



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 29 maj 2018¹

Mål C-684/16

**Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV
mot
Tetsuji Shimizu**

(begäran om förhandsavgörande från Bundesarbeitsgericht (Federala arbetsdomstolen,
Föbundsrepubliken Tyskland)

”Begäran om förhandsavgörande – Socialpolitik – Arbetstidens förläggning – Rätt 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 – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 31.2 – Skyldighet till direktivkonform tolkning av nationell rätt – Möjlighet att direkt åberopa artikel 31.2 i stadgan inom ramen för en tvist mellan enskilda – Skyldighet att avstå från att tillämpa en nationell bestämmelse som står i strid med unionsrätten”

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden² samt av artikel 31.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.³
2. Denna begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan Tetsuji Shimizu och hans arbetsgivare, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV (nedan kallad Max-Planck) angående arbetsgivarens vägran att betala ut ekonomisk ersättning till Tetsuji Shimizu för årlig betald semester som han inte tagit ut före anställningens upphörande.
3. Detta mål ger, liksom målet Kreuziger (C-619/16), i vilket jag också kommer att föredra ett förslag till avgörande, 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.

1 Originalspråk: franska.

2 EUT L 299, 2003, s. 9.

3 Nedan kallad stadgan.

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, utan att det först har kontrollerats huruvida denna arbetstagare faktiskt getts möjlighet av sin arbetsgivare att utnyttja sin rätt till årlig betald semester.

6. Jag kommer därefter 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 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 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 en sådan möjlighet 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.

7. Slutligen kommer jag att precisera att när det visar sig, inom ramen för en tvist mellan två enskilda, att en nationell bestämmelse utgör hinder för att en arbetstagare erhåller en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut vid anställningens upphörande, vilken vederbörande emellertid har rätt till enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88, har den nationella domstol vid vilken talan har väckts en skyldighet att pröva huruvida den kan tolka den tillämpliga nationella lagstiftningen i enlighet med denna bestämmelse och, om detta inte tycks vara fallet, inom ramen för sin behörighet säkerställa det rättsliga skydd som rättssubjekt har enligt artikel 31.2 i stadgan samt garantera en full verkan av denna artikel genom att vid behov lämna varje nationell bestämmelse som står i strid med denna utan verkan.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

8. 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.”

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 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 arbetet⁴ har följande lydelse:

”Arbetsgivaren är skyldig att svara för att arbetstagarens säkerhet och hälsa tryggas i alla avseenden som är förbundna med arbetet”.

B. Tysk rätt

12. I 7 § i Bundesurlaubsgesetz (federala semesterlagen),⁵ av den 8 januari 1963, i dess version av den 7 maj 2002,⁶ föreskrivs, under rubriken ”Tidpunkt, överförbarhet och ersättning för semester” följande:

”1. Vid fastställandet tidpunkten för semester ska hänsyn tas till arbetstagarens önskemål, utom där sådan hänsyn är utesluten på grund av tvingande verksamhetsskäl eller andra arbetstagares önskemål som av sociala skäl bör ges företräde. Ledighet ska beviljas när arbetstagaren begär detta i samband med förebyggande vård eller rehabilitering.

2. Semester ska vara sammanhängande, utom där det föreligger tvingande verksamhetsskäl eller den anställde har personliga skäl som gör en uppdelning av ledigheten nödvändig. Kan semestern av dessa skäl inte vara sammanhängande och har den anställde rätt till mer än tolv dagars semester, så måste en del av semestern omfatta minst tolv arbetsdagar i följd.

3. Semester ska beviljas och tas ut för det innevarande kalenderåret. En överföring av semesterdagar till nästa kalenderår är tillåten endast om det föreligger tvingande verksamhetsskäl eller den anställde anför personliga skäl som gör detta berättigat ...

4. Kan semester på grund av uppsägning helt eller delvis inte beviljas, ska i stället ersättning utgå.”

13. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (kollektivavtal för den offentliga sektorn) innehåller en 26 § som har rubriken ”Årlig semester”, i vars punkt 1 föreskrivs följande:

”... Årlig semester måste beviljas under innevarande kalenderår och kan även delas upp ...”

II. Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14. Tetsuji Shimizu var, enligt flera tidsbegränsade avtal, från den 1 augusti 2001 till den 31 december 2013, anställd vid Max-Planck. På anställningsförhållandet mellan parterna var bestämmelserna i BUrIG och kollektivavtalet för den offentliga sektorn tillämpliga.

15. Genom en skrivelse av den 23 oktober 2013 bad Max-Planck Tetsuji Shimizu att han skulle ta ut sin semester före utgången av anställningsförhållandet, utan att för den skull på eget initiativ ensidigt bestämma vilka semesterdagar som skulle tas ut. Tetsuji Shimizu tog ut två semesterdagar, den 15 november respektive den 2 december 2013.

