FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 24 januari 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning . . . . . I - 183

II — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 184

A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser . . . . . I - 184

B — Nationella bestämmelser . . . . . I - 184

1. Nationell lagstiftning . . . . . I - 184

2. Tillämpliga kollektivavtal . . . . . I - 185

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna . . . . . I - 186

IV — Förfarandet vid domstolen . . . . . I - 189

V — Parternas huvudsakliga argument . . . . . I - 189

VI — Rättslig bedömning . . . . . I - 191

A — Den första frågan . . . . . I - 191

1. Inledande anmärkningar . . . . . I - 191

2. Rätten till betald årlig semester som grundläggande social rättighet . . . . . I - 192

3. Rätten till betald årlig minimisemester enligt gemenskapsrätten . . . . . I - 196

a) Medlemsstaternas behörighet att genomföra bestämmelserna . . . . . I - 196

b) Den skyddsnivå som säkerställs genom gemenskapsrätten . . . . . I - 198

1 — Originalspråk: tyska.

c) Arbetsförmåga som villkor för rätten till semester . . . . . I - 200

i) Tillämpligheten av principer som utvecklats i rättspraxis . . . . . I - 200

ii) Åsidosättande av syftet med artikel 7.1 i direktiv 2003/88 . . . . . I - 202

— Risken med en tolkning som strider mot syftet . . . . . I - 202

— Tolkning i enlighet med avtalsparternas intressen i ett anställningsförhållande . . . . . I - 203

iii) Jämförelse med bestämmelserna i ILO-konventionen (nr 132) om semester . . . . . I - 204

B — Den andra frågan . . . . . I - 205

C — Den tredje frågan . . . . . I - 207

VII — Förslag till avgörande . . . . . I - 209

I — Inledning

1. Landesarbeitsgericht Düsseldorf har begärt ett förhandsavgörande enligt artikel 234 EG avseende tolkningen av artiklarna 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. Tolkningsfrågan har sin bakgrund i en tvist mellan Gerhard Schultz-Hoff (klagande) och hans tidigare arbetsgivare, Deutsche Rentenversicherung Bund (motpart). Tvisten vid Landesarbeitsgericht Düsseldorf gäller frågan huruvida klaganden, efter det att anställningsförhållandet har upphört, har rätt till semesterersättning från motparten.

3. Landesarbeitsgericht Düsseldorf undrar, i allt väsentligt, om det är förenligt med direktiv 2003/88 att en arbetstagares rätt till en betald årlig semester på minst fyra veckor förfaller vid semesterårets slut, eller senast vid slutet på den följande perioden under vilken han har rätt att ta ut sin sparade semester, och att semestern inte kan bytas ut mot kontant ersättning när arbetsförhållandet upphör om arbetstagaren varit sjuk till slutet av den följande perioden och på grund av sjukdomen varit oförmögen att arbeta under denna period.

2 — EUT L 299, s. 9.

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. [3] Precis som det tidigare direktivet syftar direktiv 2003/88 till att reglera vissa minimikrav för säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden. 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.”

3 — EGT L 307, s. 18.

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*

1. Nationell lagstiftning

6. I lag om minimisemester för arbetstagare (Bundesurlaubsgesetz) (BUrlG) av den 8 januari 1963, i dess lydelse av den 7 maj 2002, föreskrivs bland annat följande:

”1 § Rätten till semester

Varje arbetstagare har under varje kalenderår rätt till betald semester.

…

3 § Semesterns längd

1) Semestern skall vara minst 24 arbetsdagar varje kalenderår.

…

7 § Förläggning av semesterledighet, sparande av semesterledighet och semesterersättning

1) Vid förläggningen av semestertiden skall hänsyn tas till arbetstagarens önskemål under förutsättning att de är förenliga med eventuella särskilda skäl avseende verksamheten eller önskemål från andra arbetstagare som av sociala skäl förtjänar att få sina behov tillgodosedda i första hand.

3) Semesterledighet måste beviljas och tas ut under det löpande kalenderåret. Semester kan endast sparas till efterföljande kalenderår om det är motiverat av särskilda skäl avseende verksamheten eller arbetstagaren själv. Om semester sparas måste semesterledigheten beviljas och tas ut under de första tre månaderna av det efterföljande kalenderåret.

4) Om semesterledighet helt eller delvis inte kan beviljas på grund av att anställningsförhållandet upphör har arbetstagaren rätt till semesterersättning.”

7. Enligt 13 § BUrlG får det göras avvikelser från denna lag, inklusive 7 § punkt 3 BUrlG, genom kollektivavtal, i den mån som det inte sker till nackdel för arbetstagaren.

2. Tillämpliga kollektivavtal

8. I det allmänna nationella kollektivavtalet för anställda vid den tyska försäkringskassan för anställda (Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) (nedan kallat MTAng-BfA) föreskrivs följande:

”47 § Semesterledighet

1) Arbetstagaren har varje semesterår rätt till semesterledighet med semesterlön. Semesteråret motsvarar kalenderåret.

…

…

7) Semesterledigheten skall förläggas så att den inleds senast vid semesterårets slut. Kan arbetstagaren inte inleda sin semesterledighet före semesterårets slut, skall semesterledigheten förläggas så att den inleds senast den 30 april under det efterföljande semesteråret. Kan semesterledigheten på grund av verksamheten, på grund av att arbetstagaren är oförmögen till arbete eller på grund av de skyddsfrister som föreskrivs i Mutterschutzgesetz (lagen om skydd för mödrar) inte förläggas så att den inleds senast den 30 april, skall den inledas senast den 30 juni. Om en semester för ett semesterår, som förlagts inom semesteråret, på förordnande av Bundesversicherungsanstalt für angestellte har förlagts till en period efter semesterårets slut och arbetstagaren på grund av att han inte är förmögen att arbeta inte kunde förlägga semestern enligt andra meningen, skall semestern förläggas så att den inleds senast den 30 september.

51 § Semesterlön

1) Upphör en arbetstagare att vara anställd hos arbetsgivaren innan han har tagit ut den semesterledighet som han har tjänat in, skall ledigheten i den utsträckning det är möjligt med hänsyn till tjänsten och verksamheten beviljas och tas ut under uppsägningstiden. Arbetstagaren skall, om semesterledighet inte kan beviljas eller uppsägningstiden inte räcker till, erhålla semesterersättning. Motsvarande gäller om anställningen upphör på grund av uppsägningsavtal (58 §), på grund av nedsatt arbetsförmåga (59 §) eller blir vilande enligt bestämmelserna i 59 § första stycket femte meningen.”

…

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Rätten till semesterledighet som inte förläggs så att den inleds inom de nämnda fristerna förfaller.

