



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
YVES BOT  
föredraget den 29 maj 2018<sup>1</sup>

**Mål C-619/16**

**Sebastian W. Kreuziger  
mot  
Land Berlin**

(begäran om förhandsavgörande från Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (högre regionala förvaltningsdomstolen för delstaterna Berlin och Brandenburg, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Socialpolitik – Arbetstidens förläggning – Rätten till årlig betald semester – Direktiv 2003/88/EG – Artikel 7.2 – Ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas – Förlust av rätten till sådan ersättning när arbetstagaren inte har ansökt om att få ta ut sin årliga betalda semester och när vederbörande inte har styrkt att han eller hon inte har haft möjlighet att ta ut denna semester av skäl som ligger utanför hans eller hennes kontroll”

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.<sup>2</sup>
2. Denna begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan Sebastian W. Kreuziger och hans arbetsgivare, Land Berlin (delstaten Berlin, Tyskland), angående arbetsgivarens vägran att betala ut ekonomisk ersättning till Sebastian W. Kreuziger för årlig betald semester som han inte tagit ut före anställningens upphörande.
3. Detta mål ger domstolen en möjlighet att precisera de förutsättningar under vilka en arbetstagare vars anställning upphör kan begära utbetalning av en sådan ersättning på grundval av artikel 7.2 i direktiv 2003/88.
4. I detta förslag till avgörande kommer jag att ange skälen till varför jag anser att artikel 7.2 i detta direktiv ska tolkas så att den ger rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut vid anställningens slut när en arbetstagare inte har kunnat ta ut all årlig betald semester som den hade rätt till under denna anställning.
5. Jag kommer även att förklara varför denna bestämmelse, enligt min uppfattning, ska tolkas så att den utgör hinder för nationell lagstiftning och praxis enligt vilken en arbetstagare förlorar sin rätt till ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut vid anställningens upphörande när denna arbetstagare dels inte har ansökt om att få ta ut denna semester när vederbörande var anställd, dels inte har styrkt att det var omöjligt för honom eller henne att ta ut denna semester av skäl som låt utanför hans eller hennes kontroll, utan att det först har kontrollerats huruvida denna arbetstagare faktiskt getts möjlighet av sin arbetsgivare att utnyttja sin rätt till årlig betald semester.

<sup>1</sup> Originalspråk: franska.

<sup>2</sup> EUT L 299, 2003, s. 9.

6. Jag kommer slutligen att precisera att det, när en talan har väckts vid en nationell domstol angående en arbetstagares rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut vid anställningens upphörande, ankommer på den domstolen att pröva huruvida arbetstagaren har styrkt att den har vidtagit lämpliga åtgärder för att garantera denna arbetstagare en möjlighet att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester under denna anställning. Om arbetsgivaren visar att den har uppfyllt sin omsorgsplikt och att arbetstagaren, trots de åtgärder som arbetsgivaren vidtagit, frivilligt och på ett väl underbyggt sätt har avstått från att utnyttja sin rätt till årlig betald semester trots att han eller hon har haft rätt till sådan under anställningen, kan arbetstagaren inte, på grundval av artikel 7.2 i direktiv 2003/88, göra anspråk på betalning av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut vid anställningens upphörande.

## I. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätten

7. I skäl 4 i direktiv 2003/88 anges följande:

”Arbetstagarnas säkerhet, hygien och hälsa på arbetsplatsen är ett mål som inte bör vara underkastat rent ekonomiska hänsyn.”

8. I artikel 1.3 första stycket i detta direktiv föreskrivs följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på all verksamhet, såväl offentlig som privat, i den betydelse som avses i artikel 2 i direktiv 89/391/EEG,<sup>[3]</sup> utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 14, 17, 18 och 19 i detta direktiv.”

9. Artikel 7 i direktivet har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska 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.”

10. I artikel 17 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna får göra avvikelser från vissa av dess bestämmelser. Ingen avvikelse får dock göras från artikel 7 i detta direktiv.

11. Artikel 2 i direktiv 89/391 har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på all verksamhet, såväl privat som offentlig (industri, jordbruk, handel, förvaltning, tjänster, undervisning, kultur- och fritidsverksamhet etcetera).

2. Detta direktiv ska inte tillämpas på sådana offentliga verksamheter, där det inte kan undvikas att förhållanden som är speciella för dessa verksamheter kommer i konflikt med direktivet, exempelvis försvaret eller polisen eller viss specifik verksamhet inom civilförsvaret.

...”

3 Rådets direktiv av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet (EGT L 183, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146).

## **B. Tysk rätt**

12. I 9 § i Verordnung über den Erholungsurlaub der Beamten und Richter (förordningen om årlig semester för tjänstemän och domare) (nedan kallad EUrlVO),<sup>4</sup> av den 26 april 1988 föreskrivs följande:

”1. Tjänstemän ska, i största möjliga mån, ta ut den semester som de har rätt till vid ett enda tillfälle. Om den berörda personen så önskar ska semestern delas upp i perioder. Det bör dock i allmänhet undvikas att semestern delas upp i fler än två perioder. För det fall semestern delas upp ska den beviljas tjänstemännen för en period på minst två veckor åt gången.