16. Efter att, genom skrivelse av den 23 december 2013, utan framgång ha bett Max-Planck att betala en ersättning på 11 979,26 euro motsvarande 51 dagars årlig semester som Tetsuji Shimizu inte hade tagit ut för åren 2012 och 2013, väckte han talan i syfte att Max-Planck skulle förpliktas att betala denna ersättning.

4 EGT L 183, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146.

5 BGBl. 1963, s. 2.

6 BGBl. 2002 I, s. 1529 (nedan kallad BUrIG).

17. Efter att talan bifallits i första och andra instans, överklagade Max-Planck domen till Bundesarbeitsgericht (federala arbetsdomstolen, Tyskland), den hänskjutande domstolen.

18. Den hänskjutande domstolen har anfört att rätten till Tetsuji Shimizus årliga betalda semester avseende åren 2012 och 2013 gått förlorad med tillämpning av artikel 7.3 första meningen i BUrlG. Den berörda parten har nämligen inte tagit ut denna semester under de år för vilka den beviljats. Det tycks inte finnas några tvingande verksamhetsskäl eller personliga skäl för arbetstagaren, i den mening som avses i 7 § 3 andra meningen i BUrlG, som i förevarande fall gör det motiverat att denna semester inte har tagits ut. Arbetsgivaren förefaller inte heller på något sätt ha hindrat den berörda personen från att ta ut denna semester. Enligt den hänskjutande domstolen kan 7 § BUrlG inte heller tolkas så att arbetstagaren har en skyldighet att ensidigt fastställa datumet för semestern och tvinga arbetstagaren att ta ut denna. Således kan Tetsuji Shimizus rätt till årlig betald semester, på grund av att den gått förlorad, inte längre omvandlas till en rätt till en ekonomisk ersättning enligt 7 § 4 BUrlG.

19. Den hänskjutande domstolen anser vidare att domstolens praxis inte gör det möjligt att tydligt fastställa huruvida nationella bestämmelser som har de i föregående punkt angivna verkningarna är förenliga med artikel 7 i direktiv 2003/88 samt med artikel 31.2 i stadgan. I doktrinen har hittills olika uppfattningar anförts i detta hänseende.

20. Den hänskjutande domstolen har vidare angett att Max-Planck är en privaträttslig ideell organisation som, visserligen, till stor del finansieras med offentliga medel, men som emellertid inte har några större befogenheter jämfört med de bestämmelser som är tillämpliga mellan enskilda, varför den kan anses som en enskild enligt domstolens praxis.⁷ Domstolen har emellertid ännu inte, i detta hänseende, preciserat huruvida artikel 7 i direktiv 2003/88 eller artikel 31.2 i stadgan har en horisontell direkt effekt.

21. Bundesarbeitsgericht har under dessa omständigheter beslutat att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Utgör artikel 7.1 i [direktiv 2003/88] eller artikel 31.2 i [stadgan] hinder mot nationella bestämmelser såsom bestämmelsen i 7 § [BUrlG], som föreskriver, såsom ett förfarande för att utöva rätten till årlig semester, att arbetstagaren måste ansöka om semester med angivande av sina önskemål om semesterns förläggning, för att rätten till semester i slutet av den relevanta perioden inte ska förloras utan ersättning, och att arbetsgivaren därvid inte är förpliktad att på ett ensidigt och för arbetstagaren bindande sätt fastställa tidpunkten för semester inom den relevanta perioden?

2) För det fall fråga 1 ska besvaras jakande:

Gäller detta förhållande även då anställningsförhållandet omfattar två privatpersoner?”

III. Rättslig bedömning

22. Genom den första tolkningsfrågan 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 innan anställningen avslutats, när denna arbetstagare inte har ansökt om denna semester under anställningen.

⁷ Den hänskjutande domstolen har, i detta hänseende, hänvisat till dom av den 12 juli 1990, Foster m.fl. (C-188/89, EU:C:1990:313).

23. Den andra tolkningsfrågan gäller frågan om möjligheten att återropa unionsrätten inom ramen för en tvist mellan enskilda i syfte att utesluta tillämpning av sådana bestämmelser, för det fall dessa ska anses stå i strid med unionsrätten.

24. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar erinrar EU-domstolen för det första 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".⁸

25. 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".⁹

26. Domstolen har redan vid ett flertal tillfällen uttalat sig i frågor avseende rätten till årlig betald semester för en arbetstagare som inte, fram till det att vederbörandes anställningsförhållande avslutades, kunnat utnyttja sin rätt till denna semester av skäl som legat utanför vederbörandes kontroll, såsom på grund av sjukdom¹⁰ eller på grund av arbetsgivarens vägran att betala semestern.¹¹

27. 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".¹²

28. 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".¹³

29. 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".¹⁴

⁸ Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

⁹ Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

¹⁰ Se, bland annat, dom av den 20 januari 2009, Schultz-Hoff m.fl. (C-350/06 och C-520/06, EU:C:2009:18).