9. Efter det att ett anställningsförhållande avslutades den 30 september 2005 tvistar parterna vid den nationella domstolen om klagandens rätt till semesterersättning för åren 2004 och 2005.

10. Klaganden är född den 14 januari 1949 och var från och med den 1 april 1971 anställd av motparten och dess föregångare, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA). Tillämpligt kollektivavtal för anställningsförhållandet var MTAng-BfA. Klagandens sista lön beräknades enligt lönegrupp 11. Från år 1985 var Schultz-Hoff anställd i yttre tjänst vid filialen Düsseldorf. Till hans arbetsuppgifter hörde granskning av företag och prövning av de sjukkassor som var mottagare av försäkringsbelopp. För att kunna utföra sina arbetsuppgifter var Schultz-Hoff tvungen att använda bil.

11. Klaganden har klassificerats som gravt handikappad enligt tysk rätt (GdB (graden av invaliditet) 60 ”G” [4]). På grund av svårartat diskbråck har han sedan 1995 varit tvungen att genomgå sammanlagt 16 operationer. Klaganden har omväxlande haft perioder av arbetsförmåga och perioder då han på grund av sjukdom varit oförmögen att arbeta. År 2004 hade han arbetsförmåga fram till september månad. Den 8 september 2004 blev han heltidssjukskriven av läkare, vilket förlängdes till och med den 30 september 2005. Sedan dess har klaganden inte kunnat köra bil på grund av att han konstant medicinerar med smärtstillande medicin som innehåller morfin.

12. I ett brev av den 13 maj 2005 ansökte klaganden om uttag av den sparade semestern från 2004 från och med den 1 juni 2005. Den 25 maj 2005 avslog motparten begäran och anförde att företagshälsovården enligt 7 § andra stycket MTAng-BfA först måste fastställa att Schultz-Hoff har förmåga att arbeta. I ett brev av den 10 augusti 2005 ansökte klaganden om att motparten skulle ge honom ett förslag på arbete som han kunde utföra i hemmet inom ramen för rehabilitering. Den 6 september 2005 svarade motparten att den, eftersom klaganden kort dessförinnan hade lämnat in en ansökan om pension, önskade avvakta utgången av det pågående förfarandet.

13. I egenskap av pensionsförsäkringskassa fastställde motparten i september år 2005 att klaganden hade nedsatt arbetsförmåga och klaganden beviljades retroaktivt, från och med den 1 mars 2005, full pension på grund av nedsatt arbetsförmåga. På grund av detta beslut upphörde anställningsförhållandet mellan parterna enligt 59 § MTAng-BfA den 30 september 2005.

14. I november 2005 väckte klaganden talan vid Arbeitsgericht Düsseldorf (arbetsdomstolen i Düsseldorf) och yrkade semesterersättning för åren 2004 och 2005. Domstolen ogillade talan genom dom av den 7 mars 2006. Den 27 april 2006 överklagade klaganden domen till Landesarbeitsgericht Düsseldorf, som har hänskjutit tolkningsfrågor till domstolen.

4 — Graden av invaliditet (Grad der Behinderung eller GdB) är ett begrepp i den tyska lagstiftningen om svårt handikappade. GdB är en mätenhet för hur svårt skadad den handikappade personen är. Begreppet används i den nionde boken i sociallagen om rehabilitering av och deltagande för handikappade personer (Sozialgesetzbuch II - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen). GdB kan variera mellan 20 och 100 i steg om 10. Alla personer som har en GdB om minst 50, som fastställs av försäkringskassan (Versorgungsamt) eller myndigheten för sociala angelägenheter (Amt für Soziale Angelegenheiten), är svårt handikappade. Detta markeras i handikappintyget och särskilda skador anges. ”G” anger en begränsning av rörelseförmågan i trafiken.

15. Klaganden har yrkat semesterersättning om totalt 14 094,78 euro brutto. Det yrkade beloppet har beräknats utifrån 35 semesterdagar per år och en månadsinkomst om 4 362,67 euro brutto. Klaganden har anfört att han avsåg att utnyttja den ansökta semestern från och med den 1 juni 2005 för att vila upp sig inför den kommande rehabiliteringen. Klaganden har vidare gjort gällande att han kan utföra enklare kontorssysslor på deltid.

16. Motparten har å sin sida anfört att ett kontorsarbete på deltid, såsom det presenterats av klaganden, inte är tillräckligt för att klaganden skall anses fullgöra sin arbetsplikt enligt anställningsavtalet. Om klaganden fortfarande är oförmögen att arbeta kan han inte förlägga sin sparade semester till respektive föreskriven period och hans rätt till semester har således förfallit. Klaganden har således inte heller rätt till den yrkade semesterersättningen.

17. Den hänskjutande domstolen anser att utgången av målet är beroende av tolkningen av direktiv 2003/88. Den beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

1) Skall artikel 7.1 i direktiv 2003/88/EG (vilken motsvarar artikel 7 i direktiv 93/104/EG) tolkas så, att en arbetstagare alltid måste få en årlig betald semester på minst fyra veckor och att särskilt den semester som arbetstagaren inte har tagit ut under året på grund av sjukdom måste beviljas vid en senare tidpunkt, eller kan det i nationella bestämmelser och/eller nationell praxis föreskrivas att rätten till betald årlig semester förfaller om en arbetstagare under semesteråret blir oförmögen att arbeta på grund av sjukdom innan semestern har beviljats och inte återfår sin arbetsförmåga innan semesterårets slut och inte heller innan den rättsligt, genom kollektivavtal eller genom enskilt avtal mellan arbetstagaren och arbetsgivaren fastställda perioden under vilken arbetstagaren har en rätt att ta ut sin sparade semester, har löpt ut?

2) Skall artikel 7.2 i direktiv 2003/88/EG tolkas så, att en arbetstagare då anställningen avslutas alltid har en rätt till kontant ersättning som ersättning för intjänad semester som arbetstagaren inte har tagit ut (semesterersättning), eller kan det i nationella bestämmelser och/eller nationell praxis föreskrivas att arbetstagaren inte har rätt till semesterersättning om han vid semesterårets slut respektive slutet på den följande perioden under vilken han har rätt att ta ut sin sparade semester är oförmögen att arbeta på grund av sjukdom och/eller om han efter det att anställningen har upphört har förtidspensionerats eller uppbär invaliditetspension?

3) Om EG-domstolen besvarar frågorna 1 och 2 jakande:

Skall artikel 7 i direktiv 2003/88/EG tolkas så, att en rätt till årlig semester eller kontant ersättning förutsätter att arbetstagaren faktiskt har arbetat under semesteråret, eller har arbetstagaren denna rätt även vid giltig frånvaro (på grund av sjukdom) eller ogiltig frånvaro under hela semesteråret?