2. Semestern ska normalt sett tas ut under referensåret. Rätten till semester som inte har tagits ut inom en period på tolv månader efter referensårets utgång förloras ...”

13. EUrlVO innehåller ingen bestämmelse som föreskriver beviljande av någon ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut vid anställningens upphörande.

## **II. Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

14. Från den 13 maj 2008 till den 28 maj 2010 fullgjorde Sebastian W. Kreuziger, såsom *Rechtsreferendar* (notarie), sin notarietjänstgöring hos Land Berlin (förbundsstaten Berlin), inom ramen för ett offentligrättsligt reglerat utbildningsförhållande, men utan ställning som tjänsteman. Den 28 maj 2010 avlade han med framgång det muntliga provet inom ramen för den andra juridiska statsexamen, vilket markerade slutet på denna notarietjänstgöring och denna utbildning hos Land Berlin.

15. Sebastian W. Kreuziger beslutade att inte ta ut någon årlig betald semester från den 1 januari 2010 fram till det att hans utbildning avslutades. Den 18 december 2010 ansökte han om ekonomisk ersättning för den årliga semester som inte tagits ut. Denna ansökan avslogs först i beslut av ordföranden för Kammergericht (högre regional domstol, Tyskland) av den 7 januari 2011 och därefter, efter överklagande, genom beslut av den 4 maj 2011 av Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der Länder Berlin und Brandenburg (gemensamt organ för juridisk granskning för delstaterna Berlin och Brandenburg, Tyskland), med motiveringen att EUrlVO inte föreskriver någon rätt till ersättning och direktiv 2003/88 endast är tillämpligt på arbetstagare, samt att dess artikel 7 under alla omständigheter förutsätter att den behöriga personen inte har kunnat ta ut sin semester av skäl som ligger utanför vederbörandes kontroll.

16. Sebastian W. Kreuziger överklagade dessa beslut till Verwaltungsgericht Berlin (Berlins förvaltningsdomstol, Tyskland). Överklagandet avslogs genom dom den 3 maj 2013. Verwaltungsgericht Berlin angav i domen dels att det inte i EUrlVO föreskrevs någon rätt till ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut, dels att artikel 9 i EUrlVO medför en skyldighet för arbetstagare att ta ut sin semester och att ansöka om detta. Eftersom Sebastian W. Kreuziger frivilligt avstått från att lämna in en sådan ansökan, med vetskapen om att hans arbetsförhållande skulle upphöra den 28 maj 2010, förlorades emellertid hans rätt till årlig betald semester på detta datum.

<sup>4</sup> GVBl. 1988, s. 846.

17. När det gäller artikel 7.2 i direktiv 2003/88 fann Verwaltungsgericht Berlin att den inte heller utgör grund för en rätt till ekonomisk ersättning för årlig betald semester för Sebastian W. Kreuziger. Det följer nämligen av domstolens praxis att den rätt till betald semester som garanteras i artikel 7.1 i detta direktiv kan förloras, enligt nationell rätt, om arbetstagaren har beretts möjlighet att ta ut semester men inte har gjort det, i vilket fall den härledda rätten till en ekonomisk kompensation inte heller kan föreligga.

18. Efter att Sebastian W. Kreuziger överklagat den domen till Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (högre regionala förvaltningsdomstolen för delstaterna Berlin och Brandenburg, Tyskland), den hänskjutande domstolen, har den domstolen i sin tur påpekat att EUrIVO inte innehåller någon bestämmelse som utgör grund för en ekonomisk kompensation för Sebastian W. Kreuziger, varför en sådan eventuell rätt, för det fall artikel 7.2 i direktiv 2003/88 inte har införlivats med den nationella rätten, endast kan följa av denna bestämmelses direkta effekt.

19. Den hänskjutande domstolen anser i detta hänseende för det första att Sebastian W. Kreuziger omfattas av den personkrets som detta direktiv är tillämpligt på. Då tjänstemän omfattas av denna personkrets, kan något annat inte enligt rättspraxis gälla avseende notarier inom ramen för en offentlighetsreglerad utbildning, särskilt mot bakgrund av artikel 1.3 första stycket i direktiv 2003/88 i vilken föreskrivs att direktivet ska tillämpas på all verksamhet, såväl offentlig som privat, i den betydelse som avses i artikel 2 i direktiv 89/391 och således bland annat på sådan "undervisning" som avses i denna sistnämnda artikel.

20. Vidare uppfyller Sebastian W. Kreuziger de båda villkor som uttryckligen anges i artikel 7.2 i direktiv 2003/88, eftersom han inte har tagit ut den årliga betalda semester som han hade rätt till och hans anställning har upphört.

21. Slutligen har den hänskjutande domstolen angett att den hyser tvivel beträffande huruvida, utöver dessa båda uttryckliga villkor, rätten till ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut, kan uteslutas när arbetstagaren inte, före anställningens upphörande, har ansökt om att få ta ut sin semester, trots att han har haft möjlighet till detta, och huruvida en sådan rättighet mer allmänt förutsätter att arbetstagaren av skäl som inte ligger utanför vederbörandes kontroll inte har kunnat utnyttja sin rätt till årlig betald semester före anställningens upphörande.

22. Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (högre regionala förvaltningsdomstolen för delstaterna Berlin och Brandenburg) har beslutat att vilandeförklara målet och till domstolen ställa följande frågor:

- ”1. Ska artikel 7.2 i direktiv [2003/88] tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken en rätt till ekonomisk ersättning inte föreligger efter det att anställningen avslutats när arbetstagaren inte har ansökt om årlig betald semester, trots att vederbörande har haft en sådan möjlighet?
- 2) Ska artikel 7.2 i direktiv [2003/88] tolkas så, att den utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken rätten till ekonomisk ersättning efter det att anställningen avslutats förutsätter att arbetstagaren av skäl som ligger utanför dennes kontroll inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester innan anställningen avslutades?”

### III. Rättslig bedömning

23. Genom dessa båda tolkningsfrågor, vilka enligt min uppfattning bör prövas tillsammans, har den hänskjutande domstolen i huvudsak önskat få klarhet i huruvida artikel 7.2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så att den utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken en arbetstagare förlorar sin rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut efter det att anställningen avslutats, när denna arbetstagare dels inte har ansökt om denna semester under anställningen, dels inte har styrkt att det varit omöjligt för vederbörande att ta ut semestern av skäl som ligger utanför hans eller hennes kontroll.

24. Det kan inledningsvis konstateras att även om flera berörda parter, däribland Land de Berlin, har ingett yttranden avseende arten av förhållandet mellan denna delstat och Sebastian W. Kreuziger i hans egenskap av *Rechtsreferendar* (notarie) och, bland annat, avseende frågan om huruvida detta förhållande omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 2003/88, ska det påpekas att den hänskjutande domstolen ansåg att Sebastian W. Kreuziger omfattades av detta tillämpningsområde, varför den inte har ställt någon fråga angående detta. Jag nöjer mig således i detta hänseende med att ange att det i artikel 1.3 första stycket i direktiv 2003/88 föreskrivs att detta direktiv ska tillämpas på all verksamhet, såväl offentlig som privat, däribland "utbildning". Av domstolens praxis följer att tillämpningsområdet för direktiv 2003/88 ska förstås i vid bemärkelse.<sup>5</sup> Jag hänvisar vidare till den definition av begreppet "arbetstagare", i den mening som avses i artikel 7 i direktiv 2003/88 och artikel 31.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna,<sup>6</sup> som domstolen har fastställt i sin praxis.<sup>7</sup> Liksom Europeiska kommissionen anser jag att notarietjänstgöring är en utbildningsverksamhet som dessutom, i det aktuella fallet, har de allmänna karaktärstrågen av en anställning. Den rätt till årlig betald semester som varje notarie beviljas inom ramen för på tjänstemän och domare tillämpliga nationella bestämmelser ska således, enligt min uppfattning, göras gällande i enlighet med artikel 7 i detta direktiv och med artikel 31.2 i stadgan.

25. Det ska vidare påpekas att eftersom det i den tillämpliga tyska lagstiftningen saknas bestämmelser om ekonomisk ersättning som inte har tagits ut när anställningen avslutats, följer en sådan ersättning direkt av artikel 7.2 i direktiv 2003/88.<sup>8</sup>

26. För att besvara den hänskjutande domstolens frågor ska det erinras om att det följer av själva lydelsen av artikel 7.1 i direktiv 2003/88, från vilken det enligt direktivet inte är tillåtet att avvika, att varje arbetstagare har rätt till årlig betald semester om minst fyra veckor. Som domstolen vid upprepade tillfällen har angett ska "[d]enna rätt till årlig betald semester ... betraktas som en princip av särskild betydelse i unionens sociala regelverk, varvid de behöriga nationella myndigheternas genomförande av denna princip endast får ske inom de gränser som uttryckligen uppställs i direktiv 2003/88".<sup>9</sup>

27. Det följer vidare av lydelsen i direktiv 2003/88 liksom av domstolens praxis att "även om det ankommer på medlemsstaterna att fastställa villkoren för hur rätten till årlig betald semester ska utövas och genomföras får de dock inte uppställa något som helst villkor för själva uppkomsten av denna rättighet som följer direkt av direktivet".<sup>10</sup>

5 Se, analogt, avseende direktiv 89/391, dom av den 26 mars 2015, Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200, punkt 20).

6 Nedan kallad stadgan.

7 Se, bland annat, dom av den 26 mars 2015, Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200, punkterna 24–27).

8 När det gäller den direkta effekten av artikel 7 i direktiv 2003/88, hänvisar jag till mitt förslag i de förenade målen Bauer och Broßonn (C-569/16 och C-570/16, EU:C:2018:337, punkterna 45 och 46). Mot bakgrund av den vertikala arten av tvisten mellan Sebastian W. Kreuziger och Land de Berlin, föreligger det inget tvivel om att denna artikel kan åberopas direkt vid den hänskjutande domstolen i syfte att utesluta tillämpningen av varje nationell bestämmelse eller praxis som skulle utgöra hinder för betalningen till vederbörande av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut efter arbetsförhållandets avslutande, naturligtvis under förutsättning att villkoren för en sådan betalning är uppfyllda.

