Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GIOVANNI PITRUZZELLA
föredraget den 6 oktober 2020 [1]

Mål C-344/19

DJ
mot
Radiotelevizija Slovenija

(begäran om förhandsavgörande från Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Högsta domstolen, Slovenien))

”Begäran om förhandsavgörande – Skydd för arbetstagares hälsa och säkerhet – Arbetstidens förläggning – Begreppen arbetstid och vila – Bakjour – Särskilt underhållsarbete vid tv-sändare i bergsområden”

1. Under vilka förutsättningar kan den tid som en arbetstagare har bakjour anses utgöra arbetstid?

2. Kan begreppet arbetstid i direktiv 2003/88/EG [2] sträcka sig så långt att det omfattar situationer i vilka arbetstagaren befinner sig i en sådan situation att arbetstagaren visserligen inte är ”på arbetet” men ändå inte kan få faktisk vila? Vad kännetecknar faktisk vila i enlighet med direktivets syfte att skydda arbetstagarens hälsa och säkerhet?

3. Är det tänkbart att det finns ”gråzoner” där arbetstagaren varken har sin arbetstid eller en viloperiod?

4. Frågeställningarna i detta mål, som ska prövas tillsammans med mål C-580/19, ger domstolen tillfälle att ta sig an frågan om den rättsliga kvalificeringen av jour- och bakjoursperioder mot bakgrund av direktiv 2003/88.

5. Domstolen har redan uttalat sig flera gånger i denna fråga men det nu aktuella målet, med de speciella omständigheterna i det konkreta fallet (arbetsplatsens särskilda geografiska läge), gör det nödvändigt att göra en ny prövning av de principer som hittills gjorts gällande för att ta ställning till eventuella förändringar.

6. Det gäller närmare bestämt att utröna huruvida en bakjour, där arbetstagaren ska kunna nås och eventuellt infinna sig på arbetsplatsen inom en timme, ska betraktas som arbetstid eller som viloperiod i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 2003/88.

7. I synnerhet avses den omständigheten att klaganden, som är sändningstekniker, vistades i närheten av arbetsplatsen under sådan bakjour på grund av det svårtillgängliga läget och avståndet till den egna bostaden.

1 Originalspråk: italienska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EUT L 299, 2003, s. 9).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

8. Skäl 5 i direktiv 2003/88 har följande lydelse:

”Alla arbetstagare bör ha lämpliga viloperioder. Begreppet ’vila’ måste uttryckas i tidsenheter, dvs. i dagar, timmar och/eller delar av dessa. För att trygga hälsa och säkerhet för arbetstagare inom gemenskapen måste arbetstagarna ges dygnsvila, veckovila och semester av en viss minsta längd samt tillräckliga raster. I detta sammanhang är det även nödvändigt att sätta en övre gräns för veckoarbetstiden.”

9. I artikel 2 i direktiv 2003/88 föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

1) *arbetstid*: all tid i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis då arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande samt därvid utför aktiviteter eller uppgifter.

2) *viloperiod*: varje period som inte är arbetstid.

…

9) *tillräcklig vila*: att arbetstagarna har regelbundna viloperioder, vars längd anges i tidsenheter och som är tillräckligt långa och sammanhängande för att säkerställa att de inte på grund av trötthet eller ojämn arbetsrytm skadar sig själva, sina kolleger eller andra personer och att deras hälsa inte tar skada, vare sig på kort eller lång sikt.”

B. Slovensk lagstiftning

10. I artikel 142 i Zakon o delovnih razmerjih (lag om anställningsförhållanden) (ZDR-1; JO RS nr 21/2013 och följande) föreskrivs följande:

”(1) Arbetstiden ska omfatta faktisk arbetstid och viloperiod i den mening som avses i artikel 154 i denna lag samt perioder av giltig frånvaro enligt lag och kollektivavtal eller enligt en rättsakt med allmän räckvidd.

(2) Faktisk arbetstid är all tid då arbetstagaren arbetar, med vilket avses den tid som arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande och fullgör sina arbetsförpliktelser enligt anställningsavtalet.

(3) Den faktiska arbetstiden ska utgöra grunden för beräkningen av arbetsproduktiviteten.”

11. I artikel 46 i Kolektivna pogodba za javni sektor (kollektivavtal för offentlig sektor) (KPJS; JO RS nr 57/2008 och följande) anges följande:

”En offentliganställd har rätt till lönetillägg för bakjour med 20 procent av grundtimlönen. En offentliganställds bakjour ska inte räknas som arbetstid.”

12. I artikel 6 i de interna föreskrifterna för Radiotelevizija Slovenia av den 22 december 2010 (nedan kallade de interna föreskrifterna), om arbetstid, anges följande:

”Jourtjänst eller någon form av bakjour får införas vid en enhet eller avdelning när arbetet ska kunna utföras utan avbrott, på en viss dag eller inom en viss tid för att säkerställa ett skydd mot naturkatastrofer eller andra typer av olyckor eller andra särskilda omständigheter som är oberoende av arbetsgivarens vilja och som arbetsgivaren inte kan förhindra.”

13. I artikel 8 i de interna föreskrifterna föreskrivs följande:

”Vid jourtjänst kan arbetstagaren inte fritt disponera sin egen tid. Arbetstagaren ska då stå till förfogande på arbetsplatsen eller på en annan arbetsplats som bestämts av ledningen, så att arbetstagaren kan påbörja sitt vanliga arbete och/eller vissa verksamheter eller uppgifter med anknytning till arbetstagarens arbete. Med jourtjänst avses även den tid som arbetstagaren använder för att bege sig till arbetsplatsen i egenskap av passagerare.”

14. I artikel 9 i de interna föreskrifterna anges följande:

”Hela jourtjänsten ska betraktas som arbetstid.”

15. Slutligen föreskrivs följande i artikel 16 i de interna föreskrifterna:

”Bakjour för en arbetstagare får fastställas utifrån en produktionsprocess och den årsvisa arbetsfördelningen inom en administrativ enhet eller en programproduktionsenhet. Bakjour innebär att arbetstagaren ska kunna nås utanför arbetstid, på telefon eller med andra medel, för att vid behov kunna infinna sig på arbetsplatsen. Arbetstagaren ska kunna infinna sig på arbetsplatsen inom en timme. Bakjour ska beordras skriftligt enligt överenskommelse med arbetstagaren minst två dagar i förväg. Skriftlig anmodan (formulär 5) om bakjour får upprättas månadsvis, veckovis eller per dag.

En anställds bakjour ska inte betraktas som arbetstid.”

II. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

16. Klaganden, DJ, har varit anställd som sändningstekniker vid sändningsstationen i Pohorje (Slovenien) och därefter vid sändningsstationen i Krvavec (Slovenien) under perioden 1 augusti 2008–31 januari 2015.

17. Klaganden var tvungen att övernatta vid sändningsstationerna på grund av arbetets art, avståndet mellan sändningsstationerna och hans bostad – så långt att det var omöjligt att åka hem varje dag från någon av sändningsstationerna, även vid gynnsam väderlek – och de säsongsbundna svårigheterna att ta sig till sändningsstationerna.

18. Arbetsgivaren hade därför förberett så, att DJ och en annan tekniker, som befann sig samtidigt på de båda sändningsstationerna, skulle kunna stanna kvar i byggnaderna (med kök, allrum, sovplats och badrum).

19. Efter ett arbetspass kunde de båda teknikerna vila i allrummet eller ägna sig åt fritidsaktiviteter i närheten, utifrån de möjligheter som erbjöds på respektive plats.

