

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK
föredraget den 7 juli 2011¹

Innehållsförteckning

I – Inledning	I - 11761
II – Tillämpliga bestämmelser	I - 11761
A – Unionsrätten	I - 11761
B – Nationella bestämmelser	I - 11762
III – Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	I - 11763
IV – Förfarandet vid domstolen	I - 11765
V – Parternas huvudsakliga argument	I - 11766
VI – Rättslig bedömning	I - 11767
A – Allmänt	I - 11767
B – Tolkningsfrågorna i detalj	I - 11768
1. De viktigaste punkterna i den rättspraxis som utvecklats i domen i de för- enade målen Schultz-Hoff m.fl.	I - 11768
2. Huruvida syftet med artikel 7 i direktiv 2003/88 kräver att rätten till se- mester eller semesterersättning ska kunna kumuleras under obegränsad tid	I - 11772
a) Argument för kumulation av rättigheter	I - 11773

¹ — Originalspråk: tyska.
Förfarandespråk: tyska

b)	Argument mot kumulation av rättigheter	I - 11775
i)	Kravet på ett snabbt utnyttjande	I - 11775
ii)	Ingen uppenbar ökning av viloeffekten	I - 11776
iii)	Nackdelarna för arbetstagarens ekonomiska och sociala integration	I - 11777
–	Risker för arbetstagarens integration i arbetsprocessen ...	I - 11777
–	Risker avseende upprätthållandet av anställningsförhållandet	I - 11778
iv)	Risk för en organisatorisk samt ekonomisk belastning för små och medelstora företag	I - 11779
v)	Risk för denaturering av rätten till semesterersättning	I - 11780
c)	Slutsats i denna del	I - 11783
3.	Huruvida en tidsbegränsning av möjligheten att kumulera rätten till semester eller till ersättning är förenlig med unionsrätten.	I - 11783
a)	Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. som utgångspunkt ..	I - 11783
b)	Avseende en tidsbegränsning av kumulationsperioden	I - 11784
c)	Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av en frist	I - 11787
d)	Slutsats i denna del	I - 11790
4.	Slutliga slutsatser	I - 11791
VII –	Förslag till avgörande	I - 11792
I -	11760	

I – Inledning

1. I detta förfarande för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF har Landesarbeitsgericht Hamm (nedan kallad den hänskjutande domstolen) hänskjutit två frågor till domstolen avseende tolkningen av artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.²

2. Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan Winfried Schulte som till följd av en svår sjukdom klassificerades som en tidigare anställd med nedsatt arbetsförmåga och hans tidigare arbetsgivare KHS AG (nedan kallat KHS), avseende kontant ersättning för semester som Winfried Schulte inte tagit ut på grund av sjukdom. Den hänskjutande domstolen vill med sin fråga huvudsakligen få klarhet i om en arbetstagares rätt till semesterersättning, enligt unionsrätten såsom denna tolkats av domstolen i dess praxis, kan kumuleras under flera år, närmare bestämt när arbetstagaren till följd av en längre tid av arbetsförmåga inte kunnat utnyttja sin rätt till årlig betald semester.

3. Domstolen uppmanas att vidareutveckla sin praxis avseende förhållandet mellan årlig semester och sjukledighet, som tog sin

början i domen i de förenade målen Schultz-Hoff und Stringer³, samt, i förekommande fall, att fastställa de gränser som uppställs för rätten till betald årlig semester som stadsfästs i unionsrätten och dess korrelerat rätten till semesterersättning då anställningen avslutats, närmare bestämt med avseende på hur arbetstagarens och arbetsgivarens intressen ska förenas med varandra.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätten⁴

4. I artikel 1 i direktiv 2003/88 föreskrivs följande:

”Ändamål och räckvidd

1. I detta direktiv föreskrivs minimikrav på säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden.

2 — EUT L 299, s. 9.

3 — Dom av den 20 januari 2009 i de förenade målen C-350/06 och C-520/06, Schultz-Hoff m.fl. (REG 2009, s. I-179).

4 — Mot bakgrund av de benämningar som används i FEU och FEUF kommer begreppet unionsrätt att användas som ett gemensamt begrepp för gemenskapsrätt och unionsrätt. I den mån det i det följande hänvisas till enskilda primärrettsliga bestämmelser är det den vid varje tid (*ratione temporis*) gällande lydelsen som avses.

2. Detta direktiv är tillämpligt på

B – *Nationella bestämmelser*

a) minimitider för ... årlig semester ...”

7. I förbundslagen om semester (Bundesurlaubsgesetz) (BUrLG) av den 8 januari 1963, i dess lydelse av den 7 maj 2002, föreskrivs följande i 1 § (rätten till semester):

5. Artikel 7 i direktiv 2003/88 har följande lydelse:

”Varje arbetstagare har under varje kalenderår rätt till betald semester.”

”Årlig semester

8. I 3 § 1 (semesterens längd) BUrLG föreskrivs följande:

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.

”Semestern ska vara minst 24 arbetsdagar per kalenderår.”

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

9. ”I 7 § 3 och 4 (tidpunkt, överföring och semesterersättning) föreskrivs följande:

3) Semesterledighet måste beviljas och tas ut under det löpande kalenderåret. Semester kan endast överföras till efterföljande kalenderår om det är motiverat av tvingade skäl som avser verksamheten eller arbetstagaren själv. Om semesterledigheten överförs måste den beviljas och tas ut under de första tre månaderna efterföljande kalenderår. ...

6. I artikel 17 i direktiv 2003/88 föreskrivs att medlemsstaterna får göra avvikelser från vissa bestämmelser i direktivet. Avvikelser från artikel 7 i direktivet får inte göras.

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

10. I 13 § BUrlG föreskrivs att avvikelser från vissa bestämmelser i denna lag får göras genom kollektivavtal, bland annat från 7 § 3 BUrlG, såvida detta inte är till nackdel för arbetstagaren.

3) Semesterersättning får bara betalas ut om anställningsförhållandet eller lärlingsutbildningen har upphört.”

11. I 11 § (principer för beviljande av semester) i det enhetliga allmänna kollektivavtalet för metall- och elektroindustrin i Nordrhein-Westfalen av den 18 december 2003 (nedan kallat EMTV) föreskrivs följande:

”1) Anställda och lärlingar har enligt nedanstående bestämmelser rätt till betald semester varje semesterår. Semesteråret motsvarar kalenderåret.

Rätten till semester förfaller vid utgången av kalenderåret, såvida inte den anställda utan framgång har hävdat sin rätt till semester eller semestern inte har kunnat tas ut av skäl som avser verksamheten.

Om semester inte har kunnat tas ut på grund av sjukdom förfaller den 12 månader efter det att perioden enligt andra stycket har löpt ut.

...

III – Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12. Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen tvistar parterna i det nationella målet, efter det att anställningsförhållandet har upphört, om huruvida KHS är skyldigt att betala Winfried Schulte semesterersättning för åren 2006–2008.

13. Winfried Schulte var sedan april 1964 anställd som lässmed hos KHS och dennes föregångare. EMTV tillämpades på hans anställningsavtal. Enligt detta har den anställda rätt till en årlig semester på 30 arbetsdagar.

14. Den 23 januari 2002 fick Winfried Schulte en infarkt. Under tiden från den 26 februari till den 16 april 2002 genomgick han rehabilitering, från vilken han skrevs ut som arbetsoförmögen. Sedan år 2002 är han svårt handikappad. Från den 1 oktober 2003 erhöll han tidsbegränsad ersättning på

grund av sin totala arbetsoförmögenhet och invaliditetsersättning.

15. Den 25 augusti 2008 kom parterna överens om att anställningen skulle upphöra den 31 augusti 2008.

16. Den 18 mars 2009 väckte Winfried Schulte talan vid Arbeitsgericht Dortmund och yrkade ersättning för semester för åren 2006–2008, motsvarande 35 arbetsdagar per år, om sammanlagt 9 162,30 euro. Genom dom av den 20 augusti 2009 tilldömde Arbeitsgericht honom 6 544,50 euro brutto och ogillade talan i övrigt. Domen avser ersättning för ett lagstadgat minsta antal semesterdagar motsvarande 20 arbetsdagar samt 5 arbetsdagar för svårt funktionshindrade för åren 2006–2008.

17. KHS överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen. KHS har gjort gällande att rätten till semester i varje fall hade gått förlorad för åren 2006 och 2007 enligt 11 § 1 tredje stycket EMTV, eftersom den period under vilken semester fick tas ut redan hade löpt ut. Enligt klaganden skulle det vara oproportionerligt att ge en sjuk arbetstagare full rätt till semester utan hänsyn till de perioder under vilka semester får tas ut och de tidsfrister efter vilka rätten till semester går förlorad. Det rör sig om upp till tre år i det aktuella fallet.

18. Den hänskjutande domstolen har fastställt att Winfried Schultes rätt till semester för år 2006 i förevarande fall förföll den 3 mars 2008 på grundval av 11 § 1 tredje stycket EMTV. I dom av den 20 januari 2009 i de förenade målen C-350/06 och C-520/06, Schultz-Hoff m.fl., slog domstolen emellertid fast att förlusten av rätten till semester vid utgången av beräkningsperioden eller vid utgången av en period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut visserligen är förenlig med artikel 7.1 i direktiv 2003/88 men enbart under förutsättning att den berörde arbetstagaren har haft verklig möjlighet att utöva den rättighet han har enligt direktivet. Enligt ovannämnda dom har en sådan arbetstagare som är sjukskriven under hela beräkningsperioden, och även efter utgången av den i nationell rätt fastställda period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut, inte en sådan möjlighet.

19. Enligt den hänskjutande domstolen hade Winfried Schulte av hälsoskäl inte enbart nedsatt arbetsförmåga under en period som var längre än den period under vilken semester fick tas ut och fram till att anställningsförhållandet upphörde utan var även arbetsoförmögen. I likhet med vad som var fallet i domen i de förenade målen Schultz-Hoff kunde han således fram till anställningsförhållandets upphörande inte göra gällande sin rätt till årlig betald semester.

20. Den hänskjutande domstolen är likväl osäker på om den i ett mål som det förevarande måste underlåta att tillämpa nationella bestämmelser på grund av ett åsidosättande av artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Den hänskjutande domstolen är inte säker på att domstolen

i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. även fastställde att arbetstagare som varit sjuka under en lång tid enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88 har rätt att kumulera semesteranspråk under obegränsad tid. Om så var fallet skulle klaganden i målet vid den nationella domstolen ha haft rätt till ersättning för 60 semesterdagar. Om han hade kunnat göra gällande rätten till semester fullt ut för den period under vilken han var arbetsoförmögen så hade klaganden till och med haft rätt till ersättning för 140 semesterdagar.

För det fall denna fråga besvaras nekande, ska då möjligheten att överföra semesterdagar bestå i minst 18 månader?”

IV – Förfarandet vid domstolen

21. Landesarbeitsgericht Hamm har mot denna bakgrund beslutat att vilandeförklara målet och begära förhandsavgörande beträffande följande frågor:

22. Begäran om förhandsavgörande av den 15 april 2010 inkom till domstolens kansli den 4 maj 2010.

23. Skriftliga yttranden har avgetts av KHS, den tyska och den danska regeringen samt Europeiska kommissionen inom den tidsfrist som anges i artikel 23 i domstolens stadga.

”Ska artikel 7.1 i direktiv 2003/88 tolkas på så sätt att den utgör hinder mot nationella bestämmelser och/eller praxis, enligt vilka rätten till årlig betald semester förfaller vid utgången av beräkningsperioden och/eller den period under vilken semester får tas ut, även när en arbetstagare är arbetsoförmögen under en längre tid (varvid denna längre period av arbetsoförmåga medför att arbetstagaren hade kunnat kumulera semesterdagar för flera år, om möjligheten att överföra dessa semesterdagar inte hade varit tidsmässigt begränsad)?

24. Domstolen har utövat sin behörighet att vidta åtgärder för processledning och ställt ett par frågor till Winfried Schulte och KHS med begäran om skriftligt svar avseende de faktiska omständigheterna. Dessa besvarade frågorna inom den fastställda fristen.

25. Vid den muntliga förhandlingen den 3 maj november 2011 närvarade och yttrade sig ombud för KHS, Winfried Schulte, den tyska och den danska regeringen samt kommissionen.

V – Parternas huvudsakliga argument

26. Det finns stora likheter mellan parternas argument, såväl vad gäller det resonemang som förts som de slutsatser som dragits.

27. *Samtliga parter* är eniga om att den första tolkningsfrågan ska besvaras nekande. De har i princip föreslagit att den första tolkningsfrågan ska besvaras så att artikel 7 i direktiv 2003/88 inte utgör hinder mot nationella bestämmelser och/eller praxis som innebär att rätten till semester eller kontant ersättning för semester som arbetstagaren inte kunnat utnyttja på grund av att han varit sjuk under en lång period som varat fram till arbetsförhållandets upphörande förfaller efter att en viss frist löpt ut.

