej råder, som sjukdom, skada eller havandeskap räknas in i tjänstetiden”. Dessutom föreskrivs i artikel 6.2 i konventionen att ”perioder av arbetsoförmåga till följd av sjukdom eller skada icke [får] räknas in i den minsta årliga semester[n]”.

67. Dessa bestämmelser skall, i enlighet med deras syfte, tolkas så, att rätten till semester inte får göras beroende av omständigheter som ligger utanför den berörde arbetstagarens kontroll, till exempel händelser som går att hänföra till naturen eller force majeure.

68. Bestämmelserna i ILO-konventionen (nr 132) om semester och direktiv 2003/88 överensstämmer således i allt väsentligt med den rättsliga grundsynen på hur rätten till semester erhålls. [38] Medlemsstaterna har en skyldighet att tolka dessa bestämmelser på ett sådant sätt och att ge den nationella lagstiftningen en sådan form att rätten till betald årlig semester inte villkoras av en arbetstagares arbetsförmåga.

69. Av de föregående övervägandena följer att en arbetstagare förvärvar en rätt till semester från första dagen av sin anställning och därefter inte förlorar denna rätt till semester om han på grund av sjukdom är oförmögen att arbeta. [39] Arbetstagaren har således rätt att under en framtida period, under vilken han annars skulle ha varit sjukledig, begära betald semester.

4. Det arbetsrättsliga förbudet mot negativa effekter i egenskap av hinder för utnyttjandet av rätten till betald minimisemester

70. Även om rätten till betald semester enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88 gäller för varje

38 — Därmed är det inte nödvändigt att undersöka i vilken mån som medlemsstaterna är bundna av motstridiga bestämmelser i ILO-konventionen (nr 132) om semester och direktiv 2003/88. Se, i detta avseende, generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande av den 24 januari 1991 i mål C-345/89, Stöckel (REG 1991, s. I-4047), punkt 11.

39 — Generaladvokaten Tizzano är uppenbarligen av en liknande åsikt. I sitt förslag till avgörande i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 58, ställde han sig tveksam till att nationella bestämmelser som hindrar arbetstagare från att tjäna in semester redan från den första arbetsdagen är förenliga med gemenskapsrätten.

arbetstagare, innebär detta inte att det är uteslutet att det faktiska utövandet av denna rätt i det enskilda fallet kan vara beroende av vissa förutsättningar, som syftar till att säkerställa att direktivets mål uppnås utan att rätten i sig ifrågasätts.

b) Tillämpligheten av de principer som utvecklats i rättspraxis

72. Denna princip ligger till grund för domstolens synsätt i domarna i målen Merino Gómez [41] och FNV [42].

a) Förbudet mot negativa effekter enligt ILO-konventionen (nr 132) om semester

71. Ur artikel 5.4 och artikel 6.2 i ILO-konventionen (nr 132) om semester går det att härleda ytterligare en viktig norm, nämligen att ledighet på grund av sjukdom inte får begränsa rätten till betald minsta årlig semester. [40] Genom att perioder av sjukdom likställs med tjänstgöringsperioder, eller genom att perioder då arbetstagaren är oförmögen att arbeta på grund av sjukdom eller en olycka inte får räknas in i den föreskrivna minsta årliga semestern, skall det förhindras att den årliga semestern sammanfaller med en period som egentligen är förbehållen sjukledigheten, som ju är en specifik art av ledighet. Detta förbud mot att olika former av ledighet tillämpas samtidigt innebär att hänsyn tas till att sjukledighet och årlig semester uppfyller olika funktioner och därmed juridiskt sett inte kan anses vara utbytbara.