20. De två teknikerna arbetade i skift: det ena skiftet klockan 6.00–18.00, det andra klockan 12.00–24.00. DJ arbetade oftast det senare skiftet.

21. Det arbete som utfördes under ett sådant skift betraktades som ordinarie arbete, vilket krävde närvaro på arbetsplatsen och i genomsnitt omfattade två till tre timmars faktiskt arbete. Återstående tid tillbringades framför en skärm, där de övervakade sändningarna, hanterade eventuella larm och vidtog nödvändiga åtgärder.

22. Arbetsgivaren betalade ut lön till DJ för 12 timmars ordinarie arbete enligt ovan (således för DJ:s faktiska närvaro på arbetsplatsen). Däremot betraktades perioden klockan 24.00–6.00 som vila, för vilken ingen ersättning utgick. De återstående sex timmarna under dagen (klockan 6.00–12.00) betraktade arbetsgivaren som bakjour.

23. Under denna period kunde arbetstagaren lämna sändningsstationen obehindrat. Arbetstagaren skulle dock kunna nås på telefon och vid behov infinna sig på arbetsplatsen inom en timme. Dock var det enbart akuta insatser som behövde göras omedelbart. Övrigt kunde anstå till nästa dag.

24. Arbetsgivaren betalade ut ett lönetillägg till DJ (ersättning), motsvarande 20 procent av grundlönen, för sådan bakjour. När arbetstagaren till följd av ett samtal under en bakjour var tvungen att göra en faktisk insats (och då återvända till arbetsplatsen), betalades lön ut för den tiden, som då räknades som ordinarie arbete, i enlighet med artikel 16 i de interna föreskrifterna.

25. DJ väckte talan i syfte att erhålla betalning, enligt samma ersättning som för övertid, för den tid som han var ålagd att ha bakjour (sex timmar per dag). Till stöd för sitt yrkande gjorde han i synnerhet gällande att han bodde på den plats där han utförde sitt arbete och av detta skäl borde betraktas som faktiskt närvarande på arbetsplatsen 24 timmar om dygnet. Han anförde att han inte fritt kunde förfoga över sin egen tid ens under de perioder då han var ledig, eftersom han under bakjouren var skyldig att svara i telefon och vid behov återvända till arbetsplatsen inom en timme. Det fanns dessutom begränsade möjligheter att ägna sig åt fritidsaktiviteter i närheten av sändningsstationerna, och därför stannade han oftast kvar i sändningsstationernas lokaler.

26. Domstolarna i första och andra instans ogillade DJ:s yrkande om övertidsersättning.

27. Klaganden överklagade då till den hänskjutande domstolen och gjorde gällande att begreppet faktisk arbetstid inte enbart omfattar den period under vilken arbetstagaren faktiskt utför arbete utan även all den tid som arbetstagaren är närvarande på den av arbetsgivaren anvisade platsen. Arbetsgivaren ålade i själva verket klaganden att arbeta flerdagarsskift och missbrukade således bakjoursinstitutet för att ge klaganden lägre ersättning för den tid som han var tvungen att stå till förfogande.

28. Den hänskjutande domstolen har understrukit att föremålet för den nu aktuella tvisten är ersättningen för den tid som klaganden hade bakjour. En sådan fråga faller visserligen inte inom tillämpningsområdet för direktiv 2003/88 men den hänskjutande domstolen anser att den inte kan pröva DJ:s yrkande i sak förrän den fått svar på sina tolkningsfrågor.

29. Den hänskjutande domstolen anser att den nu aktuella tvisten skiljer sig från de andra fall som domstolen har uttalat sig om.

30. Först och främst var DJ, till skillnad från det mål i vilket dom meddelades den 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528), varken tvungen eller ombedd att vara fysiskt närvarande och tillgänglig på arbetsplatsen under bakjouren, förutom när åtgärder behövde vidtas. Till skillnad från det mål i vilket dom meddelades den 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437), var det arbetsplatsens geografiska läge (och inte den omständigheten att han skulle kunna nås) som var skälet till att DJ hade mer begränsade möjligheter att styra över sin egen fritid och ägna sig åt sina egna intressen.

31. Skillnaden i jämförelse med målet i vilket dom meddelades den 10 september 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:578), är att restid till kunder, som ska kvalificeras som arbetstid, inte kan likställas med bakjour.

32. Slutligen skiljer sig den nu aktuella tvisten även från det mål i vilket dom meddelades den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82), på så sätt att DJ inte var ålagd att befinna sig på en viss plats och dessutom hade betydligt längre tid på sig för att eventuellt göra en insats (en timme i stället för åtta minuter).

33. Mot denna bakgrund beslutade Vrhovno sodišče (Högsta domstolen, Slovenien) att vilandeförklara det nationella målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 2 i direktiv 2003/88 tolkas så, att bakjour under sådana omständigheter som de aktuella, då en arbetstagare som arbetar vid en tv-sändningsstation under sin lediga tid (när arbetstagaren inte behöver vara fysiskt närvarande på arbetsplatsen) ska kunna nås på telefon och vid behov infinna sig på arbetsplatsen inom en timme, ska betraktas som arbetstid?

2) Har den omständigheten att arbetstagaren är inkvarterad på den plats där arbetet utförs (tv-sändningsstation) betydelse för hur bakjouren ska definieras, i och med att platsens geografiska särdrag gör det omöjligt (eller svårare) att återvända hem (”ned i dalgången”) varje dag?

3) Ska de två föregående frågorna besvaras annorlunda om den aktuella platsen på grund av sina geografiska särdrag erbjuder begränsade möjligheter till förströelse på fritiden, eller om arbetstagaren på den aktuella platsen är mer begränsad när det gäller att disponera sin egen lediga tid och tillvarata sina egna intressen (jämfört med hur det skulle vara om arbetstagaren vore hemma)?”

III. Rättslig bedömning

A. Inledande synpunkter

1. Upptagande till prövning

34. Direktiv 2003/88, som grundar sig på artikel 153.2 FEUF, reglerar endast vissa aspekter av arbetstidens förläggning i syfte att säkerställa skyddet av arbetstagarnas säkerhet och hälsa. Enligt artikel 5 i direktivet är det inte tillämpligt på frågan om lön för arbetstagare som omfattas av dess tillämpningsområde, med undantag av det särskilda fallet med betald semester enligt artikel 7.1 i direktivet.[3] Således är det i princip inte tillämpligt på arbetstagares lön.

35. Det faktum att föremålet för det nationella målet är ett yrkande om utbetalning av lön, i form av övertidsersättning, för bakjour, innebär inte att tolkningsfrågorna till domstolen i detta mål inte ska besvaras.

36. Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen vill ha vägledning angående tolkningen av artikel 2 i direktiv 2003/88, vilken tolkning anses nödvändig för att avgöra det nationella målet. Det förhållandet att målet slutgiltigt gäller en fråga om lön saknar relevans, eftersom det är den nationella domstolens sak att avgöra den frågan i det nationella målet, inte EU-domstolens.[4]

3 Se, senast, dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkterna 23 och 24), och dom av den 26 juli 2017, Hälvä m.fl. (C-175/16, EU:C:2017:617, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

4 Se dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 26).

37. Jag anser därför att den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor kan tas upp till sakprövning.

B. Direktivets syfte, begreppet arbetstid och jourtjänstgöring

38. Direktiv 2003/88 syftar till att fastställa minimikrav för att förbättra skyddet av hälsa och säkerhet på arbetsplatsen, vilket uppnås bland annat genom en tillnärmning av de nationella bestämmelserna om arbetstid. [5]

39. Denna ambition är en avgörande aspekt av uppbyggnaden av en europeisk socialrätt. Genom rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 fastställde lagstiftaren med stöd av artikel 153 FEUF allmänna principer för att skydda arbetstagares säkerhet och hälsa. Sedan dess har dessa riktlinjer tagit konkret form i en rad särdirektiv. Direktiv 2003/88 är ett av dessa särdirektiv, genom vilket det föregående direktivet, rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993, har kodifierats. [6]

40. För att dessa mål ska uppnås föreskrivs i direktiv 2003/88 minimitider för dygnsvila och veckovila samt en begränsning på 48 timmar för den genomsnittliga veckoarbetstiden, inklusive övertid.