28. Såväl *KHS* som den *tyska regeringen* förrespråkar att den period under vilken arbetstagaren får ta ut sin årliga semester begränsas till 18 månader, eftersom rätten till semester enligt direktiv 2003/88 inte måste kunna kumuleras under obegränsad tid. De har i detta avseende grundat sig på bestämmelsen i artikel 9.1 i Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 132 av den 24 juni 1970 om semester (i ändrad lydelse) (nedan kallad konvention nr 132) i vilken en motsvarande frist fastställs. De har anført att denna frist är förenlig med såväl skyddssyftet med direktiv 2003/88 som med arbetstagarnas och

arbetsgivarnas intressen. Fastställandet av en frist skulle enligt deras uppfattning inte enbart avhjälpa arbetsgivarens svårigheter vid förläggningen av arbetstiden utan även förhindra att dessa i förekommande fall måste göra sig av med arbetstagare som är sjuka under en lång tid.

29. Den *danska regeringen* har också uttalat sig för en lämplig tidsbegränsning för att förhindra att semester kumuleras under obegränsad tid. Den har anført att det enligt det syfte som eftersträvas med direktiv 2003/88 krävs att arbetstagarnas säkerhet och hälsa garanteras och inte att rätten till semester under flera på varandra följande år säkerställs. Liksom *KHS* har den *danska regeringen* dessutom hänvisat till de kostnader som annars skulle uppkomma för företag, om en obegränsad rätt till ersättning skulle tillerkännas i artikel 7.2. Till skillnad från *KHS* och den *tyska regeringen* har den *danska regeringen* emellertid inte angett en bestämd tidsfrist utan har i stället åberopat medlemsstaternas handlingsfrihet.

30. *Kommissionen* har gjort gällande att det inte finns något stöd för att unionslagstiftaren vid antagandet av direktiv 2003/88 vid långvarig sjukdom önskade tillämpa den maximala frist för att ta ut semester som fastställts till 18 månader i konventionen (nr 132) efter utgången av referensåret analogt och, i detta avseende, avsåg att harmonisera nationell lagstiftning och praxis. Fastställandet av en maximal frist för att ta ut semester

ankommer däremot på medlemsstaterna som ska fastställa tillämpningsföreskrifter för artikel 7 i direktiv 2003/88. Denna frist måste emellertid vara ägnad att säkerställa de syften som eftersträvas med direktivet. En frist på 18 månader vore enligt kommissionen förenlig med direktivet. Kommissionen har påpekat att ovannämnda resonemang även hänför sig till rätten till ersättning enligt artikel 7.2, särskilt som denna utgör sekundär och accessorisk kompensation för den primära rätten till semester och således enbart föreligger i den utsträckning som en rätt till semester kan härledas ur denna bestämmelse.

32. *Winfried Schulte* föreslår att tolkningsfrågorna ska besvaras så att det ankommer på medlemsstaterna att i sin nationella lagstiftning fastställa den exakta tidpunkten för när en arbetstagares rätt till semester förfaller, varvid kumulation av semesterdagar i vart fall ska vara möjligt under minst 18 månader.

VI – Rättslig bedömning

A – Allmänt

31. *Winfried Schulte* har vid förhandlingen anfört att han visserligen har begärt ersättning för den semester som han inte kunde ta ut under åren 2006–2008, men klargjorde härvid att rätten till semester, såsom han uppfattar gällande rätt, i likhet med varje annan rättighet inte kan beviljas utan begränsningar. I detta avseende hänvisade han till den tyska lagstiftningen enligt vilken rätten till semester preskriberas efter tre år. Genom att hänvisa till denna bestämmelse medgav han att den hänskjutande domstolen var behörig att i förekommande fall minska den ersättning som hade åberopats. I sin svarsskrivelse bestred *KHS* emellertid detta påstående avseende den tyska lagstiftningen och förnekade de nationella domstolarnas behörighet att ex officio minska den ifrågasatta ersättningen.

33. Genom sina tolkningsfrågor som i det följande kommer att prövas gemensamt önskar den hänskjutande domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida de principer som domstolen utvecklat i domen i de förenade målen *Schultz-Hoff* m.fl. vid tolkningen av artikel 7 i direktiv 2003/88 även är tillämpliga vid en långtidssjukskrivning av en arbetstagare under flera år som varar fram till att anställningsförhållandet upphör. Syftet med dessa frågor är huvudsakligen att få klarhet i huruvida unionsrätten vid en sjukskrivning av en arbetstagare under flera år kräver att rätten till semester eller till semesterersättning ska kunna kumuleras eller om medlemsstaterna får föreskriva en tidsbegränsning för nämnda rättigheter.

34. För att klargöra denna fråga måste artikel 7 i direktiv 2003/88 underkastas en noggrann tolkning med tillämpning av domstolens hittillsvarande rättspraxis avseende förhållandet mellan rätten till årlig semester som säkerställs i unionsrätten, å ena sidan, och sjukledighet, å andra sidan. Denna rättspraxis, framför allt ovannämnda dom, måste inledningsvis klargöras på grundläggande punkter, och det ska därefter undersökas vilka slutsatser som kan dras med avseende på den fråga som ska behandlas här.

till följd av att arbetsförhållandet upphört.⁵ Dessutom är rätten till semesterersättning, vilken i viss mån är accessorisk till rätten till årlig betald semester, vilket bland annat framgår av att arbetstagarens ordinarie lön, som är den lön som ska utgå under den viloperiod som motsvarar den årliga betalda semestern, enligt domstolen också avgörande för beräkningen av den kontanta ersättningen för årlig semester som inte tagits ut då anställningsförhållandet upphör.⁶ De slutsatser som dras av tolkningen av artikel 7.1 i direktiv 2003/88 inverkar därför nödvändigtvis på tolkningen av artikel 7.2.

B – Tolkningsfrågorna i detalj

35. Inledningsvis ska vissa klargörande anmärkningar göras avseende de frågor som är föremål för prövning. De båda tolkningsfrågorna avser enligt sin ordalydelse rätten till årlig betald semester enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88, trots att det av begäran om förhandsavgörande klart framgår att den hänskjutande domstolen egentligen vill få klarhet avseende räckvidden av rätten till semesterersättning enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88, särskilt som tvisten i målet vid den nationella domstolen enbart rör den ersättning som Winfried Schulte numera gör anspråk på efter det att arbetsförhållandet upphört. Oberoende av detta anser jag att det är meningsfullt att direkt anknyta till tolkningsfrågorna och inom ramen för prövningen börja med rätten till årlig betald semester enligt artikel 7.1. För detta talar den omständigheten att sistnämnda har utformats som en primär rätt medan rätten till semesterersättning ska klassificeras som en sekundär rättighet, eftersom den enbart ska beviljas när rätten till årlig betald semester inte längre kan uppfyllas

1. De viktigaste punkterna i den rättspraxis som utvecklats i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl.

36. Såsom inledningsvis anförts kommer jag för det första att pröva frågan vilka slutsatser som kan dras av domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. med avseende på

5 — Se domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3) punkt 23, dom av den 26 juni 2001 i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881), punkt 30, och av den 18 mars 2004 i mål C-342/01, Merino Gómez (REG 2004, s. I-2605), punkt 30.