73. Målet Merino Gómez gällde förhållandet mellan årlig semester och mammaledighet inom gemenskapsrätten. Rent konkret gällde målet frågan huruvida artikel 7.1 i direktiv 2003/88, artikel 11.2 a i direktiv 92/85/EEG [43] och artikel 5.1 i direktiv 76/207/EEG [44] skulle tolkas så, att en arbetstagare vars mammaledighet sammanfaller med de semesterperioder för samtlig personal som fastställts i kollektivavtal mellan arbetsgivaren och arbetstagarnas representanter hade rätt att förlägga sin årliga semester till en annan period än någon av de fastställda, vilken inte sammanföll med mammaledigheten. Domstolen konstaterade att syftet med rätten till en årlig semester inte är detsamma som syftet med rätten till mammaledighet. Den senare ledigheten syftar till att skydda

40 — Se, i detta avseende, även García Perrote Escartín, I., ovan i fotnot 22 anfört arbete, s. 3584 och s. 3595.

41 — Domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 24).

42 — Domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 24).

43 — Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

44 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

dels kvinnans biologiska tillstånd under och efter graviditeten, dels den särskilda relationen mellan kvinnan och hennes barn under den period som följer efter graviditeten och förlossningen. [45] Domstolen fastställde därför i sin dom att en kvinnlig arbetstagare skall ha rätt att förlägga sin årliga semester till en annan period än den som sammanfaller med mammaledigheten. [46]

74. Denna princip bekräftades i domen i målet FNV. I domen preciserade domstolen att om flera ledigheter som föreskrivs i gemenskapsrätten har ansamlats vid ett årsslut skall den årliga semestern ovillkorligen helt eller delvis överföras till påföljande år, [47] eftersom en ledighet som föreskrivs i gemenskapsrätten inte kan påverka rätten till en annan ledighet som föreskrivs i gemenskapsrätten. [48]

75. Även om en graviditet naturligtvis inte kan likställas med sjukdom, finns det likväl flera skäl som talar för att denna rättspraxis skall finna motsvarande tillämpning i fråga om förhållandet mellan årlig semester och sjukledighet. Liksom mammaledigheten är syftet med sjukledigheten att skydda arbetstagarens kroppsliga och själsliga integritet då arbetstagaren genom att befrias från arbetsplikten och ges en viloperiod får möjlighet att återhämta sig fysiskt och senare återinträda i tjänst. Till skillnad från den årliga semestern, som syftar till vila, till att skapa distans och till återhämtning, är syftet med sjukledighet uteslutande tillfrisknande och läkande, det vill säga att överkomma ett patologiskt tillstånd vars orsaker ligger utanför den drabbade arbetstagarens kontroll. [49]

76. I det avseendet anser jag, precis som den italienska och den polska regeringen, att det med beaktande av de principer som utvecklats av domstolen inte är möjligt att dra slutsatsen att sjukledighet och årlig semester får sammanfalla under samma period utan att de olika syftena med semestern och sjukledigheten ifrågasätts. I enlighet med den tanke som ligger till grund för den ovan nämnda praxisen, måste det vara förbjudet att bevilja sjukledighet och därigenom begränsa rätten till betald årlig semester, eftersom rätten till denna grundlagsskyddade rättighet annars skulle urholkas.

45 — Domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 24), punkt 31, domstolens dom av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl. (REG 1998, s. I-6401), punkt 41, av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibaut (REG 1998, s. I-2011), punkt 25, av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. 35), punkt 20, av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657), punkt 21, och av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkt 25.

46 — Domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 24), punkt 38.

47 — Domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 24), punkt 24, och dom av den 14 april 2005 i mål C-519/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2005, s. I-3067), punkt 33.

48 — Domarna i målen Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 24), punkt 24, kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 47), punkt 33, och Merino Gómez (ovan fotnot 24), punkt 41.