IV — Förfarandet vid domstolen

18. Begäran om förhandsavgörande av den 2 augusti 2006 inkom till domstolens kansli den 21 augusti 2006.

19. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, den tyska och den italienska regeringen, Förenade kungarikets regering samt Europeiska gemenskapernas kommission har inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

20. Vid förhandlingen den 20 november 2007 deltog ombuden för den tyska och den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering samt för kommissionen i syfte att framföra muntliga yttranden.

V — Parternas huvudsakliga argument

21. Motparten har anfört att en obegränsad möjlighet för arbetstagare med arbetsförmåga att spara semester skulle strida mot direktivets skyddssyfte (beviljande av minimiperioder för vila för att skydda arbetstagarnas säkerhet och hälsa). I fråga om arbetstagare som inte är förmögna att arbeta skulle en obegränsad rätt att spara semester till och med kunna leda till att arbetsgivare känner att det vore lämpligare att göra sig av med långtidssjuka arbetstagare genom att säga upp dem. I annat fall löper de nämligen risken att i förekommande fall vara tvungna att ersätta flera års sparad semester när anställningsförhållandet avslutas, vilket skulle kunna få mycket negativa följder för verksamheten.

22. Enligt den tyska regeringen ger artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet endast arbetstagare rätt till en årlig betald semester om minst fyra veckor. Föremålet för denna bestämmelse är endast att fastställa en minsta tillåten längd för den årliga semestern. Förfarandena för att

bevilja semester, vilka även omfattar förfall av semesteranspråk, omfattas enligt direktivet av medlemsstaternas lagstiftningskompetens och tolkningen av den nationella rätten genom rättspraxis.

23. I fråga om den andra frågan har den tyska regeringen anfört att det ankommer på medlemsstaterna och de nationella myndigheterna att bestämma om och under vilka förutsättningar semesterersättning skall utgå när ett anställningsförhållande upphör.

24. Enligt Förenade kungarikets regering arbetade klaganden inte medan han var sjukledig. Detta innebär att han inte heller haft något behov av en ”faktisk viloperiod” för att återhämta sig från sitt arbete. Syftet med artikel 7 i direktiv 2003/88 är enligt Förenade kungarikets regering att skydda säkerheten och hälsan för dem som faktiskt arbetar genom att föreskriva viloperioder för dem. I förevarande mål skulle det inte ha påverkat arbetstagarens hälsa positivt om semester hade beviljats. Semestern skulle inte ha kunnat inledas innan arbetsförhållandet upphörde. Om klaganden i förevarande mål har rätt till årlig semester, måste man fråga sig följande: Semester från vad? Uppgiften att klaganden skulle förlägga ”årlig semesterledighet” till den period då han var ”sjukledig” saknar därför mening.

25. Förenade kungarikets regering har uppgett att svaret på den andra frågan följer av svaret på den första frågan. Eftersom en sådan arbetstagare som det är fråga om i detta mål inte har rätt till årlig semester enligt artikel 7.1 har han inte heller rätt till semesterersättning enligt artikel 7.2. Dessutom är det enligt artikel 7.2 tillåtet att bevilja semesterersättning när ett arbetsförhållande avslutas, men det är inte tvingande. Därmed kan det inte föreligga någon förpliktelse att göra en sådan utbetalning när en arbetstagare är oförmögen att arbeta på grund av sjukdom och har varit borta från arbetet under en längre period.

26. Den italienska regeringen har hänvisat till den internationella arbetsorganisationens konventioner (nr 52) och (nr 132) (nedan kallad ILO enligt den engelskspråkiga förkortningen av organisationens namn) och till domstolens rättspraxis avseende tolkningen av artikel 7 i direktivet. Med hänsyn till de principer som har utvecklats i domstolens rättspraxis är det enligt den italienska regeringen inte möjligt att dra den slutsatsen att klagandens rätt till semester har förfallit, utan att samtidigt äventyra syftena med semester- och sjukledighet.

27. Dessa överväganden föranledde den italienska regeringen att dra slutsatsen att en arbetstagare när anställningsförhållandet avslutas i vart fall har rätt till ekonomisk ersättning som utbyte för den intjänade semester som inte har lagts ut av arbetstagaren. En nationell bestämmelse, enligt vilken arbetstagare inte har rätt till semesterersättning om de har insjuknat och förlorat sin

förmåga att arbeta ända till semesterårets slut eller till dess att den period under vilken de får lägga ut sparad semester har löpt ut, verkar strida mot principerna i gemenskapsrätten.

28. Kommissionen anser att invändningen att en arbetstagare som har varit frånvarande från arbetet på grund av sjukdom och inte har arbetat saknar behov av en motsvarande viloperiod inte är förenlig med det synsätt som kommit till uttryck i domstolens praxis. Om en arbetstagare sjukskrivs kan rätten till årlig semester inte anses vara uppfylld, eftersom sjukskrivningen är en konsekvens av att arbetstagaren har förlorat sin arbetsförmåga och inte syftar till vila, att få distans till arbetet och rekreation, utan till att tillfriskna och att återfå hälsan och arbetsförmågan. Enligt kommissionen måste medlemsstaterna respektera de gränser som sätts genom direktivet. Medlemsstaterna kan således inte gå så långt att de kräver av arbetstagaren att han skall lägga ut sin årliga semester inom en begränsad period under det efterföljande året och sanktionerar ett åsidosättande av dessa villkor med att låta rätten till semester automatiskt förfalla. Att rätten till semester förfaller utan ersättning strider mot syftet med direktivet.

29. Avseende den andra frågan har kommissionen anfört att de argument som ligger till grund för domstolens rättspraxis, enligt vilka möjligheten att ersätta rätten till årlig semester med ekonomisk ersättning i princip är oförenlig med direktiv 2003/88, *a fortiori* även är tillämpliga på nationella bestämmelser enligt vilka rätten till semester automatiskt förfaller om den årliga semestern inte läggs ut av arbetstagaren.

30. Den nederländska regeringen har i sitt muntliga yttrande ifrågasatt att direktiv 2003/88 principiellt är tillämpligt på fall där arbetstagare är frånvarande på grund av sjukdom. Den har som grund för sina tvivel anfört att dessa inte omfattas av direktivets bestämmelser. Tillämpningsområdet för direktiv 2003/88 omfattar endast aktiva arbetstagare, vilket innebär att det är nationella bestämmelser som är tillämpliga i förevarande fall. Mångfalden av nationella bestämmelser innebär emellertid att det inte går att dra några allmänna slutsatser avseende rättigheterna för sjuka arbetstagare.