9 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

10 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

28. Domstolen har redan vid ett flertal tillfällen uttalat sig i frågor avseende rätten till årlig betald semester för en arbetstagare som inte, innan vederbörandes anställningsförhållande avslutades, kunnat utnyttja sin rätt till denna semester av skäl som legat utanför vederbörandes kontroll, såsom på grund av sjukdom<sup>11</sup> eller på grund av arbetsgivarens vägran att betala semestern.<sup>12</sup>

29. Domstolen har i detta sammanhang fastställt en regel enligt vilken ”direktiv 2003/88 inte tillåter att medlemsstaterna utesluter uppkomsten av själva rätten till årlig betald semester och inte heller att de föreskriver att denna rätt, vad gäller en arbetstagare som varit förhindrad att utöva den, förfaller vid utgången av den referensperiod och/eller den period för överföring av icke uttagen semester som föreskrivs i nationell rätt”.<sup>13</sup>

30. Det följer vidare av domstolens praxis att ”en arbetstagare som inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester innan anställningen avslutades av skäl som denne inte kunnat råda över har rätt till kontant ersättning enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88. Ersättningsbeloppet ska beräknas så, att arbetstagaren försätts i en situation som motsvarar den han skulle ha befunnit sig i om han hade utövat nämnda rättighet under anställningen”.<sup>14</sup>

31. Enligt domstolen innebär den princip som stadgas i artikel 7 i direktiv 2003/88 och i artikel 31.2 i stadgan att ”en förvärvad rätt till årlig betald semester inte kan förfalla vid utgången av den referensperiod och/eller den period för överföring av icke uttagen semester som föreskrivs i nationell rätt, när arbetstagaren inte haft möjlighet att ta ut sin semester”.<sup>15</sup>

32. Idén bakom denna princip är att medlemsstaterna visserligen får föreskriva de närmare villkoren för utnyttjandet av rätten till årlig betald semester, vilket även gäller när medlemsstatens lagstiftning innebär att denna rätt går förlorad vid utgången av referensperioden eller vid utgången av en period under vilken uttagen semester får tas ut, men under förutsättning att den arbetstagare vars rätt till årlig betald semester har gått förlorad har haft verklig möjlighet att utnyttja den rättighet han har enligt direktivet.<sup>16</sup>

33. Av den aktuella nationella lagstiftningen, såsom den har tolkats av vissa nationella domstolar, tycks följa att rätten till årlig betald semester ska anses gå förlorad vid utgången av referensperioden när arbetstagaren inte har ansökt om att få utnyttja den under denna period. Den förlorade rätten till årlig betald semester som arbetstagaren inte har ansökt om att få utnyttja medför en förlust av rätten till ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas.

34. En sådan nationell lagstiftning, tolkad på detta sätt, strider enligt min uppfattning mot artikel 7 i direktiv 2003/88, eftersom den av det förhållandet att arbetstagaren vid anställningens upphörande inte har ansökt om att få ta ut sin semester under referensperioden automatiskt drar slutsatsen att denna semester gått förlorad vid utgången av denna period, utan föregående kontroll av huruvida arbetstagaren faktiskt har beretts tillfälle att utnyttja sin rätt till årlig betald semester, i enlighet med vad som krävs enligt domstolens praxis.

11 Se, bland annat, dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18).

12 Se dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914).

13 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

14 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

15 Se dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 56). Min kursivering.

16 Se, bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18, punkt 43), dom av den 22 november 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761, punkt 26), och dom av den 19 september 2013, Omprövning kommissionen/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punkt 30).

35. Mot bakgrund av det syfte som i direktiv 2003/88 tillskrivs rätten till årlig betald semester, nämligen att säkerställa att arbetstagaren bereds tillräckliga viloperioder, för att skydda vederbörandes säkerhet och hälsa, ankommer det emellertid på arbetsgivaren att vidta lämpliga åtgärder för att garantera arbetstagaren en möjlighet att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester och, om detta bestrids, styrka att den har vidtagit sådana åtgärder.

36. Det ska i detta hänseende erinras om att ”regeln att arbetstagare normalt sett ska få åtnjuta faktisk semester ... stadfästs i [direktiv 2003/88], detta i syfte att säkerställa ett effektivt skydd av arbetstagares säkerhet och hälsa”.<sup>17</sup> Syftet med den årliga betalda semestern är att ”arbetstagaren ska kunna vila sig och ha en period för avkoppling och fritid”.<sup>18</sup>

37. Arbetsgivaren har ett särskilt ansvar för att de arbetstagare som är under dess ledning faktiskt utnyttjar sin rätt till årlig betald semester.

38. Som domstolen redan har fastställt ”[ska] arbetstagaren ... anses vara den svagare avtalsparten i anställningsförhållandet, vilket medför att det är nödvändigt att frånta arbetsgivaren möjligheten att inskränka arbetsgivarens rättigheter.<sup>19</sup> Enligt domstolen skulle arbetstagaren ”[e]ftersom [denne] anses vara den svagare parten ... nämligen ... kunna avskräckas från att uttryckligen göra gällande sina rättigheter gentemot arbetsgivaren om det kunde medföra att arbetsgivaren vidtog åtgärder som kunde försämra hans [eller hennes] arbetsförhållanden.<sup>20</sup> Således strider ”[a]ll praxis eller underlåtenhet från en arbetsgivares sida som kan avskräcka en arbetstagare från att ta ut semester likaså mot syftet med rätten till årlig betald semester”.<sup>21</sup>