49 — González Ortega, S., ovan i fotnot 22 anfört arbete, s. 432, konstaterar att den första perioden av mammaledighet syftar till fysisk återhämtning respektive ett skydd för modern efter förlossningen. Denna period har således ett annat syfte än den efterföljande perioden av ledigheten, vars syfte är skötsel av barnet och främjandet av relationen mellan modern och barnet. Författaren drar paralleller mellan denna inledande period av mammaledighet och sjukledighet och argumenterar således för att rättspraxis om förhållandet mellan mammaledighet och övrig semester skall finna motsvarande tillämpning på förhållandet mellan sjukledighet och årlig semesterledighet.

c) Oförenlighet med syftet med artikel 7.1 i direktiv 2003/88

77. Utöver de betänkligheter som redan anförts ovan mot att tolka artikel 7.1 i direktiv 2003/88 så, att arbetstagaren har möjlighet att förlägga sin semester till perioden av sjukledighet, är ett ytterligare argument det faktum att en sådan tolkning vore oförenlig med målet med direktiv 2003/88, nämligen att säkerställa att skyddet för arbetstagarnas säkerhet och hälsa förbättras.

78. Vid en första anblick kan en sådan möjlighet synas innebära att dessa rättigheter utökas och därmed ses som en fördel i rättsligt hänseende. Till detta kommer att arbetstagaren när han tar sin årliga semester i anspråk inte sällan befinner sig i en ekonomiskt fördelaktigare situation än när han är sjukledig, eftersom han under den årliga semestern har rätt till full lön enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Arbetstagarens löneanspråk vid sjukdom utgör emellertid, i enlighet med vad som föreskrivs i varje enskild medlemsstat, endast en bråkdel av detta belopp. Detta gäller till exempel för omständigheterna i tvisten vid den hänskjutande domstolen, eftersom arbetstagaren enligt regulation 16 första stycket WTR – enligt de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen [50] – för varje semestervecka skall erhålla semesterersättning i form av en veckas lön. Vid sjukdom gäller däremot, såsom Förenade kungarikets regering anfört under den skriftliga handläggningen [51] och sedan preciserat under den muntliga förhandlingen efter en fråga från domstolen, vad som avtalats med klagandena, nämligen att full ersättning utgår under de första sex månaderna av sjukledigheten, varpå ytterligare sex månader följer under vilka ersättningen endast uppgår till halva lönebeloppet.

79. Om man tittar lite noggrannare på denna fråga står det klart att om arbetstagaren utövade denna rättighet, skulle det innebära att denne avsade sig grundläggande rättigheter (Grundrechtsverzicht) [52] för att fortsätta erhålla en ersättning som motsvarar hela lönebeloppet. På grund av att syftet med de

50 — Punkt 13 i begäran om förhandsavgörande från House of Lords av den 13 december 2006.

51 — Punkt 22 i den brittiska regeringens yttrande av den 13 april 2007.

52 — Enligt Laut Fischinger, P., ”Der Grundrechtsverzicht”, *Juristische Schulung* (2007), nr 9, s. 808, menas med begreppet Grundrechtsverzicht att den person som omfattas av en grundläggande rättighet medger konkreta ingrepp i och begränsningar av rättigheten i fråga. Däremot avses inte en situation där rättighetsinnehavaren varaktigt och fullständigt avsäger sig en eller flera av sina rättigheter i deras helhet, vilket i praktiken är närmast omöjligt. Att avsäga sig sina rättigheter i denna mening måste även skiljas från en situation där rättighetsinnehavaren avstår från att utnyttja sina rättigheter. I det förra fallet finns det en rättslig skillnad jämfört med ett sådant avstående, eftersom rättighetsinnehavaren är bunden av sitt samtycke och vid ett senare tillfälle inte kan göra gällande att åsidosättandet av hans grundläggande rättigheter är rättsstridigt. Att en rättighetsinnehavare avsäger sig sina grundläggande rättigheter har inte heller något att göra med den så kallade negativa dimensionen av grundläggande rättigheter, till exempel den underförstådda rätten för en enskild att inte ha någon åsikt eller att inte tillhöra något trossamfund. Enligt Adam, R., ”Der Grundrechtsverzicht des Arbeitnehmers”, *Arbeit und Recht* (2005), nr 4, s. 130, är det tal om att avsäga sig rättigheter när en arbetstagares grundläggande rättigheter inskränks genom avtal eller genom att arbetsgivaren utövar sin rätt att styra verksamheten, utan motsvarande eftergift, vilket är fallet exempelvis vid en förlikning eller överenskommelse. I fråga om att göra gällande rätten till semester under sjukperioder kan det inte vara fråga om någon eftergift från arbetsgivarens sida, eftersom denne endast har en skyldighet att betala den sedvanliga lönen till arbetstagaren, utan att arbetstagaren får någon ersättning för att han ger upp sin årliga semester.