41. Syftet med de ovan angivna bestämmelserna är att genomföra artikel 31 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, där det i punkt 1 anges att ”varje arbetstagare har rätt till arbetsvillkor som respekterar hans eller hennes hälsa, säkerhet och värdighet”, och därefter, i punkt 2, att ”varje arbetstagare har rätt till en begränsning av den maximala arbetstiden och till dygns- och veckovila och till årlig betald semester”. Denna rättighet är nära förbunden med respekten för människans värdighet, vilken skyddas mer allmänt i avdelning I i stadgan. [7]

42. Domstolen har mot bakgrund av denna systematiska ram slagit fast att bestämmelserna i direktiv 2003/88 utgör regler av särskild betydelse i unionens socialrättsliga lagstiftning som ska komma varje arbetstagare till del, eftersom de utgör minimikrav som är nödvändiga för att säkerställa skyddet av arbetstagarnas säkerhet och hälsa. [8] Detta skydd ligger inte endast i den enskilda arbetstagarens intresse utan även i arbetsgivarens intresse och är av allmänintresse. [9]

43. Jag menar att den funktionella kopplingen mellan direktiv 2003/88 och de grundläggande sociala rättigheter som erkänns i stadgan först och främst föranleder slutsatsen att direktiv 2003/88 ska tolkas så och dess tillämpningsområde fastställas så, att arbetstagarnas subjektiva rättigheter enligt direktivet kan utövas faktiskt och till fullo och så att alla hinder som i praktiken kan begränsa eller underminera detta utövande undanröjs. [10]

5 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 november 2017, Maio Marques da Rosa (C-306/16, EU:C:2017:844, punkt 45) och dom av den 10 september 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:578, punkt 23).

6 Domstolen har i fast rättspraxis slagit fast att artiklarna 1–8 i direktiv 2003/88 i huvudsak är formulerade likadant som artiklarna 1–8 i rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT L 307, 1993, s. 18), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/34/EG av den 22 juni 2000 (EGT L 195, 2000, s. 41), och att domstolens tolkning av dessa artiklar därmed kan överföras på de förstnämnda artiklarna i direktiv 2003/88. Se, bland annat, dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 32) och beslut av den 4 mars 2011, Grigore (C-258/10, ej publicerat, EU:C:2011:122, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

7 Se även, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Tanchev i målet King (C-214/16, EU:C:2017:439, punkt 36).

8 Dom av den 10 september 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:578, punkt 24), dom av den 1 december 2005, Dellas m fl. (C-14/04, EU:C:2005:728, punkt 49 och där angiven rättspraxis), och beslut av den 4 mars 2011, Grigore (C-258/10, ej publicerat, EU:C:2011:122, punkt 41).

9 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:338, punkt 52).

10 Se mitt förslag till avgörande i målet CCOO (C-55/18, EU:C:2019:87, punkt 39).

44. Som domstolen har understrukit vid flera tillfällen ska direktiv 2003/88 i detta syfte tolkas och genomföras med hänsyn till den omständigheten att arbetstagaren ska anses vara den svagare avtalsparten i anställningsförhållandet, vilket medför att det är nödvändigt att frånta arbetsgivaren möjligheten att inskränka arbetstagarens rättigheter. [11]

45. Det har mot den bakgrunden varit skyddssyftet som varit vägledande för domstolens tolkning av direktiv 2003/88.

46. Ett tydligt och betydelsefullt exempel på domstolens teleologiska tolkning är först och främst dess tolkning av definitionerna av arbetstid och viloperiod, vilken fått påtagliga effekter på lagstiftningen i flera medlemsstater. [12]

47. I direktivet beskrivs nämligen begreppet *arbetstid*, som behövs för tillämpningen av det skydd som föreskrivs i direktivet, som ”all tid i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis då arbetstagaren *står till arbetsgivarens förfogande samt därvid utför aktiviteter eller uppgifter*.” [13] Med *viloperiod* avses omvänt ”varje period som inte är arbetstid” (artikel 2.1 och 2.2).

48. Som domstolen har angett vid flera tillfällen utgör begreppen arbetstid och viloperiod, i den mening som avses i direktiv 2003/88, unionsrättsliga begrepp som ska definieras objektivt med hänvisning till direktivets system och ändamål som är att fastställa minimiregler för att förbättra arbetstagares livs- och arbetsvillkor. [14] Således ska de ”inte tolkas med hänsyn till föreskrifterna i de olika regleringarna i medlemsstaterna. … Det är endast genom en sådan självständig tolkning som det kan säkerställas att direktivet blir fullt verksamt och att nämnda begrepp kommer att tillämpas enhetligt i alla medlemsstater. … Att det vid definitionen av begreppet arbetstid hänvisas till ’nationell lagstiftning eller praxis’ innebär inte att medlemsstaterna ensidigt kan bestämma vilken räckvidd begreppet skall ha. Dessa stater kan inte heller föreskriva något som helst villkor med avseende på arbetstagarnas rätt att få arbetstid och därmed också viloperioder beaktade på vederbörligt sätt, eftersom en sådan rätt grundas direkt på bestämmelserna i direktivet. All annan tolkning skulle motverka syftet med direktiv 93/104, [15] det vill säga att harmonisera skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet genom att föreskriva minimikrav”. [16]

49. Domstolen har således intagit det förhållningssättet att arbetstagarens tid är antingen arbete eller vila.

50. Begreppen arbetstid och viloperiod ”utesluter varandra”. [17] På unionsrättens nuvarande stadium ska ”jourtjänstgöring som en arbetstagare utför inom ramen för sin verksamhet för sin arbetsgivare anses som ’arbetstid’ eller ’viloperiod’.” [18]

11 Se dom av den 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 80 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/16, EU:C:2018:874, punkt 41).

12 Se, för ett liknande resonemang i doktrinen, V. Leccese, Directive n. 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, i E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier (red.), International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary, Nomos Verlagsgesellshaft, Baden-Baden, 2018, s. 1285–1332, särskilt s. 1291.

13 Min kursivering.

14 Se dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 62), dom av den 10 september 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:578, punkt 27).

15 Detsamma gäller, som anges ovan, för direktiv 2003/88, för vilket de tolkningar som domstolen tidigare gjort av bestämmelserna i det föregående direktivet fortfarande är giltiga.

16 Se dom av den 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, punkterna 58 och 59).

17 Se dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 55), dom av den 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528, punkt 47), dom av den 10 september 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:578, punkt 26).

18 Se dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 55).

51. I doktrinen har det anförts att ”fördelen med detta binära system är dess enkelhet, även om det också har sina nackdelar”.[19] Det har bland annat anförts att arbetstagaren, även om han eller hon inte utför något arbete under en bakjour, ändå har en begränsad rörelsefrihet, en begränsad kvalitet på sin vila och begränsade, om än inte helt obefintliga, möjligheter att ägna sig åt sina egna intressen. Om bakjour betraktas som vila kan det hända att en arbetstagare systematiskt får ha bakjour mellan två arbetsperioder.