6 — Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 61.

tidsbegränsningen av möjligheten att göra gällande rättigheter till semester och semesterersättning som redan förvärvats.

arbetstagaren ska kunna vila sig och ha en period av avslappning och fritid.⁹

37. Inledningsvis ska det hänvisas till punkterna 22–25 i domen i de förenade målen Schultz-Hoff i vilken domstolen betonade den betydelse som rätten till årlig betald semester har tillerkänts i rättspraxis. Enligt fast rättspraxis måste denna rättighet betraktas som en princip av särskild betydelse i unionens socialrätt. 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 2003/88.⁷ Genom att stadfästa rätten till årlig betald semester på sekundärrättslig nivå avsåg unionslagstiftaren att säkerställa att arbetstagare i samtliga medlemsstater kommer i åtnjutande av en faktisk viloperiod, ”i syfte att säkerställa ett effektivt skydd av arbetstagarens säkerhet och hälsa”.⁸ Såsom domstolen slagit fast i sin rättspraxis är syftet med den årliga betalda semestern att

38. I punkt 43 i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. slog domstolen fast att artikel 7.1 i direktiv 2003/88 i princip inte utgör hinder för en nationell lagstiftning i vilken de närmare villkoren för utövande av den rätt till årlig betald semester som uttryckligen tillerkänns genom detta direktiv föreskrivs. ”Detta gäller även när denna lagstiftning innebär att denna rätt *går förlorad* vid utgången av beräkningsperioden eller vid utgången av en period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut.” Medlemsstaterna har med andra ord enligt domstolen i princip rätt att i den nationella rättsordningen fastställa att en arbetstagares rätt till årlig betald semester enbart kan utnyttjas inom en närmare fastställd period och att den går förlorad efter utgången av denna period. Domstolen har i sina överväganden framför allt hänfört sig till medlemsstaternas behörighet att fastställa den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut, genom vilken den arbetstagare som varit förhindrad att ta ut sin årliga semester under beräkningsperioden ges ytterligare en möjlighet att ta ut denna semester. Domstolen har till stöd för sina slutsatser huvudsakligen anfört att ”[f]astställandet av en sådan period avser villkoren för utövande och genomförande av rätten till årlig betald semester och omfattas således, i princip, av medlemsstaternas behörighet”.¹⁰

7 — Se domen i målet BECTU (ovan fotnot 5), punkt 43, domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 5), punkt 29, och dom av den 16 mars 2006 i de förenade målen C-131/04 och C-257/04, Robinson-Steele m.fl. (REG 2006, s. I-2531), punkt 48; avseende direktiv 2003/88, se domen i målet Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 5), punkt 22, dom av den 10 september 2009 i mål C-277/08, Vicente Pereda (REG 2009, s. I-8405), punkt 18, och av den 22 april 2010 i mål C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (REU 2010, s. I-3527), punkt 28.

8 — Se domen i målet BECTU (ovan fotnot 5), punkt 44, domen i målet Merino Gómez (ovan fotnot 5), punkt 30, domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 23, och domen i målet Vicente Pereda (ovan fotnot 7), punkt 21.

9 — Se domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 25, och domen i målet Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (ovan fotnot 7), punkt 30.

10 — Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 42.

Enligt direktiv 2003/88 kan rätten till årlig betald semester således i princip gå förlorad.

39. Det ska emellertid erinras om att domstolen har underställt medlemsstaternas behörighet, att fastställa att rätten till årlig betald semester kan gå förlorad, villkoret att den arbetstagare vars rätt till årlig betald semester har gått förlorad "[verkligen] har haft möjlighet att utöva den rättighet han har enligt direktivet".¹¹

40. Domstolen fastställde att detta villkor inte var uppfyllt i det fall som låg till grund för domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. I det fallet var det enbart fråga om en möjlighet att överföra semesterdagar i sex månader.¹² Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i detta mål slog domstolen fast att "en arbetstagare som är sjukskriven under hela beräkningsperioden och även efter

utgången av den i nationell rätt fastställda period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut inte kan ta ut sin årliga betalda semester under någon av dessa perioder".¹³ Domstolen utgår i sin argumentation uppenbarligen från att rätten till årlig betald semester som fastställs i unionens rättsordning ska ha så stor praktisk verkan som möjligt och att dess förverkligande inte får äventyras av nationella hinder. Domstolen har grundat sig på två argument som jag i det följande kommer att diskutera i korthet.

41. För det första har den anknutit till den omständigheten att syftet med sjukledighet uteslutande är att arbetstagaren ska kunna tillfriskna¹⁴ och att arbetstagaren under sin sjukdom i allmänhet inte kommer att kunna utnyttja sin rätt till årlig betald semester. Om det, såsom domstolen fastställt i punkt 45 i domen, i ett sådant fall av arbetsoförmåga som det som beskrivits i föregående punkt medges att det i de relevanta nationella bestämmelserna – och särskilt i de bestämmelser genom vilka den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut fastställs – kan föreskrivas att en arbetstagares rätt till årlig betald semester som garanteras av artikel 7.1 i direktiv 2003/88 förfaller utan att arbetstagaren har haft verklig möjlighet att utöva den rättighet han har enligt direktivet, skulle detta innebära att nämnda bestämmelser åsidosatte den sociala rättighet som varje arbetstagare tillerkänns direkt av artikel 7 i nämnda direktiv.

11 — Ibidem, punkt 43.

12 — I den tyska förbundslagen om semester (Bundesurlaubs-gesetz) (BUrlG) av den 8 januari 1963, i dess lydelse av den 7 maj 2002, föreskrevs i 7 § 3 att om semester sparas måste semesterledigheten beviljas och tas ut *under de första tre månaderna av det efterföljande kalenderåret*. Relevant i det målet var emellertid det allmänna nationella kollektivavtalet för anställda vid den tyska försäkringskassan för anställda (Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) (nedan kallat MTAng-BfA), i vilket det i 47 § sjunde stycket föreskrevs att semesterledigheten ska förläggas så att den inleds senast den 30 april (det vill säga inom fyra månader) under det efterföljande semesteråret, om arbetstagaren inte kan inleda sin semesterledighet före semesterårets slut. 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, ska den inledas senast den 30 juni (det vill säga inom sex månader).

13 — Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 44.

14 — Ibidem, punkt 25.

42. Domstolen har för det andra i punkt 48 i domen fastställt att lika litet som medlemsstaterna inte får utestänga någon från uppkomsten av rätten till årlig betald semester, får medlemsstaterna nämligen inte i en sådan situation som den i vilken klaganden i målet vid den nationella domstolen befinner sig, som var sjukskriven under hela beräkningsperioden och den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut, föreskriva att denna rätt ska förfalla. Denna argumentation hänför sig till domstolens praxis sedan domen i målet BECTU¹⁵, enligt vilken medlemsstaterna ”i sin interna lagstiftning [får] fastställa villkoren för utövande av rätten till årlig semester och utfärda tillämpningsföreskrifter avseende denna rätt ... men ... inte [får] uppställa något som helst villkor för själva uppkomsten av denna rättighet, vilken följer direkt av direktiv 93/104”.