två typerna av ledighet inte är utbytbara är de ömsesidigt uteslutande, vilket med rätta har påpekats av den slovenska regeringen. Den överlappning av den årliga semestern och sjukperioden som blir resultatet av att arbetstagaren tar ut sin semester skulle innebära att arbetstagaren frivilligt avstod från sin rätt till semester, då arbetstagaren genom att ta ut sin semester skulle gå med på att använda sin årliga semester till ett annat syfte än det avsedda, i utbyte mot ekonomisk ersättning.

80. Enligt min mening kan detta avstående från en grundläggande rättighet inte förklaras vara förenligt med gemenskapsrätten, utan att samtidigt förhindra uppfyllandet av lagstiftarens mål med artikel 7 i direktiv 2003/88. Det eftersträvade syftet med rätten till årlig semester skulle inte uppfyllas om denna rättighet, i strid med dess syfte och därmed på ett rättsstridigt sätt, [53] togs i anspråk under en sjukdomsperiod. Dessutom instämmer jag med kommissionen om att en sådan möjlighet att avstå från rätten till semester för med sig vissa risker för arbetstagaren. Möjligheten för arbetstagaren att få en högre ersättning under sjukdomsperioden är ägnad att uppmuntra arbetstagaren att acceptera förlusten av sin rättsliga ställning. [54] Dessutom finns det en risk för att arbetsgivaren uppmanar arbetstagaren att avstå från sin rätt. En sådan överenskommelse mellan parterna i anställningsförhållandet, som i allt väsentligt innebär att arbetsgivaren ”köper” arbetstagarens semestertid, skulle emellertid uppenbarligen strida mot bestämmelserna i artikel 7.2 i direktiv 2003/88, enligt vilken den årliga semestern inte får utbytas mot kontant ersättning. En sådan överenskommelse skulle även strida mot arbetsgivarens intressen, eftersom han inte, trots en högre ersättning på grund av ledigheten, skulle kunna kräva att arbetstagaren faktiskt använde den uttagna semestern för att tillfriskna för att återfå sin arbetsförmåga.

81. För att skydda arbetstagare och arbetsgivare och för att undvika att den gemenskapsrättsligt fastlagda grundläggande rätten till betald semester urholkas, måste utgångspunkten vara att arbetstagaren i princip inte fritt kan förfoga över denna grundläggande rättighet och därmed inte har rätt att avstå från den.

5. Slutsats i denna del

82. Av vad som anförts ovan följer att rätten till betald årlig semester inte får villkoras med

53 — Rättsmissbruk definieras som ett ianspråktagande av en rättighet i strid med dess syfte och begränsar möjligheten att utnyttja en rättighet. Detta betyder att ianspråktagandet av en formell rättighet begränsas av principen om tro och heder (Treu und Glauben). Inte ens den som omfattas av en formell rättighet som kan göras gällande vid domstol får missbruka sin rätt. Se, för ett liknande resonemang, Creifelds, *Rechtswörterbuch* (utg. Klaus Weber), sjuttonde upplagan, München 2002, s. 1109, enligt vilken utövandet av en personlig rättighet utgör ett missbruk om utövandet visserligen formellt sett är riktigt, men omständigheterna i det enskilda fallet innebär att det strider mot tro och heder att göra rättigheten gällande.