52. Det har förts omfattande diskussioner i doktrinen om denna fråga och möjligheten att fastställa ett *tertium genus* mellan arbetstid och vila.[20]

53. I nuläget menar jag, även om jag har förståelse för de krav som ligger till grund för förslagen om att överbrygga den befintliga strikta tudelningen,[21] att det enbart är unionslagstiftaren som kan förverkliga ett sådant eventuellt överbryggande.

54. Jag vill i detta avseende påpeka att ett eventuellt införande av en ”gråzon” mellan arbete och vila[22] kan vara förenat med vissa risker vad gäller den konkreta tillämpningen i alla länder, och således vad gäller rättssäkerheten.

55. Det tycks i varje fall ganska svårt att överbrygga denna tudelning genom tolkning av en klar och entydig lagtext: all tid som inte är arbetstid är en viloperiod.[23]

56. För att återgå till de olika aspekterna av begreppet arbetstid enligt artikel 2 i direktiv 2003/88, har dessa sammanfattats effektivt i 1) ett rumsligt kriterium (att vara på arbetsplatsen), 2) ett maktkriterium (att stå till arbetsgivarens förfogande) och 3) ett yrkeskriterium (att utföra verksamheter eller uppgifter).[24]

57. Som framgår nedan har domstolen, för att kunna göra en teleologiskt inriktad tolkning, varit tvungen att undvika en bokstavstolkning av denna bestämmelse i direktivet.[25]

58. Domstolen har nämligen, i sina domar avseende jourtjänst, hållit en konsekvent linje och fastställt en solid tolkningsram till begreppen arbetstid och vila, så att perioder som en arbetstagare tillbringat i denna speciella situation ska kunna hänföras till det ena eller det andra begreppet.

19 F. Kéfer och J. Clesse, Le temps de garde inactif, entre le temps de travail et le temps de repos, Revue de la Faculté de droit de l’Université Liège, 2006, s. 161.

20 Se, bland annat, A. Supiot, Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del ”tempo di lavoro”), i Lav. dir., 1997, s 15 och följande sidor. Se, i italiensk doktrin, Ichino P., L’orario di lavoro e i riposi. artiklarna 2107–2109, i Schlesinger P. (under ledning av), Il Codice Civile. Commentario, Giuffrè Editore, Milano, 1987, s. 27. Se, bland senare publikationer, J.-E. Ray, Les astreintes, un temps du troisième type, *Dr. soc.* (F), 1999, s. 250; J. Barthelemy, Temps de travail et de repos: l’apport du droit communautaire, *Dr. soc.* (F), 2001, s. 78.

21 Se L. Mitrus, Potential implictions of the Matzak judgement (quality of rest time, right to disconnect), in European Labour Law Journal, 2019, s. 393, där det anges att ”det tudelade förhållandet mellan arbetstid och viloperiod inte alltid uppfyller kraven på dagens arbetsmarknad”.

22 Samtliga parter som yttrade sig vid förhandlingen motsatte sig införandet av ett *tertium genus* mellan arbete och vila.

23 Det enda sättet för de nationella lagstiftarna att skapa större flexibilitet i begreppet arbetstid, vilket faller utanför syftet med direktiv 2003/88, är ekonomisk ersättning för de begränsningar som arbetstagare påförs vid bakjour. Domstolen har nämligen hävdat en principiell frihet att i nationell lagstiftning föreskriva differentierade ersättningar för att kompensera arbetstagaren för perioder av bakjour. Se dom av den 21 februari 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, punkt 52), där det anges att ”[a]rtikel 2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att den inte innebär en skyldighet för medlemsstaterna att fastställa lönen för jourtjänstgöringsperioder i hemmet – såsom dem som är aktuella i det nationella målet – utifrån svaret på frågan om nämnda perioder ska anses som ’arbetstid’ eller ’viloperiod’”. Se beslut av den 4 mars 2011, Grigore (C-258/10, ej publicerat, EU:C:2011:122, punkt 84), där det anges att ”[d]irektiv 2003/88 ska tolkas så, att arbetsgivarens skyldighet att utbetala lön och därmed jämförbara förmåner för den period under vilken skogvaktaren är skyldig att ombesörja övervakningen av det aktuella skogsområdet inte omfattas av direktivet, utan av relevanta bestämmelser i nationell rätt”.

24 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:391, punkt 31) och doktrin som anges ovan i fotnot 12.

25 Vilket även kommissionen har förespråkat i punkt 40 sitt skriftliga yttrande.

59. Redan i de första domarna i denna fråga [26] gjorde domstolen en åtskillnad mellan 1) jourtjänst som utförs genom fysisk närvaro på arbetsplatsen (jour på arbetsplatsen) och 2) jourtjänst där arbetstagarna ständigt ska kunna nås utan att för den skull behöva vara närvarande på arbetsplatsen (bakjour).

60. Det första fallet ger inte upphov till några särskilda tolkningssvårigheter, i och med att det numera är utrett att en arbetstagare som är skyldig att vara närvarande och tillgänglig på arbetsplatsen för att tillhandahålla sitt yrkeskunnande ska anses utföra sitt arbete och att sådan jourtjänst således omfattas av begreppet arbetstid, [27] även den tid då inget konkret arbete utförs.

61. I det andra fallet, som också är det som är i fråga i det nu aktuella målet, är tolkningen betydligt mer komplicerad.

62. Domstolen har nämligen hävdat olika principer i fråga om bakjour, inte minst utifrån de tolkningsfrågor som framställts, vilka emellertid i sin helhet kan hänföras till det ovan angivna teleologiska synsättet.

63. Först meddelades domen i målet Simap, vilken avsåg läkare i primärvårdsgrupper som hade jourtjänst vid en vårdcentral. Dessa läkare skulle vara närvarande på arbetsplatsen en del av tiden och under den återstående tiden vara anträffbara.

64. I det senare fallet stod läkarna visserligen till arbetsgivarens förfogande, eftersom de var skyldiga att vara anträffbara, men de kunde förfoga över sin tid med mindre inskränkningar och ägna sig åt sina egna intressen. Denna tid betraktades således som vilotid, med undantag för den tid som de faktiskt var i tjänst efter att ha blivit inkallade.

65. Målet Matzak [28] skiljer sig från målet Simap på så sätt att arbetstagaren i det fallet inte befann sig *på arbetsplatsen* för att *omedelbart* reagera på ett telefonsamtal, utan *på en plats som arbetsgivaren hade bestämt* [29] (i detta fall arbetstagarens bostad) och var skyldig att inställa sig *inom 8 minuter*.

66. Domstolen fann att en sådan bakjourtjänst som Matzaks i sin helhet skulle betraktas som arbetstid, eftersom den, fastän den inte utfördes på arbetsplatsen, innebar geografiska begränsningar (att vara tillgänglig på en plats som arbetsgivaren bestämt) och tidsmässiga begränsningar (skyldighet att efter ett telefonsamtal inställa sig på arbetsplatsen inom en mycket begränsad tid) som avsevärt inskränkte arbetstagarens möjligheter att fritt ägna sig åt egna och sociala intressen under sin vilotid.

67. Att befinna sig på en plats som arbetsgivaren bestämt ansåg domstolen vara detsamma som att befinna sig på arbetsplatsen, i förening med det faktum att arbetstagaren skulle reagera på en inkallelse inom så pass kort tid att det var att likställa med omedelbart.

68. Ur förekomsten av två aspekter av begreppet arbetstid härledde domstolen således, precis som i fråga om jourtjänstgöring på arbetsplatsen, [30] en tredje aspekt: att befinna sig på en plats som arbetsgivaren bestämt och stå till förfogande för att utföra en arbetsinsats ska endast anses ingå i fullgörandet av det egna arbetet när tiden för att reagera på en inkallelse är särskilt begränsad.