43. Domstolen anser således att frågan huruvida rätten till semester kan sparas utgör en *verkställighetsföreskrift* som omfattas av medlemsstaternas behörighet. Medlemsstaternas lagstiftningsbefogenhet är emellertid begränsad då den lagstiftning som valts inte får äventyra effektiviteten av rätten till årlig betald semester, eftersom syftet med rätten till semester i så fall inte längre skulle kunna säkerställas.

44. På grundval av de ovan anförda övervägandena slog domstolen i punkt 49 i domen fast att artikel 7.1 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella

bestämmelser eller nationell praxis som innebär att rätten till årlig betald semester förfaller vid utgången av beräkningsperioden och/eller vid utgången av en i nationell rätt fastställd period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut när arbetstagaren har varit sjukskriven under hela eller en del av beräkningsperioden och dennes arbetsförmåga har kvarstått till dess att anställningen upphörde, vilket är skälet till att arbetstagaren inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester.

45. Domstolen slog i punkt 62 i domen fast att detta ska gälla på motsvarande sätt för rätten till kontant ersättning som föreskrivs i artikel 7.2 i direktiv 2003/88. Som motivering hänvisade domstolen huvudsakligen till att de rättigheter som regleras i artikel 7 i direktiv 2003/88 har samma funktion. Kontant ersättning som ska beviljas efter att arbetstagarens anställning avslutas hindrar att arbetstagaren till följd av att han inte kunnat utnyttja rätten till årlig semester inte alls kan utöva denna rättighet. Enligt domstolens rättspraxis behandlas i direktivet rätten till årlig semester och rätten till få betalt för denna som ”två delar av en och samma rättighet”. Av det skälet slog domstolen fast att denna direktivsbestämmelse ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser eller nationell praxis som innebär att en arbetstagare under ovan angivna omständigheter inte får

15 — Domen i målet BECTU (ovan fotnot 5), punkt 53.

någon kontant ersättning för outtagen årlig betald semester när anställningen upphör.

begränsa den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut i tiden, motiverad.

46. Det ska emellertid påpekas att, till skillnad från vad som är fallet i förevarande mål, domstolen i de förenade målen Schultz-Hoff inte behövde uttala sig om huruvida en begränsning till 18 månader – av den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut – utgör ett med unionsrätten förenligt villkor för rätten till minsta årliga semester i den mening som avses i artikel 7.1 i direktiv 2003/88. Det ska i detta sammanhang erinras om att föremålet för tvisten i de förenade målen Schultz-Hoff var arbetstagarens rätt till semester för åren 2004 och 2005, varvid anställningsförhållandet upphörde i slutet av september 2005. I detta mål kunde således på sin höjd den frågan ha aktualiserats, huruvida den ifrågasatta rätten till semester för år 2004 kunde förfalla inom nio månader. Den frågan omfattades emellertid inte av den dåvarande begäran om förhandsavgörande. Bakgrunden i förevarande mål skiljer sig radikalt från situationen i de förenade målen Schultz-Hoff. Med hänsyn till att Winfried Schulte i målet vid den nationella domstolen yrkade semesterersättning för åren 2006 (från och med den 1 januari 2006)¹⁶–2008 (fram till det att anställningsförhållandet upphörde den 31 augusti 2008), och till att dessa rättigheter enbart kan utövas om den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut överstiger 18 månader, är den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen i förevarande mål avseende möjligheten att

47. Sammanfattningsvis kan fastställas att domstolen hittills inte uttryckligen har yttrat sig över huruvida det, enligt det aktuella rättsläget, är möjligt att under en obegränsad tid kumulera rätten till semester eller till semesterersättning till följd av en arbetstagares sjukledighet, trots att domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. hittills har tolkats på detta sätt. Domstolen har genom förevarande mål möjlighet att precisera hittillsvarande rättspraxis och bringa klarhet i denna omtvistade fråga.

2. Huruvida syftet med artikel 7 i direktiv 2003/88 kräver att rätten till semester eller semesterersättning ska kunna kumuleras under obegränsad tid

48. Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, särskilt med avseende på parternas motstridiga intressen, uppkommer den berättigade frågan huruvida det över huvud taget krävs att rätten till semester och semesterersättning ska kunna kumuleras för att de mål som eftersträvas med direktivet ska uppnås. Vid en vidareutveckling av sin rättspraxis avseende rätten till semester måste domstolen finna en ändamålsenlig lösning som tar hänsyn till såväl arbetstagarens som arbetsgivarens intressen. Det är enligt min mening lämpligt att genom tolkning förtydliga omfattningen av de

16 — Enligt parternas svar på domstolens frågor.

rättigheter som arbetstagare tillerkänns i artikel 7 i direktiv 2003/88 för att förhindra att det ändamål som rättigheterna har äventyras.

omständigheten att det i dessa mål inte fanns någon anledning att uttala sig i denna fråga. Detta argument är således inte övertygande.

49. I det följande kommer jag att pröva denna fråga varvid jag kommer att framföra ett antal argument som talar såväl för som mot möjligheten att kumulera rätten till semester och undersöka om dessa är välgrundade samt i förekommande fall avväga dem mot varandra.

a) Argument för kumulation av rättigheter

50. I domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. kan det finnas vissa argument som stöder uppfattningen att en obegränsad rätt att kumulera rätten till semester och semesterersättning under längre perioder krävs i vissa situationer som kännetecknas av att arbetstagaren är sjuk under en längre tid.