39. Mot bakgrund av den obalans som en anställning innebär, ankommer det på arbetsgivaren att anpassa de lämpliga åtgärderna i syfte att göra det möjligt för arbetstagarna att utnyttja deras rätt till årlig betald semester. Domstolen förefaller för övrigt ha understrukit att det föreligger en skyldighet för arbetsgivaren beträffande arbetstagarnas faktiska uttagande av deras semester, då den har fastställt att ”en arbetsgivare som inte ger en arbetstagare möjlighet att utöva sin rätt till årlig betald semester [måste] ta konsekvenserna av detta”.<sup>22</sup>

40. Förekomsten av en sådan skyldighet bekräftas av direktiv 89/391, vilket förblir tillämpligt, liksom anges i skäl 3 och artikel 1.4 i direktiv 2003/88.<sup>23</sup> I artikel 5.1 i direktiv 89/391 föreskrivs nämligen att ”[a]rbeitsgivaren är skyldig att svara för att arbetstagarens säkerhet och hälsa tryggas i alla avseenden som är förbundna med arbetet”. Vidare föreskrivs i artikel 6.1 i detta direktiv att ”[i]nom ramen för sina skyldigheter ska arbetsgivaren vidta tillräckliga åtgärder till skydd för arbetstagarnas säkerhet och hälsa”.

41. Således ska den skyldighet som föreskrivs i direktiv 89/391 för arbetsgivare beaktas vid tolkningen av artikel 7 i direktiv 2003/88.

17 Dom av den 26 juni 2001, BECTU (C-173/99, EU:C:2001:356, punkt 44). Med andra ord måste, som generaladvokaten Mengozzi påpekade i punkt 17 i sitt förslag till avgörande i målet Ministerul Justiției m.fl. (C-12/17, EU:C:2018:195), ”en period av faktiskt arbete ... ge rätt till en lika faktisk viloperiod”.

18 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

19 Se, bland annat, dom av den 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 80 och där angiven rättspraxis).

20 Ibidem, punkt 81.

21 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

22 Dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 63).

23 Angående sambandet mellan direktiv 2003/88 och förbättringen av skyddet för arbetstagares säkerhet och hälsa, se, bland annat, dom av den 19 september 2013, Omprövning kommissionen/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punkt 44 och där angiven rättspraxis). I linje med syftet med direktiv 89/391, fastställer direktiv 2003/88, i dess artikel 1.1, ”minimikrav på säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden”.

42. Det ska vidare påpekas att Förbundsrepubliken Tyskland vid förhandlingen erkände att arbetstagaren, enligt omsorgsplikten, allmänt är skyldig att främja arbetstagarnas välmående och att denna omsorgsplikt även innebär ett krav på att ge arbetstagarna möjlighet att utnyttja sina rättigheter.

43. Denna skyldighet ska, när det gäller arbetstidens förläggning, uppfyllas genom att arbetsgivaren vidtar konkreta organisationsåtgärder avsedda att tillåta arbetstagarna att utnyttja deras rätt till årlig betald semester och genom att den i god tid ger detaljerad information om att dessa arbetstagare, för det fall de inte faktiskt tar ut sin semester, riskerar att förlora denna vid utgången av referensperioden eller vid utgången av en period under vilken outtagen semester får tas ut. Arbetsgivaren ska vidare informera arbetstagarna om att de för det fall de inte tar ut semestern under anställningen, trots att de faktiskt har möjlighet till detta, inte kommer att kunna göra gällande någon rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut vid anställningens upphörande. Arbetsgivarens skyldighet är emellertid inte ”så långtgående att de[n] innebär en skyldighet för arbetsgivaren att tvinga sina arbetstagare att faktiskt utnyttja de viloperioder som de har rätt till”.<sup>24</sup> Med detta förbehåll ska arbetsgivarens skyldighet, enligt min uppfattning, tolkas som en bevisföringsbestämmelse enligt vilken det, för det fall arbetstagarna bestrider att arbetsgivaren har uppfyllt sin skyldighet, är arbetsgivaren som ska styrka att den har vidtagit lämpliga åtgärder för att säkerställa en arbetstagarnas möjlighet att faktiskt utnyttja denna rättighet.

44. Mot bakgrund av den skyldighet som arbetsgivaren har att faktiskt ge sina arbetstagare en möjlighet att utnyttja deras rätt till årlig betald semester, utgör artikel 7 i direktiv 2003/88 hinder för en nationell bestämmelse eller praxis som medför att arbetstagarna själva tillskrivs ansvaret för att utnyttja denna rättighet, utan att det först kontrolleras huruvida arbetsgivaren har iakttagit sin skyldighet. Det skulle nämligen strida mot innehållet i den sociala rättighet som ges varje arbetstagare direkt enligt artikel 7 i direktiv 2003/88 om en nationell bestämmelse eller praxis skulle godtas som föreskriver att arbetstagarens rätt till årlig betald semester går förlorad utan att arbetstagaren i praktiken har haft möjlighet att utnyttja denna rätt.<sup>25</sup> Av det ovan anförda framgår att den omständigheten att en arbetstagare inte har ansökt om att få utnyttja sin rätt till årlig betald semester under referensperioden inte i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) kan medföra en förlust av denna rätt vid utgången av denna period och, på motsvarande sätt, av förlusten av rätten till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas. Av domstolens rättspraxis förefaller för övrigt följa att frågan huruvida en arbetstagare har inkommit med semesteransökningar eller inte saknar relevans.<sup>26</sup>