26 Se dom av den 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528, punkterna 48–50).

27 Se dom av den 3 oktober 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528, punkt 48).

28 Målet avsåg en frivillig brandmans bakjour, vilken under bakjouren var skyldig att hålla sig hemma i väntan på ett samtal som han var skyldig att besvara och, vid äventyr av disciplinära påföljder, inställa sig på brandstationen inom 8 minuter, iförd arbetskläder.

29 Min kursivering.

30 Där domstolen ur förekomsten av två aspekter av begreppet arbetstid i artikel 2 i direktiv 2003/88 (den rumsliga, det vill säga närvaro på arbetsplatsen, och den maktrelaterade, det vill säga att stå till arbetsgivarens förfogande) härledde en tredje (den yrkesrelaterade, alltså att utföra eget arbete och egna uppgifter).

69. Av domstolens rättspraxis kan man således sluta sig till att följande tre villkor ska vara uppfyllda för att bakjour ska betraktas som arbetstid: 1) Arbetstagaren ska befinna sig på en plats som arbetsgivaren har bestämt. 2) Arbetstagaren ska stå till arbetsgivarens förfogande för att kunna kallas in. 3) Tiden för att hörsamma en inkallelse ska vara särskilt begränsad.

70. I det nu aktuella fallet ska domstolen, mot bakgrund av den ovan angivna teleologiska synvinkeln på tolkningen av direktiv 2003/88, avgöra huruvida dessa tre aspekter alltid måste föreligga för att en bakjour ska kunna kvalificeras som arbetstid och huruvida dessa skyldigheter ska bedömas konkret mot bakgrund av de krav som ställs på arbetstagaren, i syfte att fastställa huruvida de hindrar arbetstagaren från att faktiskt kunna ägna sig åt sina egna intressen under viloperioden.

C. Tolkningsfrågorna: arbetsgivarens krav och faktisk vila

71. Den nationella domstolen har ställt de tre tolkningsfrågorna för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 och 2.2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att bakjour som åläggs en arbetstagare under sådana omständigheter som i det nu aktuella fallet ska kvalificeras som arbetstid eller tvärtom som viloperiod, i den mening som avses i definitionerna i direktivet.

72. De särskilda omständigheter som beskrivits av den hänskjutande domstolen, och som föranlett dess tvivel i frågan huruvida ett sådant fall som det aktuella kan hänföras till någon av de situationer som redan har prövats av domstolen, är följande: a) Arbetstagaren skulle vara anträffbar på telefon och, vid behov, infinna sig på arbetsplatsen inom en timme. b) Arbetstagaren övernattade på samma plats där han utförde sitt arbete, eftersom platsens geografiska särdrag gjorde det omöjligt (eller svårare) att åka hem varje dag. c) Det var fråga om en plats där möjligheterna till förströelse under den lediga tiden var begränsade på grund av platsens geografiska särdrag.

73. Prövningen ska mot bakgrund av ovanstående avse följande: Platsen där arbetstagaren måste befinna sig under bakjouren. Tiden för att hörsamma en inkallelse. Arbetsplatsens geografiska särdrag.

74. Vad beträffar den första aspekten, den rumsliga, framgår det klart och tydligt av handlingarna i målet, vilket också bekräftades vid förhandlingen, att arbetstagaren rättsligt sett inte var skyldig att stanna kvar på arbetsplatsen under bakjouren och inte heller på en plats som bestämts av arbetsgivaren. Han var i själva verket fri att tillbringa sin egen tid var han ville. Det enda krav som ställdes på honom var att han skulle infinna sig senast en timme efter ett samtal.

75. Den andra aspekten, den tidsmässiga, framstår som allt annat än ”omedelbar”. En timme kan i själva verket anses vara en lämplig reaktionstid för att medge en planering av en viloperiod i väntan på ett samtal.

76. Som framgår av tolkningsfrågorna är det den tredje aspekten, avseende de geografiska särdragen på den plats där arbetsplatsen ligger, som föranleder den nationella domstolens tvekan i frågan huruvida den tid som arbetstagaren tillbringar i bakjour kan betraktas som viloperioder. Av handlingarna framgår nämligen att sändningsstationen där arbetstagaren är placerad ligger högt uppe i bergen, långt från bebodda trakter, och att förbindelsen ned till dalgången utgörs av en linbana som endast är i drift vissa perioder. Arbetstagaren har inget eget transportmedel, i och med att han hämtas och lämnas med arbetsgivarens transportmedel i början och slutet av varje period som han tillbringar i sändningsstationen. Arbetstagaren kan inte ta sig hem till sin bostad över en dag och därför är han tvungen att övernatta i en lokal i anslutning till sändningsstationen under hela perioden, i en lägenhet som ställts till arbetstagarens förfogande.

77. En sådan omständighet som arbetsplatsens särskilda geografiska placering kan enligt min mening inte påverka bedömningen att bakjour ska betraktas som en viloperiod, inte som arbetstid, vare sig med avseende på avståndet och den därmed förenade svårigheten för arbetstagaren att ta sig hem eller med avseende på arbetstagarens begränsade möjligheter till förströelse.

78. Var arbetet ska utföras ingår i en näringsidkares organisatoriska val och det faller under arbetsgivarens ledningsbefogenheter att avgöra var en arbetstagare ska placeras. En underordnad arbetstagare är således skyldig att fullgöra sin arbetsförpliktelse på den plats som arbetsgivaren, i företagets intresse, har angett.

79. Vad gäller den första aspekten är det ingenting ovanligt att ett arbete ska utföras på en plats som är belägen långt från arbetstagarens hem.[31] I många fall är det omöjligt, eller synnerligen svårt, för en arbetstagare att ta sig hem vid arbetsdagens slut.

80. I sådana fall kan arbetstagaren välja att flytta för arbetets skull eller att tillbringa en del av arbetsveckan eller ibland längre perioder långt hemifrån. Arbetsgivaren kan inte vara skyldig att placera arbetsplatsen utifrån arbetstagarens hemvist.

81. Platsen där arbetet utförs kan vidare i vissa fall vara belägen långt från bebodda trakter och vara av sådan art att arbetstagaren måste befinna sig långt från hemmet även under mycket långa perioder, till exempel i sjöfart och på oljeplattformar.

82. En sådan omständighet är slutligen inte direkt avhängig kravet på bakjour. De omständigheter som beskrivs i handlingarna i målet tycks nämligen vara sådana att arbetstagaren inte skulle ha kunnat åka hem varje dag, även om han inte hade haft bakjour.

83. Av detta följer att avståndet mellan arbetsplatsen, i synnerhet när den är tillfällig, och arbetstagarens hemvist inte kan vara relevant för bakjourens kvalificering.

84. Med modern teknik är det dessutom betydligt lättare än tidigare att hålla kontakt med nära och kära även på avstånd.

85. Vad gäller den andra aspekten framstår inte arbetstagarens begränsade möjligheter att ägna sig åt fritidsaktiviteter som ett kriterium som bör påverka kvalificeringen av bakjouren.

86. Unionsrätten garanterar nämligen arbetstagare en rätt till viloperioder, mellan arbetsperioder, för att kunna återhämta sig mentalt och fysiskt. Även begreppet tillräcklig vila[32] är begränsat till att garantera att arbetstagarna har regelbundna viloperioder, som är tillräckligt långa och sammanhängande för att säkerställa att de inte på grund av trötthet eller ojämn arbetsrytm skadar sig själva, sina kolleger eller andra personer och att deras hälsa inte tar skada, vare sig på kort eller på lång sikt.