54 — I punkt 32 i sitt förslag till avgörande i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (dom ovan fotnot 24), hänvisade generaladvokaten Kokott till att det finns en liknande risk vid kontant ersättning för sparad årlig semester. Enligt hennes uppfattning skulle denna möjlighet skapa incitament, som strider mot syftet med arbetstidsdirektivet, att avstå från semester eller att uppmana arbetstagaren att avstå från den.

hänsyn till arbetstagarens arbetsförmåga, vilket innebär att även en arbetstagare som på grund av sjukdom är oförmögen att arbeta i princip har en motsvarande rätt till årlig semester enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Arbetstagaren får emellertid inte ta ut sin semester under en period under vilken han annars skulle ha varit sjukledig.

B — *Den andra frågan*

83. Föremålet för den andra frågan är räckvidden av rätten till semesterersättning enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88. Semesterersättning, det vill säga ersättning för semester som inte lagts ut, ersätter beviljandet av fritid om semester inte kan beviljas på grund av att arbetsförhållandet upphör. Denna rätt utgör det enda undantaget från det principiella förbudet i direktivet mot att byta ut den årliga semestern mot kontant ersättning. Enligt direktivet är det annars förbjudet för parterna i ett anställningsförhållande att – oberoende av om det sker under det löpande året eller om det sker under en senare period till vilken rätten till semester har överförts – byta den årliga semestern mot kontant ersättning.

84. Enligt domstolens rättspraxis skall detta förbud säkerställa att arbetstagare normalt sett får åtnjuta faktisk semester i syfte att säkerställa ett effektivt skydd av arbetstagares säkerhet och hälsa. [55] Därigenom skall missbruk bestående i att arbetsgivaren ”köper” rätten till semester eller i att arbetstagaren av rent ekonomiska skäl avstår från sin rätt till semester förhindras. [56]

85. Genom artikel 7.2 i direktiv 2003/88 betonas syftet med att lönen fortsätter att betalas ut under semesterperioden, nämligen att arbetstagaren under sin semester lönemässigt sett skall befinna sig i motsvarande situation som under de perioder då han arbetar. [57] Genom kravet på utbetalning av lön under semestern säkerställs med andra ord att arbetstagaren befinner sig i en ekonomisk situation som gör det möjligt för honom att faktiskt ta ut sin semester. [58] Semesterersättningen har inget annat syfte. Den ekonomiska ersättning som utgår i stället för semester har i princip till syfte att göra det möjligt för arbetstagaren att efter det att anställningsförhållandet har avslutats få en betald viloperiod innan han inträder i ett nytt anställningsförhållande. [59] Om denna ersättning föll bort skulle det syfte som eftersträvas med direktiv 2003/88, nämligen att arbetstagarna skall kunna vila upp sig, inte kunna uppnås.

55 — Domarna i målen BECTU (ovan fotnot 7), punkt 44, Merino Gómez (ovan fotnot 24), punkt 30, och Robinson-Steele (ovan fotnot 26), punkt 60.

56 — I domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 24), punkt 32, konstaterade domstolen att möjligheten till kontant ersättning för den överförda årliga minimisemestern under alla omständigheter skulle ge incitament för arbetstagaren att avstå från sin semester eller för arbetsgivaren att uppmana denne därtill. Fenski, M., ”Urlaubsrecht im Umbruch?”, Der Betrieb, nr 12 (2007), s. 688, och Jacobsen, K., Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht (Wilhelm Moll utg), första upplagan, 2005, 25 §, punkt 102, hänvisar till det otillåtna bruket att under det pågående anställningsförhållandet ”köpa” den intjänade semestern av arbetstagaren.

57 — Domen i målet Robinson-Steele (ovan fotnot 26), punkt 58.

58 — Bogg, A.L., ”The right to paid annual leave in the Court of Justice: the eclipse of functionalism”, European Law Review, årgång 31 (2006), nr. 6, s. 899.