45. Det ankommer följaktligen på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av det syfte som eftersträvas med rätten till årlig betald semester i direktiv 2003/88, undersöka huruvida arbetsgivaren har styrkt att den har vidtagit lämpliga åtgärder för att säkerställa arbetstagarens möjlighet att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester genom att för detta ändamål iaktta tillbörlig omsorg. I den mån arbetsgivaren styrker att den har uppfyllt sin omsorgsplikt och att arbetstagaren, trots de åtgärder som arbetsgivaren vidtagit, avsiktligt har avstått från att utnyttja sin rätt till årlig betald semester trots att vederbörande hade möjlighet att göra detta under anställningen, kan denna arbetstagare inte på grundval av artikel 7.2 i direktiv 2003/88 kräva betalning av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut när anställningen avslutats. Arbetstagaren har således beretts möjlighet att utnyttja sin rätt. Han eller hon har medvetet avstått från denna, med vetskapen om de rättsliga konsekvenser som kan drabba honom eller henne vid anställningens upphörande.

24 Se dom av den 7 september 2006, kommissionen/Förenade kungariket (C-484/04, EU:C:2006:526, punkt 43).

25 Se, bland annat, dom av den 19 september 2013, Omprövning kommissionen/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

26 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 62 och där angiven rättspraxis).



46. Visserligen kan vissa av domstolen formulerade överväganden ge intryck av att den tolkar artikel 7.2 i direktiv 2003/88 så att den direkt och automatiskt föreskriver en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut för det fall anställningen upphör. När det gäller villkoren för att en sådan ersättning ska förekomma, har domstolen understrukit att ”att artikel 7.2 i direktiv 2003/88 föreskriver att arbetstagaren, när anställningen upphör och det i praktiken inte längre är möjligt att ta ut den årliga betalda semestern, har rätt till kontant ersättning i syfte att undvika att vederbörande till följd härav inte kan utnyttja rätten till semester, ens i form av en ekonomisk förmån”.<sup>27</sup> Domstolen har även slagit fast att ”[f]ör att kunna säkerställa efterlevnaden av denna grundläggande unionsrättsliga rättighet för arbetstagaren, ska [den] inte tolka artikel 7.2 i direktiv 2003/88 restriktivt, till nackdel för de rättigheter som arbetstagarna har enligt denna bestämmelse”.<sup>28</sup> Vidare har domstolen slagit fast att ”rätten till kontant ersättning i artikel 7.2 i direktiv 2003/88, såsom domstolen har tolkat den artikeln, inte är villkorad av annat än att anställningen ska vara avslutad och att arbetstagaren inte ska ha tagit ut all semester som vederbörande hade rätt till när anställningen avslutades”.<sup>29</sup>

47. Det ska emellertid understrykas att dessa överväganden är nära knutna till det faktiska sammanhang i vilket de gjorts, det vill säga situationer i vilka en arbetstagare hade förhindrats att utnyttja sin rätt till årlig betald semester på grund av en sjukdom eller vederbörandes död.

48. Vidare får artikel 7.2 i direktiv 2003/88 under alla omständigheter inte tolkas så att en arbetstagare som frivilligt och på ett väl underbyggt sätt har avstått från att ta ut sin årliga betalda semester kan göra gällande en rätt till utbetalning av en ekonomisk ersättning för betald årlig semester som inte har tagits ut vid anställningens upphörande, när arbetsgivaren har styrkt att den faktiskt berett arbetstagaren möjlighet att ta ut sin semester under anställningen.

49. En tolkning av artikel 7.2 i direktiv 2003/88 som främjar en automatisk utbetalning till arbetstagare av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut vid anställningens upphörande, utan att någon kontroll görs av arbetsgivarens respektive arbetstagarens beteende, skulle strida såväl mot lydelsen i denna bestämmelse som mot syftet med rätten till årlig betald semester, såsom det har understrukits och senare erinrats om av domstolen i fast praxis. Artikel 7 i direktiv 2003/88 ska emellertid tolkas mot bakgrund av sin ordalydelse och det eftersträlvade syftet.<sup>30</sup>

50. När det för det första gäller lydelsen i artikel 7.2 i direktiv 2003/88, följer av denna att en utbetalning av en ekonomisk ersättning, då den har till syfte att ersätta minimiperioden av årlig betald semester, endast är möjlig för det fall anställningen upphör. Ett faktiskt uttag av semester är således regel och ekonomisk ersättning är undantag. Dessutom uttrycker inte lydelsen i denna bestämmelse någon idé om ett automatiskt beviljande av sådan ersättning för det fall anställningen upphör, utan endast en idé om en sådan möjlighet.

51. Vad för det andra beträffar syftet med rätten till årlig betald semester, ska det erinras om att det är att ”arbetstagaren ska kunna vila sig och ha en period för avkoppling och fritid”.<sup>31</sup> Vidare bör regeln återigen nämnas om att arbetstagaren normalt sett ska kunna åtnjuta en faktisk viloperiod.