¹¹ Se dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914).

¹² Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

¹³ Se, bland annat, dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

¹⁴ Se dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 56). Min kursivering.

30. 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 outtagen 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.¹⁵

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. 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”.¹⁶ Syftet med den årliga betalda semestern är att arbetstagaren ska kunna vila sig och ha en period för avkoppling och fritid”.¹⁷

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

36. 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”.¹⁸ Enligt domstolen skulle arbetstagaren ”[e]ftersom [han] 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 arbetsförhållanden”.¹⁹ 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”.²⁰

15 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).

16 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 mål Ministerul Justiției m.fl. (C-12/17, EU:C:2018:195), ”en period av faktiskt arbete ... ge rätt till en lika faktisk viloperiod”.

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

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

19 Ibidem, punkt 81.

20 Dom av den 29 november 2017, King (C-214/16, EU:C:2017:914, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

37. 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".²¹

38. Förekomsten av en sådan skyldighet bekräftas av direktiv 89/391, vilket förblir tillämpligt, liksom anges i skäl 3 och artikel 1.4 i direktiv 2003/88.²² 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".

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

40. 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.

41. 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".²³ 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.

42. 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 varje arbetstagare ges 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.²⁴ 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

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

22 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".

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

24 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).

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.²⁵

43. Det ankommer följaktligen på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av det syfte med rätten till årlig betald semester som anges 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 arbetstagaren 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.

44. 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 utgå, 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”.²⁶ 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”.²⁷ 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”.²⁸

45. 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.

46. 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.

47. 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 eftersträvade syftet.²⁹

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

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

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

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

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

48. 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.

49. Vad för det andra beträffar syftet med rätten till årlig betald semester, ska det erinras om att detta är att "arbetstagaren ska kunna vila sig och ha en period för avkoppling och fritid".³⁰ Vidare bör regeln återigen nämnas om att arbetstagaren normalt sett ska kunna åtnjuta en faktisk viloperiod.

50. 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.

51. 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 uppmåna denne därtill".³¹ 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.³²

52. 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.³³

53. Mot bakgrund av dessa omständigheter bör således den del i domen av den 12 juni 2014, Bollacke,³⁴ 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.³⁵ 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,³⁶ nödvändigtvis tolkas så att det innebär att arbetstagaren "*inte kunnat* ta ut all sin årliga betalda semester innan

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

31 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).

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

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

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

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

36 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.

vederbörandes anställning avslutades”.³⁷ 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.

54. 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.

55. 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 avseende dels att arbetstagaren personligen har ansökt till sin arbetsgivare om att få ta ut den omtvistade semestern, dels att denna arbetstagare har styrkt att den inte har haft möjlighet att utnyttja sin rätt till årlig betald semester av skäl som ligger utanför vederbörandes kontroll.

56. 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 överensstämja med 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 sina 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 arbetstagaren 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.

57. 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 hade rätt till under anställningen.

58. 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 denna arbetstagare dels inte har ansökt om att få åtnjuta denna semester när vederbörande var anställd, 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.

59. 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

³⁷ Se, bland annat, dom av den 20 juli 2016, Maschek (C-341/15, EU:C:2016:576, punkt 28). Min kursivering.

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.

60. Jag tvivlar i förevarande mål, även om den slutliga bedömningen i detta hänseende ankommer på den hänskjutande domstolen, på att det kan anses att Max-Planck har uppfyllt sin omsorgsplikt för att ge Tetsuji Shimizu möjlighet att ta ut den årliga betalda semester som han hade rätt till. Den enda åtgärd som framgår av handlingarna i målet utgörs av den uppmaning som MaxPlanck gav Tetsuji Shimizu den 23 oktober 2013 att ta ut sin semester, samtidigt som han fick reda på att hans anställning inte skulle förnyas. Mot bakgrund av den begränsade tid som förlöpte mellan dagen för denna åtgärd och datumet för upphörandet av Tetsuji Shimizu tidsbegränsade anställningsavtal, det vill säga den 31 december 2013, vidtogs denna åtgärd för sent, vilket enligt min uppfattning innebär att den inte kan anses vara en lämplig åtgärd för att tillåta denna arbetstagare att faktiskt utnyttja sin rätt till årlig betald semester.