51. För detta kan för det första den omständigheten tala att frågan huruvida denna rättighet kan förfalla eller förverkligas då arbetstagaren är sjuk under en längre tid i stor utsträckning har lämnats öppen i denna dom. Härvid beaktas emellertid inte den

52. För det andra kan som argument den osäkerhet som typiskt sett är förenad med ett sjukdomstillstånd framföras. Denna aspekt avser visserligen faktiska omständigheter men ska med avseende med de rättsliga följder som är förenade härmed beaktas i analysen. Domstolen har även hänvisat till denna aspekt i punkt 51 i denna dom, då den med rätta fastställde att ”det är omöjligt att förutse en arbetsoförmåga till följd av sjukdom”. Uppkomsten av en sjukdom kan följaktligen förutses lika litet som dess avklingande. Inte minst av det skälet måste arbetsoförmågan fastställas positivt med hjälp av läkarundersökningar till vilket även den hänskjutande domstolen hänvisat i sin begäran om förhandsavgörande.¹⁷ Man måste säkerställa rättssäkerheten i förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Om det, såsom i förevarande fall, föreligger osäkerhet om huruvida arbetstagaren någonsin kommer att bli frisk, kan det nämligen inte omedelbart uteslutas att rätten till semester eller semesterersättning kommer att kumuleras under flera år utan att arbetstagaren återinträder på arbetsmarknaden. Det har emellertid inte bestritts att lika litet som arbetstagaren kan förebrås för frånvaro från arbetsplatsen till följd av en sjukdom kan sjukdomen inte motivera att arbetstagaren fråntas den rätt till semester som han har enligt unionsrätten. Enligt detta resonemang

17 — Se s. 9 i begäran om förhandsavgörande.

skulle det vara följdriktigt att kräva en obegränsad rätt att kumulera rätten till semester i en situation som den i målet vid den nationella domstolen.

att arbetstagarna faktiskt måste ha arbetat under den beräkningsperiod som fastställts av nämnda stat”.¹⁸ Ovannämnda rättspraxis skulle även kunna tolkas så att arbetstagarens långvariga sjukdom vars avklingande inte kan förutses inte är ett berättigat skäl för att förbjuda en obegränsad kumulation av rätten till semester och semesterersättning.

53. Den ståndpunkten att obegränsad kumulation av rätten till semester eller semesterersättning ska vara möjlig kan inte vederläggas med argumentet att arbetstagaren på grund av sjukdomen fräntas möjligheten att utöva den rättighet som han har enligt direktivet. Såsom domstolen klargjorde i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. har en arbetstagare rättigheter enligt artikel 7 i direktivet oberoende om han är sjuk eller inte under beräkningsperioden, eller under den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut. Detta framgår av punkt 40 i ovannämnda dom, i vilken domstolen fastställde att det ”[inte] görs ... någon åtskillnad i direktiv 2003/88 mellan arbetstagare som är frånvarande från arbete på grund av en kortare eller längre sjukledighet under beräkningsperioden och de som verkligen har arbetat under denna period”. Såsom vidare anges i artikel 41 i domen följer enligt domstolen av detta ”att när det gäller arbetstagare som är sjukskrivna i vederbörlig ordning kan en medlemsstat inte föreskriva som villkor för den rätt till årlig betald semester som tillkommer alla arbetstagare enligt direktiv 2003/88

54. Här ska även en annan typ av anmärkning göras för att undanröja missförstånd som uppenbarligen ligger till grund för KHS argumentation. Med hänsyn till domstolens klara ståndpunkt att rätten till årlig semester är oantastlig även vid långvarig sjukdom, måste KHS argumentation som innebär att arbetstagare fräntas en rätt till semester på grund av sjukledighet underkännas. På grund av att de båda rättigheterna, såsom angetts

18 — Domstolens konstaterande är förenligt med den internationella arbetsrätten såsom jag tidigare noggrant visat i mitt förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (dom ovan fotnot 3), punkt 66 och följande punkter. Mot en anknytning av rätten till semester till arbetstagarens arbetsförmåga talar nämligen den klara ordalydelsen i artikel 5.4 i ILO-konventionen nr 132. Enligt denna bestämmelse ska ”frånvaro från arbetet av sådana skäl, varöver arbetstagaren ej råder, som sjukdom, skada eller havandeskap räknas in i tjänstetiden”. Dessutom föreskrivs i artikel 6.2 i konventionen att ”perioder av arbetsförmåga till följd av sjukdom eller skada [får] icke räknas in i den minsta årliga semester[n]”. Se, för ett liknande resonemang, även Leinemann, W., ”Reformversuche und Reformbedarf im Urlaubsrecht”, Betriebs-Berater, 1995, s. 1958, som har anfört att det för rättigheten saknar betydelse om arbetstagaren har arbetat. Varken enligt tysk rätt eller enligt ILO-konventionen nr 132 ska rätten till semester villkoras av arbetstagarens arbete, och semester utgör inte heller motprestation för verksamhet.

ovan, har ett nära samband med varandra¹⁹ måste detta även gälla för rätten till ersättning för årlig semester som inte tagits ut enligt artikel 7.2, vilken inte får nekas arbetstagaren med hänvisning till att rätten till semesterersättning har gått förlorad på grund av en långvarig sjukdom.²⁰

till ersättning för semester som han inte tog ut under åren 2006–2008.

b) Argument mot kumulation av rättigheter

55. Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. kan således beroende på hur den tolkas ge stöd för uppfattningen att obegränsad kumulation av rätten till semester och rätten till ersättning ska vara möjlig även under långa perioder i situationer som kännetecknas av att arbetstagaren varit sjuk under en lång tid.²¹ En sådan tolkning av denna rättspraxis skulle i målet vid den nationella domstolen leda till att Winfried Schulte ska anses ha rätt

56. För att föregripa resultatet av min bedömning anser jag inte att kumulation av rätten till semester är nödvändig för att uppnå det mål som eftersträvas, nämligen vila. En sådan tolkning av artikel 7 i direktiv 2003/88 strider mot såväl arbetstagarens som arbetsgivarens intressen. I det följande ska ett antal argument som stöder min uppfattning framföras.

19 — Se punkt 35 i detta förslag till avgörande.

20 — Se Dornbusch, G./Ahner, L., "Urlaubsanspruch und Urlaubsabgeltung bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 4/2009, s. 182, som har anfört att rätten till ersättning är begränsad på så sätt att den rätt till semester som ska ersättas måste kunna utnyttjas vid tidpunkten för anställningsförhållandets upphörande. Författarna anser att när rätten till semester inte kunde utnyttjas på grund av att arbetstagaren var arbetsförmögen under en lång tid så kan inte heller det substitut som ersätter rättigheten utnyttjas.

21 — Se Eppinger, C., "Zur Bilanzierung von Urlaubsrückstellungen im Lichte der aktuellen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung", *Der Betrieb*, 1/2010, s. 10, som har tolkat domstolens senaste praxis på så sätt att semesterdagar som inte utnyttjats av en arbetstagare och som därmed kumulerats under perioder av frånvaro inte förfaller under det efterföljande året. Bauckhage-Hoffer, F./Buhr, M./Roeder, J.-J., "Aktuelle Entwicklungen im deutschen Urlaubsrecht unter europarechtlichem Einfluss", *Betriebs-Berater*, 8/2011, s. 505, har anfört att domstolens senaste praxis medför en obegränsad utvidgning av rätten till semester för sjuka arbetstagare. Gaul, B./Josten, D./Strauf, H., "EuGH: Urlaubsanspruch trotz Dauerkrankheit", *Betriebs-Berater*, 2009, s. 489, har av den omständigheten att rätten till semester inte kan förfalla till följd av arbetstagarens långtidssjukskrivning dragit slutsatsen att dessa rättigheter överförs till efterföljande år efter utgången av den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut.

i) Kravet på ett snabbt utnyttjande

57. För att semesternas positiva effekt på arbetstagarens säkerhet och hälsa ska få full genomslagskraft ska den, såsom domstolen slog fast i domen i målet *Federatie Nederlandse Vakbeweging*²², i princip tas ut under det

22 — Se dom av den 6 april 2006 i mål C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (REG 2006, s. I-3243), punkt 30, samt domen i målet *Schultz-Hoff m.fl.* (ovan fotnot 3), punkt 30.