87. Den enda omständigheten att arbetstagaren har begränsade möjligheter, men inte är helt förhindrad, att ägna sig åt fritidsaktiviteter tycks inte alls oförenlig med det ovan angivna begreppet tillräcklig viloperiod.

31 Även kommissionen har anfört detta i punkt 61 i sitt skriftliga yttrande.

32 Artikel 2.9 i direktiv 2003/88.

88. I det nu aktuella fallet framgår det av handlingarna i målet och även av några förtydliganden av parterna vid förhandlingen att arbetstagaren, även om han befann sig i ett särskilt geografiskt sammanhang, hade möjlighet att ägna sig åt många aktiviteter under bakjoursperioderna. [33]

89. När det slutligen gäller den omständigheten att arbetstagaren hade tillgång till en övernattningsbostad i närheten av arbetsplatsen, kan den omständigheten inte påverka kvalificeringen av bakjouren. Redan i beslutet i målet Grigore slog domstolen fast att frågan huruvida en period av bakjour ska kvalificeras som arbetstid i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 2003/88 inte beror på huruvida en tjänstebostad tillhandahålls. [34]

90. I det nu aktuella fallet tycks det vara möjligt att slå fast, med förbehåll för den nationella domstolens prövning, att den omständigheten att den delvisa begränsningen av rörelsefriheten och friheten att ägna sig åt egna personliga och sociala intressen inte härrör direkt från arbetsgivarens krav utan från objektiva omständigheter som inte är hänförliga till arbetsgivarens avtalsenliga ansvar och som inte inverkar menligt på arbetstagarens vila under bakjoursperioderna.

91. Det nu aktuella målet ska alltså avgöras med hjälp av samma principer som redan formulerats av domstolen. De avgörande faktorerna när det gäller frågan huruvida en bakjour ska kvalificeras som arbetstid är vilka krav som arbetsgivaren ställer, om de är av den arten att arbetstagaren inte kan få tillräcklig vila. [35]

92. Domstolen kan nu komplettera sin praxis genom att, återigen utifrån den flera gånger angivna teleologiska synvinkeln på tolkningen av begreppen i direktiv 2003/88, påpeka att det inte är nödvändigt att arbetstagaren befinner sig på en plats som bestämts av arbetsgivaren för att en bakjour ska betraktas som arbetstid, utan att det är tillräckligt att arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande och måste ingripa och utföra faktiskt arbete inom mycket kort tid.

93. I domen i målet Matzak gjorde domstolen nyligen en flexibel tolkning av den formulering som används i direktivet, vilken innebär att ett av rekvisiten för arbetstid är att vara på arbetet, vilket kan avse såväl arbetsplatsen som någon annan plats som bestämts av arbetsgivaren.

94. När arbetstagaren inte befinner sig på arbetsplatsen är det, precis som i några tidigare fall som prövats av domstolen, den omständigheten att arbetstagaren är underordnad krav som ställts av arbetsgivaren, och i synnerhet reaktionstiden efter en inkallelse, som är avgörande, inte huruvida arbetstagaren befinner sig på en plats som bestämts av arbetsgivaren eller i närheten av arbetsplatsen.

95. I målen Grigore och Tyco lades ingen vikt vid frågan huruvida arbetstagare befann sig på en särskild plats som bestämts av arbetsgivaren eller i närheten av arbetsplatsen med avseende på kvalificeringen av bakjoursperioden.

33 Arbetsgivaren har nämligen anfört att det framgår av det nationella målet att arbetstagarna ägnade sig åt olika intressen och aktiviteter under perioderna av bakjour. Några åkte skidor eller vandrade, andra tog linbanan ned till dalgången för att handla eller tittade på film eller tv-serier (protokoll från förhandlingen, s. 6).

34 Se beslut av den 4 mars 2011, Grigore (C-258/10, ej publicerat, EU:C:2011:122, punkt 70).

35 Se även, för ett liknande resonemang, Leccese, Il diritto del lavoro europeo: l'orario di lavoro. Un focus sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, 2016, s. 7, inte utgiven men tillgänglig på http://giustizia.lazio.it/appello.it/form_conv_didattico/Leccese%20-%20Diritto%20lavoro%20europeo%20e%20orario%20lavoroLECCESE.pdf, där författaren menar att ”det inte råder några tvivel om att hela resonemanget vilar på just en teleologisk bedömning, där frågan är huruvida arbetstagaren medges tillräcklig vila i förhållande till direktivets syfte”.

96. I beslutet i målet Grigore överlät domstolen emellertid på den nationella domstolen, i och med att tillhandahållandet av en tjänstebostad i närheten av arbetsplatsen inte var avgörande för kvalificeringen av en bakjour som arbete eller vila, att göra bedömningen på grundval av följande kriterium: Bakjour kan betraktas som arbetstid om det kan fastställas att det föreligger ”skyldigheter som gör att den berörda arbetstagaren inte själv kan välja var han eller hon ska vistas under perioder utan aktivt arbete”. Sådana perioder ska nämligen, när de är fastställda, ”anses ingå i utförandet av arbetstagarens uppgifter”. [36]

97. I domen i målet Tyco [37] uttalade domstolen i stället att i ett sådant fall som det aktuella i det nationella målet, skulle restiden, för en arbetstagare utan fast arbetsplats, mellan bostaden och de av arbetsgivaren angivna kunderna betraktas som arbetstid i och med att dessa arbetstagare, trots en viss grad av frihet under resorna, ändå var skyldiga att följa arbetsgivarens specifika instruktioner.

98. Jag anser därför, mot bakgrund av domstolens praxis och utifrån den ovan angivna teleologiska tolkningsvinkeln, att den avgörande faktorn vid kvalificeringen av bakjour är hur starkt bunden arbetstagaren är av arbetsgivarens krav och i synnerhet hur lång tid arbetstagaren har på sig vid en inkallelse.

99. Tiden för att hörsamma en inkallelse är en avgörande faktor eftersom den objektivt och entydigt har en direkt inverkan på arbetstagarens frihet att ägna sig åt sina egna intressen och, i huvudsak, att vila. Några minuters reaktionstid efter en inkallelse ger inte utrymme för någon som helst planering, inte ens preliminär, av den egna viloperioden.

100. En skälig tid för att hörsamma en inkallelse innebär däremot att arbetstagaren kan ägna sig åt andra aktiviteter under en bakjour, om än med vetskapen om att han eller hon kan kallas in i tjänst.

101. Jag menar att reaktionstiden även påverkar var arbetstagaren måste befinna sig under en bakjour. [38] Det är uppenbart att en mycket kort reaktionstid innebär att arbetstagaren under en bakjour måste befinna sig inom ett visst geografiskt område, och att detta område i sak bestäms av arbetsgivaren. [39] Även om arbetsgivaren inte kräver att arbetstagaren ska vistas på en viss plats, utan i stället kräver att arbetstagaren ska reagera på en inkallelse inom mycket kort tid, begränsar arbetsgivaren ändå i praktiken arbetstagarens rörelsefrihet.

102. Jag anser således att det inte i första hand är platsen där arbetstagaren befinner sig under en bakjour som är avgörande för kvalificeringen av perioden som vila eller arbete, utan snarare begränsningen av arbetstagarens rörelsefrihet som beror på hur snabbt arbetstagaren måste reagera på ett samtal.

103. När det gäller hur bunden arbetstagaren är kan jag nämligen inte se några större skillnader mellan en situation där arbetstagaren är skyldig att befinna sig i sin egen bostad under en bakjour och en situation där arbetstagaren inte har denna skyldighet men i stället är skyldig att reagera på ett samtal inom en synnerligen kort tid.