VI — Rättslig bedömning

A — *Den första frågan*

1. Inledande anmärkningar

31. Med den första frågan tar Landesarbeitsgericht Düsseldorf upp ett problem med tolkningen av artikel 7.1 i direktiv 2003/88, särskilt med begreppet ”i enlighet med vad

som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis angående rätten till och beviljandet av en sådan semester". I rättsligt hänseende gäller detta tolkningsproblem frågan huruvida och i vilken utsträckning som medlemsstaterna är behöriga att i nationell lagstiftning reglera förutsättningarna för att rätten till betald årlig minimisemester skall förfalla.

32. 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 som 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.

5 — Se domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 73), punkterna 69 och 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.

2. Rätten till betald årlig semester som grundläggande social rättighet

33. 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.

34. 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 syftar till att säkerställa ett bättre skydd av arbetstagarnas säkerhet och hälsa genom att

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.

låta dem åtnjuta viloperioder av viss minimilängd per dag, per vecka och per år och adekvata raster, och genom att föreskriva en högsta tillåten veckoarbetstid. [8]

35. 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. [9] På internationell nivå återfinns denna grundläggande rättighet till exempel i artikel 24 i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, [10] 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 [11] samt i artikel 7 d i FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter [12] återfinns denna rättighet som ett uttryck för envars rätt till rättvisa och skäliga arbetsförhållanden.

36. Inom den internationella arbetsorganisationen (ILO), FN:s fackorgan, har rätten till betald minimisemester reglerats genom två multilaterala konventioner, senast genom konvention nr 132, [13] som trädde i kraft den 30 juni 1973 och som ändrade den dittills gällande konventionen nr 52 [14]. Dessa konventioner innehåller föreskrifter som är tvingande för konventionsstaterna avseende förverkligandet av denna grundläggande sociala rättighet i deras rättsordningar.

37. Denna mångfald av internationella rättsakter skiljer sig såväl i fråga om innehåll som i fråga om rättslig betydelse eftersom det rör sig om folkrättsliga avtal i vissa fall och i andra fall endast är fråga om högtidliga deklarationer som inte är rättsligt bindande. Även

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, Jaeger (ovan fotnot 7), punkt 46, Wippel (ovan fotnot 7), punkt 47, och Dellas m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 41.

9 — Som generaladvokaten Tizzano konstaterar i sitt förslag till avgörande av den 8 februari 2001 i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 22, hör rätten till betald årlig semester sedan länge till de grundläggande sociala rättigheterna.

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

11 — 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.

12 — 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”.

13 — 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)).

14 — 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.

den personkrets som avses skiljer sig åt mellan dessa rättsakter, vilket innebär att de olika rättsakterna inte ger rättigheter till samma grupp av personer. [15] 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.

38. 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 [16]. [17] 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, [18] och direktiv 93/104, föregångardirektivet till direktiv 2003/88, har enligt vad som framgår av presidiets sekretariats yttranden bevisligen haft ett avgörande inflytande. [19]

39. I artikel 31.2 i stadgan om de grundläggande rättigheterna fastställs således att rätten till betald årlig semester är en allmän mänsklig rättighet. [20] Stadgan om de grundläggande rättigheterna är visserligen, precis

15 — 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.

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

17 — Generaladvokaten Tizzano kom till samma slutsats i sitt förslag till avgörande i målet BECTU (ovan fotnot 9), punkt 26.

18 — 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.

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

20 — 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.

som vissa av de internationella rättsakter som 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. [21] 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. [22]

40. 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. [23] I en tvist om karaktären och räckvidden av en sådan grundläggande rättighet som den som det är fråga om i detta mål går det således att tillämpa de

21 — 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 , 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 9), 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, i dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 37, och i dom av den 3 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633), punkt 46.

22 — 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.

23 — 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 har 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) samt i den estniska konstitutionen (artikel 29.4) (jämför Riedel, F., ovan i fotnot 20 anfört arbete, artikel 31, punkterna 3 och 4).

grundläggande idéerna i artikel 31.2 i stadgan vid tolkningen av artikel 7 i direktiv 2003/88. [24]

3. Rätten till betald årlig minimisemester enligt gemenskapsrätten

a) Medlemsstaternas behörighet att genomföra bestämmelserna

41. 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]”. [25] 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. [26]

42. För att syftet med direktivet skall kunna uppnås skall artikel 7.1 i direktiv 2003/88 ges en vid giltighet i tiden i enlighet med rättspraxis, vilket innebär att vad som anförs i det följande även gäller för semester som inte läggs ut under det innevarande året utan vid en senare tidpunkt. Domstolen har i detta avseende slagit fast att semesterns positiva effekt på arbetstagarens säkerhet och hälsa visserligen får full genomslagskraft när den tas ut under det år som den är hänförlig till, det vill säga det innevarande året, men att viloperioden inte förlorar sin verkan i detta hänseende om den tas ut vid ett senare tillfälle. Eftersom semester i den mening som avses i direktivet kan bidra till arbetstagarens säkerhet och hälsa även då den tas ut under ett senare år, regleras semester även i detta fall av direktivet. [27]

24 — 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.

25 — 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 8), 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.

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

27 — Domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 25), punkterna 30 och 31.

43. 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. [28] 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. [29]

44. 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 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. [30] 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.

45. Av lojalitetsprincipen enligt artikel 10 EG följer omvänt en gemenskapsrättslig skyldighet för medlemsstaterna att vid genomförandet av artikel 7.1 i direktiv 2003/88 avstå från varje åtgärd som skulle kunna utgöra hinder för att uppnå syftet med direktivet. [31] Det rör sig här särskilt om sådana åtgärder som kan äventyra själva rätten till betald årlig minimisemester. [32] Följaktligen har domstolen i målet BECTU [33] slagit fast att en bestämmelse i en medlemsstat, vilken innehåller ett villkor för rätt till årlig betald semester som är sådant att det utgör hinder för själva uppkomsten av denna rätt för vissa arbetstagare, strider mot gemenskapsrätten eftersom den inte bara innebär att en individuell rättighet som uttryckligen följer av direktiv 93/104 blir innehållslös, utan även strider mot syftet med direktivet.

46. Enligt min mening har domstolen i det nämnda målet haft gemenskapsrättens praktiska effektivitet i åtanke och därför slagit fast att en medlemsstat som kan bestämma över uppkomsten av en rättighet även kan underminera eller avskaffa denna rättighet genom att ställa villkor för utnyttjandet av rättigheten

28 — 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.

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

30 — Se kommissionens utförliga förklaringar i målet BECTU, som generaladvokaten Tizzano tog upp i sitt förslag till avgörande i samma mål (ovan fotnot 9), punkt 34.