61. Vidare anser jag att en arbetstagare, under perioden före utgången av ett tidsbegränsat anställningsavtal, inte är i stånd att faktiskt åtnjuta sin rätt till årlig betald semester. Mot bakgrund av realiteten på arbetsmarknaden, kommer nämligen arbetstagaren under denna period med största sannolikhet att vara mer upptagen med att söka en ny anställning än att vila sig och att ha en tid för avkoppling och fritid. Vidare kan arbetstagaren, under denna period före utgången av ett tidsbegränsat anställningsavtal, legitimt vilja avsluta de projekt som vederbörande har arbetat med under anställningen på ett passande sätt, vilket kan vara ett incitament till att avstå från att ta ut sin semester.³⁸

62. Jag kommer nu till den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga, vilken avser problemet avseende möjligheten att åberopa unionsrätten inom ramen för en tvist mellan enskilda. Den hänskjutande domstolen har i detta hänseende påpekat att Max-Planck är en privaträttslig ideell organisation, vilken visserligen till stor del är finansierad med offentliga medel, men som emellertid inte har någon större befogenhet jämfört de bestämmelser som är tillämpliga på förhållanden mellan enskilda. Tvisten vid den hänskjutande domstolen ska således enligt den domstolen anses vara en tvist mellan enskilda. Denna premis har inte ifrågasatts inom ramen för detta mål om förhandsavgörande.

63. Mot bakgrund av domstolens fasta praxis om det förhållandet att direktiv inte har någon horisontell direkt effekt, har den hänskjutande domstolen, genom denna tolkningsfråga, i huvudsak önskat få klarhet i huruvida artikel 31.2 i stadgan kan åberopas inom ramen för en tvist mellan enskilda i syfte att utesluta tillämpningen av nationella bestämmelser beträffande vilka det har fastställts att de står i strid med artikel 7.2 i direktiv 2003/88.

64. Jag undersökte i detalj denna fråga, liksom räckvidden av skyldighet till unionskonform tolkning som åligger de nationella domstolarna, inom ramen för mitt förslag till avgörande i de förenade målen Bauer (C-569/16) och Willmeroth (C-570/16), till vilka jag hänvisar. Mot bakgrund av de överväganden som jag formulerade i det förslaget, anser jag att artikel 31.2 i stadgan, i den del den garanterar en arbetstagare rätten till en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte tagits ut under hela detta anställningsförhållande, kan åberopas direkt av denna arbetstagare inom ramen för en tvist mellan vederbörande och hans eller hennes arbetsgivare i syfte att utesluta tillämpningen av nationella bestämmelser som utgör hinder för att en sådan ersättning ska betalas ut.

³⁸ Som Tetsuji Shimizu angav vid förhandlingen ville han, till följd av Max Plancks uppmaning att ta ut semester, då han vid samma tillfälle fick reda på att hans anställningsavtal inte skulle förlängas, slutföra sina sista projekt. Därför beslutade han att inte ta ut all den semester som han hade rätt till.

65. Jag föreslår således att domstolen ska besvara den hänskjutande domstolens fråga så att när det, inom ramen för en tvist mellan två enskilda, visar sig att nationella bestämmelser utgör hinder för att en arbetstagare erhåller en ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen upphör, vilken han eller hon dock har rätt till enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88, har den nationella domstol vid vilken talan har väckts en skyldighet att pröva om det är möjligt för den att tolka den tillämpliga nationella lagstiftningen på ett sätt som överensstämmer med denna bestämmelse och, om detta inte förefaller vara möjligt, inom ramen för sin behörighet säkerställa det skydd som för rättssubjekten följer av artikel 31.2 i stadgan och garantera full verkan av denna artikel genom att vid behov lämna varje nationell bestämmelse som står i strid med denna utan tillämpning.

IV. Förslag till avgörande

66. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de båda tolkningsfrågorna från Bundesarbeitsgericht (Federala arbetsdomstolen, 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 arbetstagaren inte har ansökt om att få ta ut denna semester under anställningen, utan att det först har kontrollerats huruvida arbetsgivaren faktiskt 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 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.
- 4) När det, inom ramen för en tvist mellan två enskilda, visar sig att nationella bestämmelser utgör hinder för att en arbetstagare erhåller ekonomisk ersättning för årlig betald semester som inte har tagits ut när anställningen upphör, vilken han eller hon dock har rätt till enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88, har den nationella domstol vid vilken talan har väckts en skyldighet att pröva om det är möjligt för den domstolen att tolka den tillämpliga nationella lagstiftningen på ett sätt som överensstämmer med denna bestämmelse och, om detta inte förefaller vara möjligt, inom ramen för sin behörighet säkerställa det skydd som för rättssubjekten följer av artikel 31.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och garantera full verkan av denna artikel genom att vid behov lämna varje nationell bestämmelse som står i strid med denna utan tillämpning.