36 Se beslut av den 4 mars 2011, Grigore (C-258/10, ej publicerat, EU:C:2011:122, punkt 68).

37 Se dom av den 10 september 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (C-266/14, EU:C:2015:578).

38 Skyldigheten att hörsamma en inkallelse inom mycket kort tid ”begränsar arbetstagarens frihet att styra över sin egen tid. Det innebär såväl geografiska som tidsmässiga begränsningar av arbetstagarens aktiviteter”. Se L. Mitrus, Potential implications of the *Matzak* judgment (quality of rest time, right to disconnect), in European Labour Law Journal, 2019, s. 391.

39 A. Frankart och M. Glorieux, Temps de garde: regards rétrospectifs et prospectifs à la lumière des développements européens, La loi sur le travail – 40 ans d’application de la loi du 16 mars 1971 (under vetenskaplig samordning av S. Gilson och L. Dear), Anthemis, Limal, 2011, s. 374.

104. Som antyds ovan är jag därför av den åsikten att det är graden av bundenhet till följd av att arbetstagaren är underordnad arbetsgivarens anvisningar som är avgörande för kvalificeringen av en bakjour som arbete eller vila. Detta underordnande kan medföra alla möjliga typer av krav men först och främst ska reaktionstiden efter ett samtal ses som avgörande.

105. Att en särskild plats anvisas där en bakjour ska tillbringas kan ha betydelse, som ett tecken på den ovan angivna graden av underordnande i förhållande till arbetsgivarens anvisningar, men endast vid en helhetsbedömning.

106. Möjligheten att nå en arbetstagare med hjälp av bärbar elektronisk utrustning (mobiltelefon, surfplatta, bärbar dator), som innebär att arbetstagaren kan kontaktas när som helst, gör det, även utifrån arbetsgivarens synvinkel, mindre motiverat eller begripligt att arbetsgivaren kräver att arbetstagaren fysiskt ska befinna sig på en viss plats vid bakjour. Det viktigaste för arbetsgivaren är inom vilken *tidsperiod* arbetstagaren, oavsett var han eller hon befinner sig, kan nå den plats som anvisats av arbetsgivaren.

107. När den avgörande faktorn för kvalificeringen av en bakjour som arbete eller vila nu är fastställd, ska de nationella domstolarna också få ytterligare några kriterier som kan vara användbara när huvudkravet, reaktionstiden efter ett samtal, inte är så kort att arbetstagaren inte kan få faktisk vila.

108. När reaktionstiden efter en inkallelse är påtagligt kort, alltså bara några minuter, anser jag att det i sig är tillräckligt för att en bakjour ska betraktas som arbetstid, utan att det krävs någon vidare prövning utifrån övervägandena ovan. I ett sådant fall är arbetstagarens rörelsefrihet så pass begränsad att arbetsgivaren även ska anses ha bestämt på vilken plats arbetstagaren ska befinna sig.

109. Ytterligare kriterier kan behövas för det fallet att reaktionstiden efter ett samtal i stället är kort men inte så kort att det i princip är omöjligt för arbetstagaren att själv välja var han eller hon ska tillbringa en bakjour. Dessa kriterier ska prövas tillsammans, och särskild hänsyn ska tas till den samlade effekten på arbetstagarens vila av alla villkor för genomförande av ett bakjoursystem. Leder dessa krav sammantaget till att arbetstagarens möjligheter att ägna sig åt sina egna intressen och sin familj begränsas, liksom arbetstagarens rörelsefrihet från arbetsplatsen, eller innebär kraven ett i det närmaste absolut hinder? Det är nämligen naturligt att en period av bakjour medför viss bundenhet och vissa begränsningar av arbetstagarens frihet. Syftet med unionsrätten är att förhindra att sådana begränsningar blir så ingripande att arbetstagaren inte får en faktisk vila.

110. Så tolkar jag den vikt som ska läggas vid att arbetstagaren ska få en faktisk vila. Jag anser inte att det är lämpligt att använda kvaliteten på den tid som arbetstagaren förfogar över under en bakjour som ett kriterium, trots att detta föreslagits från behörigt håll.[40] Jag anser nämligen att ett sådant kriterium kan bli alltför subjektivt och därmed tolkas olika av de nationella domstolarna, inte minst på grund av olika synsätt i de enskilda länderna. Det skulle inte gagna rättssäkerheten.

111. De parter som yttrat sig har i de skriftliga yttrandena och vid förhandlingen[41] föreslagit en rad olika kriterier, i form av krav som kan påverka kvalificeringen av en bakjour som arbete eller vila, exempelvis huruvida arbetstagaren är skyldig att besvara ett samtal, arbetstagarens handlingsutrymme vid ett sådant samtal (möjlighet att vidta åtgärder på distans, huruvida arbetstagaren kan ersättas av någon annan), påföljder vid utebliven åtgärd eller för dröjsmål efter samtal, hur brådskande en åtgärd är, arbetstagarens ansvarsnivå, yrkesspecifika särdrag, avstånd mellan den plats där arbetstagaren befinner sig och platsen dit arbetstagaren ska återgå i tjänst, geografiska begränsningar som kan fördröja resan till arbetsplatsen, huruvida arbetskläder ska bäras och huruvida tjänstefordon är tillgängligt.

40 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Matzak (C-518/15, EU:C:2017:619, punkt 57).

41 I synnerhet i mål C-580/19, vid den gemensamma förhandlingen.

112. Dessutom tillkommer kriteriet om rimlig förväntan att kallas in i tjänst, föremålet för den andra tolkningsfrågan i mål C-580/19, vilket tycks hänföra sig till frågan hur arten av den faktiska viloperioden under en bakjour påverkas av insatsernas frekvens.

113. Jag menar att domstolen endast bör formulera allmänna och objektiva kriterier och inte gå in alltför specifikt på enskilda situationer, utan i stället låta de nationella domstolarna ta ställning till alla faktiska omständigheter.

114. Jag tror att det är lämpligt att endast ge några exempel på ytterligare kriterier, som kan användas i de tveksamma fall som beskrivits ovan, som ändå kan hänföras till arbetsgivarens utövande av sin ledningsbefogenhet – och arbetstagarens underordnande ställning i egenskap av svagare part i anställningsförhållandet – och inte är resultatet av objektiva förhållanden utan anknytning till arbetsgivarens kontroll.

115. Bedömningen bör därför inte avse sådana omständigheter som avståndet till den plats där arbetsinsatsen ska utföras (om det inte rör sig om en annan plats än den vanliga och således beror på arbetsgivarens specifika vilja) eller geografiska begränsningar, vilka som sagt också är oberoende av arbetsgivarens vilja.

116. Ansvarsnivån och de specifika uppgifter som ska utföras bör inte heller tillskrivas någon särskild betydelse. Bakjour är ett sätt att organisera arbetet som hör till arbetsgivarens ledningsbefogenheter. Genom att besvara ett samtal fullgör arbetstagaren sin arbetsförpliktelse, som ska utföras med sedvanlig omsorg. Jag anser därför att arbetstagaren ska utföra arbetsinsatsen åt företaget med samma engagemang, oavsett kvalifikation och ansvarsnivå. I själva verket skulle det vara svårt att göra en objektiv bedömning av företagets intresse, i och med att det som i en betraktares ögon kan framstå som oviktigt för någon annan kan vara av största vikt. Ett liknande resonemang kan föras i fråga om kriteriet avseende hur brådskande en åtgärd är och om arten och relevansen av de intressen som berörs av en verksamhet.