31 — Enligt fast rättspraxis följer det av artikel 10 EG att införlivandet av ett direktiv skall säkerställa att direktivet kommer att tillämpas till fullt (domstolens dom av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer, REG 2002, s. I-6325, punkterna 24–26, av den 16 november 2000 i mål C-214/98, kommissionen mot Grekland, REG 2000, s. I-9601, punkt 49, och av den 9 september 1999 i mål C-217/97, kommissionen mot Tyskland, REG 1999, s. I-5087, punkt 31). Den nationella lagstiftaren skall således förändra, upphäva eller komplettera den inhemska lagstiftningen så att gemenskapsrätten får fullt genomslag (se domstolens dom av den 8 februari 1973 i mål 30/72, kommissionen mot Italien, REG 1973, s. 161, punkt 11. Se även Kahl, W., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Christian Calliess och Matthias Ruffert (utg.), första upplagan, Neuwied 1999, Artikel 10 EG, punkt 19, s. 374).

32 — Se, i detta avseende, 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. 897. Författaren anser att en nationell bestämmelse inte kan gå så långt att rätten till betald årlig minimisemester helt förnekas.

33 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 7), punkt 48.

i fråga som är svåra att uppfylla. Jag anser att denna rättighet kan undermineras på samma sätt om medlemsstaterna tillåts reglera förutsättningarna för att en rättighet skall förfalla, eftersom det i båda fallen handlar om huruvida rättigheten föreligger eller inte.

47. Samma risk föreligger i fråga om utnyttjandet av rätten till betald årlig semester om en medlemsstat ges möjlighet att reglera under vilka förutsättningar en arbetstagare, efter det att en viss frist har löpt ut, förlorar denna rätt. Det handlar inte längre om ett beslut om hur rätten till betald årlig semester genomförs, [34] det vill säga det konkreta genomförandet av denna rätt, utan om att definiera räckvidden av en gemenskapsrättslig bestämmelse, nämligen artikel 7.1 i direktiv 2003/88.

48. Om denna bestämmelse skulle tolkas så, att den årliga semestern förfaller efter det att en viss frist har löpt ut, trots att en arbetstagare som på grund av sjukdom är oförmögen att arbeta inte har kunnat utnyttja den årliga semestern, skulle detta innebära att vissa arbetstagare saknar rätt till betald årlig semester till följd av att den skyddade personkretsen begränsas. [35]

49. 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 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. [36] Av denna anledning kan den tyska 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

50. Jag anser att det även är viktigt att erinra om att medlemsstaternas handlingsfrihet i fråga om införandet av inhemska genom-

34 — 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”.

35 — 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.

36 — 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).

förandebestämmelser 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 kommissionen [37] 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.

51. 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”. [38] 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 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. [39]

52. Den minsta skyddsnivå som gemenskapslagstiftaren har bestämt skall gälla avseende rätten till semester framgår av bestämmelserna i direktiv 2003/88. I detta sammanhang skall konstateras att det i artikel 7.1 i direktiv 2003/88 inte finns några begränsningar av rätten till semester. Kravet på att en arbetstagare måste ansöka om och faktiskt lägga ut sin semester före en viss tidpunkt, det vill säga före slutet av semesteråret respektive slutet av den period inom vilken han får lägga ut sin sparade semester, finns inte i direktivet, som inte heller innehåller några bestämmelser om att rätten till semester förfaller. Artikel 7.1 i direktiv 2003/88 ingår inte heller bland de bestämmelser från vilka undantag enligt artikel 17 i direktivet uttryckligen tillåts. [40]

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

38 — Balze, W., ovan i fotnot 15 anfört arbete, supplement 38, 1998, punkt 3.

39 — Domen i målet Förenade kungariket mot rådet (ovan fotnot 37), 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.

40 — Jämför domen i målet Robinson-Steele (ovan fotnot 28), punkt 62, och i målet 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 kan se att någon rätt att avvika från innehållet i denna bestämmelse föreligger.

53. Gemenskapslagstiftaren har därmed medvetet eftersträvat en högre skyddsnivå än vad som föreskrivs i ILO-konventionen (nr 132) om semester. [41] Medan det i artikel 9 i ILO-konventionen föreskrivs att årlig semester skall utnyttjas inom en frist av ett år respektive arton månader, räknat från utgången av det år under vilket semester intjänats, [42] så saknas motsvarande bestämmelse helt i artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Detta innebär enligt min mening att det skydd som gemenskapslagstiftaren vill garantera arbetstagare är mer långtgående än skyddet enligt de folkrättsliga arbetsbestämmelserna. [43]

54. Om artikel 7.1 i direktiv 2003/88 tolkades så, att rätten till betald årlig semester förfaller efter en bestämd tidsperiod om den inte utnyttjas i rätt tid, skulle detta således strida mot gemenskapslagstiftarens syfte att tillhandahålla en högre skyddsnivå än den som gäller enligt ILO-konventionen (nr 132) om semester. En sådan tolkning har inte heller något stöd i bestämmelsens ordalydelse.

c) Arbetsförmåga som villkor för rätten till semester

i) Tillämpligheten av principer som utvecklats i rättspraxis

55. I motsats till vad som anförts av Förenade kungarikets regering och den nederländska

41 — 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 25). 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).

42 — Artikel 9 i ILO-konventionen (nr 132) om semester är en särskild bestämmelse om rätten till semester som hänvisar till möjligheten enligt artikel 8 i konventionen att dela upp den årliga betalda semestern. Denna uppdelning av den årliga semestern kan medges av behörig myndighet, men såvida inget annat har bestämts av arbetsgivaren och arbetstagaren skall en av delarna bestå av åtminstone två oavbrutna veckor. Enligt artikel 9 skall denna oavbrutna betalda årliga semesterperioden ges och utnyttjas senast inom ett år och återstoden av den årliga semestern senast inom arton månader räknat från utgången av det år under vilket rätten till semester intjänats. En del av semestern som överstiger ett fastställt minimum kan med arbetstagarens samtycke uppskjutas utöver denna tidsrymd. Tidsrymden skall fastställas efter berörda arbetsgivar- och arbetstagarorganisationers hörande (se, i detta avseende, Böhmert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, s. 128).