52. En tolkning av artikel 7.2 i direktiv 2003/88 enligt vilken den direkt och automatiskt skulle föreskriva en ekonomisk ersättning till arbetstagare för årlig betald semester som inte tagits ut när anställningen upphör skulle åsidosätta detta syfte och kravet på en faktisk viloperiod för arbetstagarna, vilka innebär att åtnjutandet av rätten till årlig betald semester i princip ska utnyttjas i natura.

27 Se, bland annat, dom av den 12 juni 2014, Bollacke (C-118/13, EU:C:2014:1755, punkt 17 och där angiven praxis).

28 Se, bland annat, dom av den 12 juni 2014, Bollacke (C-118/13, EU:C:2014:1755, punkt 22 och där angiven praxis).

29 Se, bland annat, dom av den 12 juni 2014, Bollacke (C-118/13, EU:C:2014:1755, punkt 23).

30 Se, bland annat, dom av den 22 maj 2014, Lock (C-539/12, EU:C:2014:351, punkt 15).

31 Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

53. En sådan tolkning skulle nämligen kunna uppmuntra arbetstagare som, exempelvis på grund av att de är under utbildning eller har anställts genom ett tidsbegränsat anställningsavtal, vet att deras anställning kommer att upphöra inom en snar framtid att inte ta ut sin semester i syfte att öka sin arbetsersättning genom att, vid anställningens slut, erhålla en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut. Domstolen har emellertid redan tidigare slagit fast att det bör undvikas att artikel 7 i direktiv 2003/88 tolkas så att det ”ge[s] incitament, som inte är förenliga med [detta direktiv], för arbetstagaren att avstå från sin semester eller för arbetsgivaren att uppmana denne därtill”.<sup>32</sup> För att iakttä syftet med rätten till årlig betald semester ska det således säkerställas att artikel 7.2 i direktiv 2003/88 inte kan användas som ett verktyg för att kumulera dagar av årlig betald semester i syfte att få ersättning för dessa när anställningen tagit slut.<sup>33</sup>

54. Det ska tilläggas att skyddet för en arbetstagares säkerhet och hälsa inte enbart hör till dess individuella intresse, utan också till arbetsgivarens intresse och till det allmänna intresset.<sup>34</sup>

55. Mot bakgrund av dessa omständigheter bör således den del i domen av den 12 juni 2014, Bollacke,<sup>35</sup> i vilken domstolen angav att ”rätten till kontant ersättning i artikel 7.2 i direktiv 2003/88, såsom domstolen har tolkat den artikeln, inte är villkorad av annat än att anställningen ska vara avslutad och att arbetstagaren inte ska ha tagit ut all semester som vederbörande hade rätt till när anställningen avslutades” relativiseras.<sup>36</sup> För att uppfylla det dubbla ändamålet med rätten till årlig betald semester, nämligen att dels tillåta arbetstagaren att vila, dels att ha en period för avkoppling och fritid, samt regeln att en arbetstagare normalt sett ska kunna åtnjuta en faktisk viloperiod, ska det andra villkor som ställs i artikel 7.2 i direktiv 2003/88, nämligen att ”arbetstagaren *inte ska ha tagit ut* all årlig betald semester som vederbörande hade rätt till när [anställningen] avslutades,<sup>37</sup> nödvändigtvis tolkas så att det innebär att arbetstagaren ”*inte kunnat* ta ut all sin årliga betalda semester innan vederbörandes anställning avslutades”.<sup>38</sup> Det är endast för det fall det första villkoret, det vill säga att anställningen har avslutats, och det andra villkoret, tolkat på detta sätt, är uppfyllda som den arbetstagare vars anställning har avslutats har en rätt, grundad på artikel 7.2 i direktiv 2003/88, till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut.

56. Tolkad på detta sätt tillåter således artikel 7.2 i direktiv 2003/88 att säkerställa en rättvis balans mellan den nödvändiga ekonomiska ersättningen för en rätt till årlig betald semester som faktiskt inte har kunnat åtnjutas under anställningen och uppfyllandet av syftet med denna rätt som i princip kräver att semestern faktiskt tas ut.

57. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen ska avfärda resonemanget att utbetalning av ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut är beroende av det dubbla villkoret som innebär dels att arbetstagaren personligen hos arbetsgivaren har ansökt om att få ta ut den omtvistade semestern, dels att arbetstagaren har styrkt att den inte har haft möjlighet att utnyttja sin rätt till årlig betald semester av skäl som ligger utanför vederbörandes kontroll.

58. Jag föreslår att domstolen ska följa en annan logik som bygger på regeln att ett faktiskt uttag av semester ska privilegieras och på den roll som arbetsgivaren ska spela i detta hänseende. I detta hänseende är det uteslutet att låta enbart arbetstagarna bära ansvaret för att se till att faktiskt ta ut deras semester som annars går förlorad. En sådan lösning skulle nämligen inte överensstämma med

32 Se dom av den 6 april 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (C-124/05, EU:C:2006:244, punkt 32). Se även, för ett resonemang grundat på regeln att en arbetstagare normalt sett ska kunna åtnjuta en faktisk viloperiod, dom av den 16 mars 2006, *Robinson-Steele m.fl.* (C-131/04 och C-257/04, EU:C:2006:177).