år som den är hänförlig till, det vill säga det innevarande året, men viloperioden förlorar inte sin verkan i detta hänseende om den tas ut vid ett senare tillfälle, till exempel under den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut. Såsom den tyska regeringen,²³ kommissionen²⁴ och KHS²⁵ med rätta påpekat ska denna rättspraxis tolkas så att den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut och den tidpunkt vid vilken den årliga semestern tas ut måste ligga nära i tiden.²⁶ Även om perioder av sjukdom, såsom bekräftats i rättspraxis, inte är en rättsligt berättigad grund för arbetsgivaren att vägra årlig semester så är det ostridigt att rätten till semester har ett visst ändamål. Detta består i att det finns såväl ett tidsmässigt samband som ett orsakssamband mellan tidigare utträttat arbete och semestern. Mot den bakgrunden är det svårt att förstå hur semestern kan uppfylla sin funktion när den tas ut först efter flera års frånvaro från arbetsplatsen. Syftet med den årliga semestern att vila upp sig från arbetet och stressen under arbetsåret och under viloperioden och fritiden samla nya krafter för resten av arbetsåret uppnås därmed inte om denna semester tas ut först flera år senare.

ii) Ingen uppenbar ökning av viloeffekten

58. Det framgår inte heller på vilket sätt kumulation av rätten till semester över flera år krävs för att säkerställa det syfte som eftersträvas, nämligen vila. Det syfte som eftersträvas med semester, nämligen vila, uppfylls i allmänhet när ny semester beviljas följande år. Det har varken av parterna eller objektivt visats att en fördubbling eller tredubbling av minsta antalet semesterdagar medför att viloeffekten ökar.²⁷ Det är däremot lämpligt och ändamålsenligt att sätta semestern i ett kvantitativt lämpligt förhållande till det faktiska behovet av vila. Ett sådant lämpligt förhållande kan uppnås genom att en semester som överstiger den semester som fastställs i artikel 7.1 i direktiv 2003/88 på minst fyra veckor tillerkänns utan att för den skull utgöra en fördubbling av semestern på fyra veckor.

23 — Se punkt 29 i den tyska regeringens yttrande.

24 — Se punkt 27 i kommissionens yttrande.

25 — Se punkterna 11 och 12 i KHS yttrande.

26 — Se även Dornbusch, G./Ahner, L. (ovan fotnot 20), s. 182.

27 — Se, för ett liknande resonemang, Gaul, B./Josten, D./Strauf, H. (ovan fotnot 21), s. 501, som har påpekat att en multiplikation av den årliga semestern inte leder till att arbetstagaren kan vila i större omfattning. Under alla omständigheter är denna vila inte tvingande eftersom även andra aktiviteter kan utövas under semestern.

iii) Nackdelarna för arbetstagarens ekonomiska och sociala integration

detta kunna ha en kontraproduktiv inverkan på hans karriär.²⁸

– Risker för arbetstagarens integration i arbetsprocessen

59. Vid prövningen av om kumulation av rätten till semester krävs i lag måste dessutom enligt min mening en annan aspekt som KHS, enligt min mening, med rätta har uppmärksammat undersökas. Det syfte som eftersträvas med den årliga semestern, nämligen att arbetstagaren ska kunna vila ut, ligger i ekonomiskt hänseende både i arbetstagarens och arbetsgivarens intresse. Om man betraktar mänskligt arbete, antingen i form av arbetskraft eller kunskap (humankapital), som produktionsfaktor så har arbetsgivaren utan tvekan ett grundläggande intresse av att arbetstagaren efter det att han har utnyttjat sin rätt till årlig semester återintegreras i arbetsprocessen och ställer sin förmåga till företagets förfogande. Detta intresse torde stämma överens med arbetstagarens intresse, särskilt som det rimligen kan antas att fokus efter en lång sjukledighet i allmänhet kommer att ligga på arbetstagarens återinträdande på arbetsmarknaden. KHS har rätt i att den arbetstagare som tillfrisknat måste ges en möjlighet att återintegreras i arbetsprocessen. Skulle han emellertid utöver den årliga semestern åter vara borta från arbetslivet genom att ta ut lång eller fortgående semester skulle

60. Det kan emellertid inte ha varit unionslagstiftarens avsikt att tillerkänna arbetstagaren en social rättighet vars utövande indirekt främjar arbetstagarens ekonomiska och sociala utslagning. Det ska i detta sammanhang enbart erinras om att direktiv 2003/88 antagits på grundval av artikel 137.2 EG i syfte att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet, varvid unionslagstiftarens lagstiftningsverksamhet enligt artikel 137.1 EG syftar till att uppnå de mål som anges i artikel 136 EG. Denna fördragsbestämmelse har visserligen karaktären av en programförklaring men detta innebär inte att den inte har någon rättsverkan. Den har stor betydelse vid tolkningen av andra bestämmelser i fördraget och sekundärrätten på det sociala området.²⁹ I denna fördragsbestämmelse föreskrivs som obligatoriska mål att åstadkomma ett "fullgott socialt skydd" för arbetstagare men även att

28 — Se sidorna 11 och 12 i KHS yttrande.

29 — Se dom av den 17 mars 1993 i mål C-72/91, *Sloman Neptun* (REG 1993, s. I-927), punkt 26, och av den 29 september 1987 i mål 126/86, *Gimenez Zaera* (REG 1987, s. 3697), punkt 14. Se, för ett liknande resonemang, *Krebber, S., EUV/EGV – Kommentar* (utgiven av Christian Calliess/Matthias Ruffert), tredje upplagan, München 2007, artikel 136 i EG-fördraget, punkterna 31 och 38, s. 1578 och följande sida, samt *Rebhahn, R./Reiner, M., EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), andra upplagan, artikel 136 i EG-fördraget, punkt 6, s. 1328, som har anfört att huvudfunktionen med artikel 139 EG är att vara till hjälp vid tolkningen av sekundärrätten och av andra bestämmelser i primärrätten.