43 — Det finns ingenting i bestämmelserna i artikel 9 i ILO-konventionen (nr 132) om semester som tyder på en eventuell förlust för arbetstagaren av rätten till semester, eftersom denna bestämmelse inte föreskriver några rättsföljder om semestern inte ges respektive utnyttjas innan fristen har löpt ut. Det framgår snarare klart av artikel 12 i konventionen att rätten till minsta årlig semester inte är dispositiv, vilket innebär att varje överenskommelse om att efterge rätten eller att avstå från sådan semester, alltefter vad som svarar mot nationella förhållanden, skall anses vara ogiltig eller förbjudas. García Perrote Escartín, I., ovan i fotnot 22 anfört arbete, s. 3602, delar uppfattningen att en bestämmelse, enligt vilken rätten till årlig minimisemester förfaller efter en viss frist, varken har en rättslig grund i ILO-konventionen (nr 132) om semester eller i direktiv 2003/88. Av artikel 12 i ILO-konventionen (nr 132) om semester framgår snarare att denna rätt inte kan efterges.

regeringen finns det ingenting som talar för att rätten till betald årlig semester enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88 är beroende av arbetstagarens arbetsförmåga under semesteråret eller under den efterföljande perioden under vilken han kan ta ut sin sparade semester. Det kan visserligen invändas att en arbetstagare som varit frånvarande från arbetet på grund av sjukdom och som inte har arbetat inte heller har något behov av en motsvarande viloperiod. Som kommissionen med rätta har påpekat är detta synsätt emellertid inte förenligt med det som tillämpas av domstolen i domarna Merino Gómez [44] och FNV [45].

56. 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 [46] och artikel 5.1 i direktiv 76/207/EEG [47] 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 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. [48] 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. [49]

57. Denna princip bekräftades i domen 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, [50] eftersom en ledighet som föreskrivs i gemenskapsrätten inte kan påverka rätten till en annan ledighet som föreskrivs i gemenskapsrätten. [51]

44 — Domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 25).

45 — Domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 25).

46 — 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).

47 — 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).

48 — Domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 25), 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.

49 — Domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 25), punkt 38.

50 — Domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 25), punkt 24, och dom av den 14 april 2005 i mål C-519/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2005, s. I-3067), punkt 33.

51 — Domarna i målen Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 25), punkt 24, kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 50), punkt 33, och Merino Gómez (ovan fotnot 25), punkt 41.

58. 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. [52]

ii) Åsidosättande av syftet med artikel 7.1 i direktiv 2003/88

— Risken med en tolkning som strider mot syftet

59. 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 den aktuelle arbetstagarens rätt till semester förfaller utan att de olika syftena med semestern och sjukledigheten ifrågasätts. I enlighet med den tanke som ligger till grund för 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.

60. Utöver de betänkligheter som redan anförts ovan mot att tolka artikel 7.1 i direktiv 2003/88 så, att rätten till betald årlig semester förfaller efter en bestämd tidsperiod om den inte utnyttjas i rätt tid, 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.

61. Det ursprungliga syftet med det arbetsrättsliga förbudet mot att spara semester som

52 — González Ortega, S., ovan i fotnot 23 anfört arbete, s. 432, konstaterar att den första perioden av mammaledighet syftar till den fysiska återhämtningen 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 mammaledigheten 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.

inte lagts ut och som för närvarande finns i vissa medlemsstaters rättsordningar, bland annat den tyska, verkar vara att säkerställa att semestern faktiskt läggs ut under det löpande semesteråret genom att arbetstagaren själv i det enskilda fallet ges ansvar för att utnyttja sin rätt till semester. I enlighet med denna princip är det uppenbarligen logiskt att arbetstagaren själv bär ansvaret för sin passivitet eller för att han gjort sin rätt till semester gällande för sent, genom att rätten till denna semester förfaller. [53]

62. I detta sammanhang skall man emellertid komma ihåg att det ursprungliga syftet med det sociala skyddet för arbetstagare, som ligger till grund för denna bestämmelse och som är identiskt med syftet med direktiv 2003/88, faktiskt förvrids till dess motsats om arbetstagare inte kan utnyttja sin rätt till årlig semester av skäl som ligger utanför deras egen kontroll. En sådan anledning som ligger utanför arbetstagarens kontroll är bland annat möjligheten för arbetsgivaren att medvetet underlåta att uppfylla sina skyldigheter, och därigenom gynnas till följd av en sådan bestämmelse. Men hit hör naturligtvis även naturliga omständigheter som ligger utanför arbetstagarens kontroll, som till exempel sjukdom.

63. I båda dessa fall innebär förlusten av rätten till semester inte bara att det eftersträvade syftet förfelas, utan i sista hand utgör den en icke försvarbar bestraffning av arbetstagaren. En sådan rättsföljd strider uppenbarligen mot syftet med direktiv 2003/88. Syftet med artikel 7.1 i direktiv 2003/88 innebär följaktligen att bestämmelsen inte får tolkas så, att arbetstagarens oförmåga att arbeta på grund av sjukdom leder till att hans rätt till årlig semester, som garanteras genom grundläggande bestämmelser, går förlorad.

— Tolkning i enlighet med avtalsparternas intressen i ett anställningsförhållande

64. I motsats till vad som anförts av klaganden i målet vid den nationella domstolen, är det absolut möjligt att tolka

53 — Glaser, R. och Lüders, H., ”§ 7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH – Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf”, *Betriebs-Berater*, årgång 61 (2006), nr 49, s. 2692, anser att ett hot om att rätten till semester förfaller leder till att semestern faktiskt utnyttjas och i rätt tid. García Perrote Escartín, I., ovan i fotnot 22 anfört arbete, sidorna 3593 och 3600, påpekar att detta förbud mot sammanläggning skall göra det möjligt för arbetstagaren att faktiskt komma i åtnjutande av den årliga semestern. Enligt detta koncept bär arbetstagaren ”bördan” för försvaret av sin rätt till semester. Författaren uppmärksammar dock att detta förbud innebär många nackdelar. Det kan få en bland arbetsrättsjurister inte obekant ”bumerangeffekt” eftersom det är mycket möjligt att arbetstagaren till slut förlorar sin rätt till semester helt och hållet, vilket innebär att arbetsgivarens rättsstridiga beteende gynnas. Författaren anser att en sådan bestämmelse innebär ett rättfärdigande av ett sådan rättsstridigt beteende och ger arbetsgivarna möjlighet till obehöriga vinster. Arbetsgivaren skulle nämligen kunna se på hur arbetstagaren förlorar sin semester utan att förpliktas att utge motsvarande kontant ersättning. Detta skulle leda till att det inte är den som bryter mot gällande bestämmelser som bestraffas (det vill säga arbetsgivaren), utan den som inte kan göra sin rätt gällande (arbetstagaren).

artikel 7.1 i direktiv 2003/88 på ett sätt som tar hänsyn till arbetsgivarens intressen och samtidigt innebär att den grundläggande rätten till årlig semester inskränks mindre än vad som är fallet med de aktuella tyska bestämmelserna. Som kommissionen med rätta har anfört förefaller det rimligt att medlemsstaterna tillåts införa villkor enligt vilka exempelvis semester, av hänsyn till hälsa och säkerhet, endast kan sparas i den mån som det framstår som nödvändigt. Det vore även möjligt att skapa incitament för att få arbetstagare att lägga ut sin årliga semester inom rimlig tid under det efterföljande året.