59 — Så även generaladvokaten Tizzano i sitt förslag till avgörande i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 38.

86. Domstolen har i domen i målet Robinson-Steele [60] fastställt att rätten till årlig semester och rätten att få betalt för denna är två delar av en och samma rättighet. Enligt min mening talar just det faktum att syftet med lön och semesterersättning är identiska för att den senare skall behandlas som en del av rätten till betald årlig semester, vilken inte kan separeras från denna.

87. Såtillvida framgår svaret på den andra frågan redan av mina förklaringar till den första delen av den första frågan. Utöver detta vill jag i detta sammanhang hänvisa till punkterna 77 och 78 i mitt förslag till avgörande i målet Schultz-Hoff, som är anhängigt vid domstolen. Där konstaterade jag att rätten till betald årlig semester inte får villkoras av arbetstagarens arbetsförmåga. Resultatet av en teleologisk tolkning av artikel 7 i direktiv 2003/88 samt artikel 5.4 i ILO-konventionen (nr 132) om semester är att sjukperioden skall likställas med tjänstgöringsperioden, eftersom det rör sig om en frånvaro på grund av orsaker som ligger utanför arbetstagarens kontroll och som därmed är tillåten.

88. Under samma tidsperiod uppkommer således arbetstagarens samtliga rättigheter, inklusive rätten till betald semester. Rätten till betald semester kan tas i anspråk när arbetstagaren återfått sin arbetsförmåga eller – när arbetsförhållandet upphör – utbytas mot en ekonomisk ersättning om arbetstagaren är helt oförmögen att arbeta.

89. Den andra frågan skall således besvaras så, att arbetstagare om anställningen upphör enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88 har rätt till kontant ersättning som ersättning för förvärvad semester som inte har kunnat utnyttjas på grund av sjukdom. Detta gäller även om arbetstagaren under hela det aktuella semesteråret eller en del av året varit frånvarande på grund av sjukdom.

90. I fråga om den vidare innebörden av den andra frågan avseende beräkningen av den ekonomiska ersättningen, anser jag att artikel 7.2 i direktiv 2003/88 inte innehåller några särskilda bestämmelser om hur beloppet skall beräknas, utan att detta i stället överlämnas till den nationella lagstiftaren. I den mån som en arbetstagare i princip har rätt till semesterersättning, måste vid beräkningen beaktas att arbetstagaren ursprungligen hade haft rätt till en semesterersättning som motsvarar den vanliga lönen. Av detta följer en skyldighet för medlemsstaterna enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88 att säkerställa att den ekonomiska ersättningen som arbetstagaren erhåller i stället för semester är likvärdig med arbetstagarens normala lön.

60 — Domen i målet Robinson-Steele (ovan fotnot 26), punkt 58.

VII — Förslag till avgörande

91. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen ger följande svar på frågorna från House of Lords:

1. Artikel 7.1 i direktiv 2003/88/EG skall tolkas så, att en arbetstagare som är sjukskriven på obestämd tid har rätt att beteckna en framtida tidsperiod såsom årlig betald semester under en period då han eller hon annars skulle ha varit sjukledig.

   Arbetstagaren får emellertid inte lägga ut denna semester under en period under vilken han annars skulle ha varit sjukledig.

2. Artikel 7.2 i direktiv 2003/88 skall tolkas så, att en arbetstagare då anställningen avslutas alltid har rätt till kontant ersättning (semesterersättning) som ersättning för intjänad semester som inte har kunnat utnyttjas på grund av sjukdom. Detta gäller även om arbetstagaren under hela det aktuella semesteråret eller en del av året varit frånvarande på grund av sjukdom.

   När denna ersättning beräknas, måste det säkerställas att den ekonomiska ersättningen som arbetstagaren erhåller i stället för sin semester är likvärdig med arbetstagarens normala lön.