33 Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Tanchevs förslag till avgörande i målet *King* (C-214/16, EU:C:2017:439, punkt 97).

34 Se även, beträffande detta resonemang, förslag till avgörande av generaladvokat Stix-Hackls i de förenade målen *Robinson-Steele m.fl.* (C-131/04 och C-257/04, EU:C:2005:650, punkt 79).

35 C-118/13, EU:C:2014:1755.

36 Se dom av den 12 juni 2014, *Bollacke* (C-118/13, EU:C:2014:1755, punkt 23).

37 Se, bland annat, dom av den 20 juli 2016, *Maschek* (C-341/15, EU:C:2016:576, punkt 27 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

38 Se, bland annat, dom av den 20 juli 2016, *Maschek* (C-341/15, EU:C:2016:576, punkt 28 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

verkligheten i anställningarna som innebär en obalans mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, eftersom den sistnämnda på olika sätt kan uppmuntras att arbeta mer, särskild när vederbörande hoppas på att få sitt anställningsavtal förnyat. För att förebygga denna risk liksom arbetstagarnas benägenhet att omvandla deras semesterdagar till lönetillägg, bör arbetsgivaren åläggas en skyldighet att vidta lämpliga åtgärder för att tillåta arbetstagaren att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester som inte tagits ut när anställningen avslutas. Om arbetsgivare styrker att den har gett arbetstagaren en möjlighet att utnyttja denna rätt, kan denna arbetstagare således inte, på grundval av artikel 7.2 i direktiv 2003/88, göra anspråk på utbetalning av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut vid anställningens upphörande.

59. Således föreslår jag att domstolen ska besvara den hänskjutande domstolens fråga så att artikel 7.2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så att den ger rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas om arbetstagaren inte har kunnat ta ut all den årliga betalda semester som han eller hon hade rätt till under anställningen.

60. Denna bestämmelse ska, enligt min uppfattning, tolkas så att den utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken en arbetstagare förlorar sin rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när arbetstagaren dels inte har ansökt om att få åtnjuta denna semester under anställningen, dels inte styrker att det varit omöjligt för honom eller henne att ta ut semestern av skäl som låg utanför vederbörandes kontroll, utan att först kontrollera huruvida arbetsgivaren faktiskt har berett arbetstagaren möjlighet att utnyttja sin rätt till årlig betald semester.

61. När en talan väcks vid en nationell domstol avseende ett bestridande av en arbetstagares rätt till ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas, ankommer det på den domstolen att kontrollera huruvida arbetsgivaren kan styrka att den har vidtagit lämpliga åtgärder för att garantera arbetstagaren en möjlighet att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester under anställningen. Om arbetsgivaren styrker att den har uppfyllt sin omsorgsplikt och att arbetstagaren, trots de åtgärder som arbetstagaren har vidtagit, frivilligt på ett väl underbyggt sätt har avstått från att utnyttja sin rätt till årlig betald semester, trots att vederbörande haft möjlighet till detta under anställningen, kan arbetstagaren inte, på grundval av artikel 7.2 i direktiv 2003/88, kräva utbetalning av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas.

62. Om det i förevarande fall av den hänskjutande domstolens kontroller framgår att Land Berlin, i egenskap av Sebastian M. Kreuzigers arbetsgivare, har gett honom möjlighet att utnyttja sin rätt till årlig betald semester och att Sebastian M. Kreuziger trots detta inte har önskat ta ut sin semester innan han klarat det muntliga provet i den statliga examen, kan den hänskjutande domstolen anse att arbetsgivaren har haft fog för att neka honom en sådan ersättning.

#### **IV. Förslag till avgörande**

63. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (högre regionala förvaltningsdomstolen för delstaterna Berlin och Brandenburg, Tyskland) på följande sätt:

- 1) Artikel 7.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden ska tolkas så, att den ger rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas, när en arbetstagare inte har kunnat ta ut all den semester som vederbörande hade rätt till under anställningen.

- 2) Artikel 7.2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så att den utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken en arbetstagare förlorar sin rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutats, när denna arbetstagare dels inte har ansökt om att få ta ut denna semester när vederbörande var anställd, dels inte har styrkt att det var omöjligt för honom eller henne att ta ut denna semester av skäl som låg utanför vederbörandes kontroll, utan att det först har kontrollerats huruvida arbetsgivaren faktiskt har gett arbetstagaren möjlighet att utnyttja sin rätt till årlig betald semester.
- 3) När en talan väcks vid en nationell domstol avseende bestridande av en arbetstagares rätt till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas, ankommer det på den domstolen att kontrollera huruvida arbetsgivaren har styrkt att den har vidtagit lämpliga åtgärder för att garantera arbetstagaren en möjlighet att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester under anställningen. Om arbetsgivaren visar att den har uppfyllt sin omsorgsplikt och att arbetstagaren, trots de åtgärder som arbetsgivaren har vidtagit, frivilligt och på ett väl underbyggt sätt har avstått från rätten att utnyttja sin rätt till årlig betald semester, trots att vederbörande har haft möjlighet till detta under anställningen, kan arbetstagaren inte, på grundval av artikel 7.2 i direktiv 2003/88, göra anspråk på betalning av en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen avslutas.