65. Det konkreta genomförandet av dessa åtgärder i företagen åligger därefter arbetsgivaren, som genom sina omfattande befogenheter att organisera och koordinera verksamheten [54] är bäst lämpad att sammanjämka arbetstagarens rätt till semester med den aktuella verksamhetens behov.

54 — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna om det tekniska och sociala skyddet för arbetare tar hänsyn till arbetsgivarens omfattande befogenheter att organisera och koordinera verksamheten, bland annat genom att arbetsgivaren, till exempel enligt artikel 5.1 i rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet (EGT L 183, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146), åläggs en skyldighet att svara för att arbetstagarens säkerhet och hälsa tryggas i alla avseenden som är förbundna med arbetet. Se, senast, domstolens dom av den 14 juni 2007 i mål C-127/05, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2007, s. I-4619), punkterna 40 och 41. I domen bekräftade domstolen att arbetsgivaren är skyldig att se till att arbetstagarna har en säker arbetsmiljö.

iii) Jämförelse med bestämmelserna i ILO-konventionen (nr 132) om semester

66. Den klara ordalydelsen i artikel 5.4 i ILO-konventionen (nr 132) om semester talar emot en tolkning som innebär att rätten till semester villkoras med hänvisning till arbetstagarens arbetsförmåga. Enligt denna bestämmelse skall ”frånvaro från arbetet av sådana skäl, varöver arbetstagaren ej råder, som sjukdom, skada eller havandeskap räknas in i tjänstetiden”. [55] 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 således, mot bakgrund av deras syfte, tolkas så, att en tidigare sjukledighet inte får begränsa rätten till betald årlig minimisemester. [56] Visserligen

55 — Likställandet av sjukdom och havandeskap med avseende på de rättsliga följderna i artikel 5.4 i ILO-konventionen (nr 132) om semester bekräftar för övrigt min uppfattning, i punkt 60 ovan, att arbetstagarens skyddsvärde i båda fallen är likvärdigt.

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

skall avtalsstaterna, och till dessa hör de flesta medlemsstaterna i Europeiska unionen [57], ”under betingelser som skall fastställas av behörig myndighet eller genom tillämpliga metoder i varje land” säkerställa detta, men medlemsstaternas behörighet begränsas även här till införandet av genomförandeåtgärder. Detta innebär att det finns ett rättsligt förbud för medlemsstaterna mot att inte räkna in denna frånvaro i tjänstetiden.

68. Bestämmelserna i ILO-konventionen (nr 132) om semester och direktiv 2003/88 bygger således på väsentligen samma rättsliga principer. [58] Medlemsstaterna har en skyldighet att tolka dessa bestämmelser på ett sådant sätt och att ge den nationella lagstiftningen en sådan form att frånvaro på grund av sjukdom inte påverkar rätten till betald årlig minimisemester.

B — *Den andra frågan*

69. 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.

70. Enligt domstolens rättspraxis skall detta förbud säkerställa att arbetstagare normalt sett skall få åtnjuta faktisk semester i syfte att

57 — Samtliga medlemsstater i europeiska unionen är även medlemmar av ILO. Europeiska gemenskapen är visserligen inte medlem, men enligt skriftväxlingen mellan Europeiska gemenskapernas kommission och Internationella arbetsorganisationen av den 14 maj 2001 (EGT C 165, s. 23) delar de åtagandet att driva på den sociala och ekonomiska utvecklingen, förbättra levnads- och arbetsvillkor samt främja sysselsättning. Sedan den första överenskommelsen mellan ILO och den europeiska gemenskapen år 1958, har båda organisationerna stegvis utvecklat sitt samarbete för att förverkliga dessa mål. På institutionell nivå har Europeiska kommissionen observatörsstatus. Kommissionen deltar i koordineringen av medlemsstaternas position inom ILO för att säkerställa att ILO-bestämmelserna och gemenskapsrätten stämmer överens och därmed underlätta ratificeringen av ILO-bestämmelser. Idag har ILO-konventionen (nr 132) om semester ratificerats av Belgien (den 2 juni 2003), Tjeckien (den 23 augusti 1996), Finland (den 15 januari 1990), Tyskland (den 1 oktober 1975), Ungern (den 19 augusti 1998), Irland (den 20 juni 1974), Italien (den 28 juli1981), Lettland (den 10 juni 1994), Luxemburg (den 1 oktober 1979), Malta (den 9 juni 1988), Portugal (den 17 mars 1981), Slovenien (den 29 maj 1992), Spanien (den 30 juni 1972) och Sverige (den 7 juni 1978). Andra medlemsstater har endast ratificerat den äldre ILO-konventionen (nr 52) om semester, som Bulgarien (den 29 december 1949), Danmark (den 22 juni 1939), Frankrike (den 23 augusti 1939), Grekland (den 13 juni 1952) och Slovakien (den 1 januari 1993). Jag vill även påminna om att ILO-konventioner inte sällan har faktisk effekt, då de i egenskap av förebilder även utan formell ratificering påverkar rättsutvecklingen i många stater (se, i detta avseende, Verdier, J.-M., ”L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail”, i *Revue internationale du Travail*, årgång 132, 1993, nr. 5 och 6, sidorna 474 och 478, och Kohl, H., ”Pas de paix possible sans une politique sociale internationale”, *Regards sur l'avenir de la justice sociale – Mélanges à l'occasion du 75e anniversaire de l'OIT,* Genève 1994, s. 177).

58 — 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, förslag till avgörande av generaladvokaten Tesauro av den 24 januari 1991 i mål C-345/89, Stöckel (REG 1991, s. I-4047), punkt 11.

säkerställa ett effektivt skydd av arbetstagares säkerhet och hälsa. [59] 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. [60]

71. I 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. [61] 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. [62] 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. [63] 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.

72. Domstolen har i domen i målet Robinson-Steele [64] 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 med semesterersättning är identiska för att den senare skall behandlas som en del av rätten till betald årlig semester, vilken inte kan separeras från denna.

73. Såtillvida framgår svaret på den andra frågan redan av mina förklaringar till den första delen av den första frågan. Om det strider mot direktiv 2003/88 att rätten till betald årlig semester automatiskt förfaller efter en viss frist, vilket jag redan har konstaterat ovan, måste detta även gälla för rätten till semesterersättning, som är en följdrättighet till rätten till semester.

74. Jag anser däremot inte att det finns belägg för den uppfattning som framförts av

59 — Domarna i målen BECTU (ovan fotnot 7), punkt 44, Merino Gómez (ovan fotnot 25), punkt 30, och Robinson-Steele (ovan fotnot 28), punkt 60.

60 — I domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 25), 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.

61 — Domen i målet Robinson-Steele (ovan fotnot 28), punkt 58.