117. Det är riktigt att graden av psykisk press på en arbetstagare kan variera beroende på ansvarsnivån men jag menar att det är en alldeles för subjektiv omständighet för att kunna påverka kvalificeringen.

118. Däremot bör ett annat resonemang föras i fråga om några kriterier som rör omständigheter i arbetsgivarens inställning. Arbetstagarens handlingsutrymme vid ett samtal kan till exempel användas som ett kompletterande kriterium, både i det fallet att reaktionstiden efter ett samtal är flexibel och när arbetstagaren kan räkna med att kunna ersättas av någon annan arbetstagare som redan finns på arbetsplatsen eller som lättare kan ta sig dit.

119. Detsamma gäller i fråga om följderna av ett dröjsmål eller en utebliven insats vid ett samtal under bakjouren.

120. Svaret på ett samtal under bakjour utgörs som anges ovan av att arbetstagaren utför en arbetsinsats. Arbetsgivaren kan dock förutse mer eller mindre betydande följder vid ett bristfälligt utförande. Det skulle kunna ha betydelse för kvalificeringen av bakjouren att det inte finns någon uttryckligt angiven påföljd för ett uteblivet eller sent utförande, eller att eventuella påföljder inte är enhetliga.

121. Även sådana omständigheter som förefaller mindre viktiga, som skyldighet att bära arbetskläder och tillgång till tjänstefordon för att ta sig till platsen för en insats, skulle kunna ha betydelse för kvalificeringen av bakjouren, i synnerhet vid bedömningen av huruvida svarstiden efter ett samtal är tillräcklig eller inte.

122. Om en arbetstagare har relativt kort tid på sig för att infinna sig i tjänst efter att ha blivit inkallad under en bakjour och arbetsgivaren kräver att arbetstagaren under samma tid ska ta på sig en särskilt komplicerad klädsel som kräver särskilt lång tid för påklädning, skulle detta, nämligen kunna påverka bedömningen av huruvida tiden är tillräcklig.

123. Omvänt skulle bedömningen huruvida tiden är tillräcklig också kunna påverkas av den omständigheten att arbetsgivaren tillhandahåller ett tjänstefordon för att arbetstagaren efter att ha blivit inkallad ska kunna ta sig till platsen för en insats, vilket kan medge undantag från vissa vägtrafikbestämmelser utifrån vikten av de intressen som berörs av insatsen. Detta skulle kunna betraktas som ett underlättande och således föranleda bedömningen att en reaktionstid som, utan denna omständighet, skulle kunna framstå som otillräcklig för att medge faktisk vila, skulle kunna anses vara skälig.

124. Bakjourens förläggning i tid och dess längd är ytterligare omständigheter som hänför sig till arbetsgivarens inställning, som jag anser kan påverka kvalificeringen av en bakjour i tveksamma fall. Om bakjouren ofta förläggs till nätter och helgdagar, eller om den är särskilt långvarig, blir den mer betungande för arbetstagaren än om den vore förlagd till dagtid under vardagar.

125. Vad slutligen gäller insatsernas sannolika frekvens, vilket som anges ovan är föremålet för den andra tolkningsfrågan i mål C-580/19, kan det hänföras till de omständigheter som kan bedömas i tveksamma fall, dock inte automatiskt. Lågfrekventa insatser innebär inte att en bakjour måste kvalificeras som vila, och en hög frekvens av insatser behöver inte innebära att den ska betraktas som arbetstid.

126. Den omständighet som kan ha betydelse vid en helhetsbedömning är huruvida, och i vilken utsträckning, arbetstagaren normalt ska förvänta sig att bli inkallad under jourtiden.[42]

127. Denna omständighet ingår åtminstone delvis i arbetsgivarens ledningsbefogenheter, vilken inom ramen för organiseringen av företaget kan uppskatta och göra prognoser över behovet av insatser.

128. Om insatserna ofta upprepas under bakjoursperioder blir arbetstagaren så involverad att han eller hon nästan inte alls kan planera sin lediga tid under sådana perioder. Detta kan, i förening med en kort reaktionstid efter en inkallelse, utgöra en verklig risk för att arbetstagaren inte får en faktisk vila.

129. Efter att ha prövat omständigheterna i det konkreta fallet ankommer det på den nationella domstolen att utifrån de ovan angivna kriterierna, med ett förhållningssätt som syftar till att beakta den samlade effekten av alla genomförandevillkor i ett joursystem på arbetstagarens faktiska vila, kvalificera den tid som arbetstagaren tillbringar i bakjour som arbetstid eller som viloperiod. En nationell domstol ska i varje enskilt fall fastställa huruvida tid som tillbringas i bakjour normalt ska betraktas som en viloperiod eller om den, till följd av särskilt stränga krav som ställs av arbetsgivaren, ska anses ha ändrat karaktär och övergått till att vara arbetstid.

IV. Förslag till avgörande

130. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor på följande sätt:

”1) Artikel 2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att den avgörande faktorn vid kvalificeringen av bakjour som arbetstid eller viloperiod är graden av bundenhet till följd av att arbetstagaren är underordnad arbetsgivarens anvisningar, i synnerhet reaktionstiden efter ett samtal.

42 Såsom den finska regeringen anförde i sitt skriftliga yttrande i det förenade målet C-580/19 (punkt 22).

För det fallet att reaktionstiden efter ett samtal är kort men inte så kort att den helt förhindrar arbetstagaren från att själv välja var han eller hon ska befinna sig under en bakjour kan det vara ändamålsenligt med ytterligare kriterier, vilka ska prövas tillsammans, varvid särskild uppmärksamhet ska ägnas åt den samlade effekt som alla villkor för genomförandet av ett bakjoursystem kan få på arbetstagarens vila.

Dessa ytterligare kriterier ska vara hänförliga till arbetsgivarens utövande av sina ledningsbefogenheter – och till arbetstagarens därmed förenliga underordnande, vilken är den svagare parten i förhållandet – och inte härröra från objektiva situationer som ligger utanför arbetsgivarens kontroll.

De kan exempelvis bestå av arbetstagarens handlingsutrymme vid ett samtal, vilka följderna blir i händelse av dröjsmål eller utebliven insats efter ett samtal, huruvida arbetskläder måste tas på, huruvida ett tjänstefordon är tillgängligt för att arbetstagaren ska kunna ta sig till platsen för en insats, bakjourens förläggning i tid och varaktighet samt den sannolika frekvensen av insatser.

I det aktuella fallet förefaller bakjouren för en arbetstagare som arbetar på en svårtillgänglig plats, som inte är bunden av några krav från arbetsgivaren om att befinna sig på en viss plats och som har en reaktionstid på en timme efter ett samtal, med förbehåll för den nationella domstolens fastställelse av sakförhållandena utifrån ovan angivna kriterier, inte kunna kvalificeras som arbetstid.

2) Den omständigheten att arbetstagaren under vissa perioder övernattar i en bostad i närheten av den plats där han utför sitt arbete (en tv-sändningsstation), eftersom platsens geografiska särdrag gör det omöjligt (eller mycket svårt) att återvända hem varje dag, påverkar inte den rättsliga kvalificeringen av bakjouren.

3) Svaret på de ovanstående frågorna blir, med förbehåll för den nationella domstolens prövning av sakförhållandena utifrån ovan angivna kriterier, inte annorlunda om det rör sig om en plats där möjligheterna att ägna sig åt rekreationsverksamhet är begränsade på grund av platsens geografiska särdrag och arbetstagaren är mer begränsad när det gäller att styra över sin egen tid och ägna sig åt sina egna intressen (jämfört med hur det vore om han varit hemma).