62 — Bogg, A.L., ovan i fotnot 32 anfört arbete, s. 899.

63 — Så även generaladvokaten Tizzano i hans förslag till avgörande i målet BECTU (ovan fotnot 9), punkt 38.

64 — Domen i målet Robinson-Steele (ovan fotnot 28), punkt 58.

klaganden vid den nationella domstolen, nämligen att arbetsgivare, när de i förekommande fall förväntar sig bli skyldiga att ersätta omfattande sparad semester för flera år när anställningsförhållandet upphör, skulle se sig tvingade att säga upp långtidssjuka arbetstagare i förtid. Det går nämligen att invända att det är just avsaknaden av en skyldighet för arbetsgivaren att byta ut sparad semester mot kontant ersättning som skulle kunna uppmuntra arbetsgivaren att säga upp arbetstagare innan de har lagt ut sin semester, eftersom arbetsgivaren annars vore tvungen att infria arbetstagarens rätt till betald årlig semester enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Om man vill förhindra missbruk av rätten att säga upp anställda genom att denna grundläggande rättighet inom gemenskapsrätten kringgås, så måste arbetstagaren när anställningen upphör i varje fall ha rätt till ekonomisk ersättning som ersättning för intjänad semester som inte har lagts ut.

75. Även en jämförelse mellan de tillämpliga bestämmelserna i ILO-konventionen (nr 132) om semester leder till samma slutsats. Enligt artikel 11 i konventionen har en arbetstagare i princip rätt till en semesterersättning som svarar mot den tjänstetid för vilken han inte har erhållit sådan ledighet. Eftersom rätten till semesterersättning även i detta fall är beroende av den primära rätten till minsta årliga semester, skall artikel 5.4 i konventionen tillämpas, enligt vilken frånvaro från arbetet av sådana skäl varöver arbetstagaren ej råder, som sjukdom, skada eller havandeskap, räknas in i tjänstetiden. [65] Följaktligen får en oförmåga till arbete på grund av sjukdom inte påverka rätten till semesterersättning negativt.

76. Mot bakgrund av vad som anförts ovan, skall artikel 7.2 i direktiv 2003/88 tolkas så, att en arbetstagare då anställningen avslutas alltid har rätt till kontant ersättning som ersättning för intjänad semester som arbetstagaren inte har tagit ut.

C — *Den tredje frågan*

77. Som framgår av mitt resonemang ovan följer det av en teleologisk tolkning av artikel 7 i direktiv 2003/88 [66] och av de principer som ligger till grund för artikel 5.4 i ILO-konventionen (nr 132) om semester [67] att sjukdomsperioden skall likställas med tjänstgöringsperioden, eftersom det rör sig om frånvaro på grund av orsaker som ligger utanför arbetstagarens kontroll och som därmed är tillåten.

78. Under samma tidsperiod uppkommer således arbetstagarens samtliga rättigheter, inklusive rätten till betald semester. Rätten

65 — Ovan punkt 66.

66 — Ovan punkterna 55–65.

67 — Ovan punkterna 66–68.

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.

79. Uppkomsten av rätten till årlig semester respektive semesterersättning är inte villkorad av att arbetstagaren har fullgjort någon faktisk tjänstgöring, vilket innebär att arbetstagaren har denna rätt även om han varit frånvarande på grund av sjukdom under hela semesteråret.

80. Vad avser den längre gående delfrågan huruvida dessa rättigheter uppkommer även om arbetstagaren är frånvarande under hela semesteråret utan giltig orsak, vill jag erinra om att det följer av fast rättspraxis att det förfarande som föreskrivs i artikel 234 EG utgör ett medel för samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om tolkningen av gemenskapsrätten som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister. [68]

81. Inom ramen för detta samarbete ankommer det uteslutande på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål, bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten. [69]

82. Domstolen har likväl ansett att det i undantagsfall ankommer på den att – för att pröva sin egen behörighet – granska de omständigheter under vilka den nationella domstolen har anhängiggjort sin begäran om förhandsavgörande. Domstolen har endast möjlighet att underlåta att besvara en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [70]

83. Den samarbetsanda som måste råda vid behandlingen av en begäran om förhandsavgörande innebär nämligen att den nationella domstolen skall ta hänsyn till den uppgift som EG-domstolen har anförtrotts, vilken är att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte att avge rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor. [71]

68 — Se, bland annat, domstolens dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871), punkt 22, och av den 5 februari 2004 i mål C-380/01, Schneider (REG 2004, s. I-1389), punkt 20.

69 — Domen i målet Schneider (ovan fotnot 68), punkt 21 och där angiven rättspraxis.

70 — Se, bland annat, dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia mot Novello (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 18, av den 15 juni 1995 i de förenade målen C-422/93–C-424/93, Zabala Erasun m.fl. (REG 1995, s. I-1567), punkt 29, av den 12 mars 1998 i mål C-314/96, Djabali (REG 1998, s. I-1149), punkt 19, och domen i målet Schneider (ovan fotnot 68), punkt 22. Se även generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 18 januari 2005 i mål C-165/03, Längst (REG 2005, s. I-5637), punkt 45, och domen i samma mål av den 30 juni 2005 (ibidem), punkterna 30–35.

71 — Domen i målet Schneider (ovan fotnot 68), punkt 23.

84. Av beslutet att begära förhandsavgörande framgår att klaganden i målet vid den nationella domstolen från och med den 8 september 2004 till och med den 30 september 2005, det vill säga när anställningsförhållandet avslutades, var kontinuerligt sjukskriven. Hans frånvaro var således uppenbart motiverad, vilket innebär att domstolen, då det inte är nödvändigt att besvara frågan i den del den avser arbetstagarens eventuella rätt till kontant ersättning vid ogiltig frånvaro för att den nationella domstolen skall kunna meddela dom i målet, inte behöver besvara denna delfråga.

VII — Förslag till avgörande

85. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen ger följande svar på frågan från Landesarbeitsgericht Düsseldorf:

1. Artikel 7.1 i direktiv 2003/88/EG skall tolkas så, att en arbetstagare alltid måste få en årlig betald semester på minst fyra veckor. Särskilt måste den semester som arbetstagaren inte har tagit ut under året på grund av sjukdom beviljas vid en senare tidpunkt.

2. Artikel 7.2 i direktiv 2003/88 skall tolkas så, att en arbetstagare då anställningen avslutas alltid har rätt till kontant ersättning som ersättning för intjänad semester som arbetstagaren inte har tagit ut (semesterersättning).

3. Artikel 7 i direktiv 2003/88 skall tolkas så, att en arbetstagare har rätt till årlig semester eller kontant ersättning vid giltig frånvaro (på grund av sjukdom) under hela semesteråret.