”främja sysselsättningen” samt att åstadkomma ”en utveckling av de mänskliga resurserna för att möjliggöra en varaktigt hög sysselsättning samt att bekämpa social utslagning”. Man bör följaktligen akta sig för att tolka artikel 7 i direktiv 2003/88 på ett sätt som strider mot integrationen av en långtidssjukskriven arbetstagare på arbetsmarknaden.

förblir anställningsförhållandet nyckeln till arbetstagarens ekonomiska och sociala integration. Det ska i detta sammanhang beaktas att de nackdelar som uppkommer för arbetsgivaren såväl till följd av arbetstagarens långa frånvaro som till följd av de kostnader som uppkommer genom kumulationen av rätten till semester och semesterersättning, vilka jag i det följande kommer att behandla i detalj, under vissa omständigheter skulle kunna få arbetsgivaren att så tidigt som möjligt skilja sig från en arbetstagare som är arbetsförmögen under en längre tid för att förebygga dessa nackdelar.³⁰ KHS³¹ har således rätt i att det inte är osannolikt att just små och medelstora företag kommer att säga upp arbetstagare som är sjuka under en lång tid. Det är klart att en sådan utveckling som inverkar menligt på arbetstagarens ekonomiska och sociala integration står i strid med ovannämnda mål i artikel 136 EG.

– Risker avseende upprätthållandet av anställningsförhållandet

61. En tolkning av artikel 7 i direktiv 2003/88 som godtar obegränsad kumulation av rätten till semester och semesterersättning skulle dessutom kunna få allvarliga konsekvenser som leder till att den, vid en första anblick, arbetstagar skyddande karaktären av en sådan tolkning måste ifrågasättas. Såsom redan framgår av vad som anförts ovan är och

30 — Se Dornbusch, G./Ahner, L. (ovan fotnot 20), s. 183, som har anförts att arbetsgivare i framtiden i vart fall mer noggrant kommer att överväga huruvida de vill fortsätta anställningsförhållandet med en arbetstagare som är arbetsförmögen under en längre tid eller huruvida de inte hellre vill försöka avsluta anställningsförhållandet när arbetstagaren konstant och utan klara begränsningar i tiden förvärvar rätt till semester som arbetsgivare måste ersätta vid en senare tidpunkt då anställningsförhållandet upphör. Författarna anser att domstolens dom i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. inte skyddar arbetstagare i någon stor utsträckning, eftersom berörda arbetstagare måste räkna med en snabbare uppsägning på grund av sjukdom. Krieger, S./Arnold, C., ”Urlaub 1. + 2. Klasse – Das BAG folgt der Schutz-Holff-Entscheidung des EuGH”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 10/2009, s. 533, har anförts att företag då de har att göra med långvarigt sjuka arbetstagare måste överväga om de för att undvika framtida kostnader som uppkommer genom semesterersättning och motsvarande uppskov på ett tidigt stadium ska försöka avsluta anställningsförhållandet. Författarna utesluter emellertid inte att det även i framtiden kan uppkomma situationer i vilka arbetsgivaren av sociala skäl väljer att inte avsluta ett sådant anställningsförhållande. Straube, G./Hilgenstock, C., ”Jeder Urlaub ist eine kleine Kündigung – Schultz-Hoff in der Praxis”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2010, s. 333, anser att rädslan för att arbetsgivare i förebyggande syfte kommer att säga upp anställningsförhållanden till följd av sjukdom för att undgå att ytterligare rättigheter kumuleras inte är motiverad. Glaser, R./Lüders, H., ”§ 7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH”, *Betriebs-Berater*, 2006, s. 2692, har anförts att kumulation som inte är begränsad i tiden med avseende på arbetsförmögna arbetstagare kan leda till att arbetsgivare utsätts för påtryckningar att i ett tidigare skede skilja sig från arbetstagare som är sjuka under en längre tid genom uppsägning. I annat fall skulle nämligen omfattande rättigheter till semester kumuleras vilka skulle behövas ersättas då anställningen avslutas, vilket skulle kunna vara till avsevärd nackdel för företagets intressen.

31 — Se s. 11 i KHS yttrande.

iv) Risk för en organisatorisk samt ekonomisk belastning för små och medelstora företag

62. Frånvaro av långtidssjukskrivna arbetstagare är, såsom den danska regeringen med rätta påpekat³², i allmänhet förenat med stora svårigheter vad avser företagets förläggning av arbetstiden, särskilt som denna omständighet tvingar dem till att vidta nödvändiga organisatoriska åtgärder för att hitta en lämplig vikarie för den sjuka arbetstagaren.³³ Om arbetstagaren direkt efter att ha återvänt från sin sjukledighet utnyttjar hela sin rätt till årlig semester eller rätten till semester för flera referensår på en gång så vidmakthålls en situation som ursprungligen betraktades som tillfällig. Dessa svårigheter kan antas vara desto allvarligare ju mindre företaget är.³⁴

32 — Se punkt 15 i den danska regeringens yttrande.

33 — Detta har även generaladvokaten Kokott anfört i sitt förslag till avgörande i dom av den 12 januari 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (dom ovan fotnot 22), punkt 32. Hon anförde att en överdriven ansamling av kvarstående semesterdagar kan leda till praktiska problem då den görs gällande. Särskilt vid längre semester som ligger utom den vanliga semestertiden är det oftast svårt att få tag på en semestervikarie.

34 — Se, i detta sammanhang, Durán López, F., "Notas sobre la incidencia de la situación de incapacidad temporal en el disfrute del derecho a vacaciones – Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia UE de 20 de enero de 2009 y de 10 de septiembre de 2009", *Revista española de Derecho del Trabajo*, 2010, s. 125, som hänvisar till arbetstagarens och arbetsgivarens motstridiga intressen. Författaren anser att rätten till årlig betald semester alltid måste utövas i enlighet med arbetsgivarens intressen. Följaktligen måste till exempel vid fastställandet av semestertiden hänsyn tas till tvingande hänsyn som hänför sig till företagets intressen.

63. Dessutom måste de kostnader som eventuellt uppkommer för företagen, om dessa skulle vara skyldiga att betala ut ersättning för flera på varandra följande år efter det att anställningsförhållandet för en långtidssjukskriven arbetstagare upphört, beaktas.³⁵ Detta torde vara avgörande, vilket KHS³⁶ vid ett flertal tillfällen påpekat i sina skriftliga yttranden.

64. Av en undersökning av de primärrättsliga bestämmelserna om unionens socialpolitik – framför allt av artiklarna 136 EG och 137.2 EG – framgår att även ekonomiska aspekter har en avgörande betydelse vid genomförandet av socialpolitiska mål. Av de båda bestämmelserna framgår att arbetsvillkoren inte kan förbättras genom en tillnärmning av de nationella rättsordningarna utan att behovet av att ekonomin förblir konkurrenskraftig samtidigt beaktas. Dessutom framgår av artikel 137.2 b EG att i de direkтив som antas på denna grund "skall sådana

35 — Se Eppinger, C. (ovan fotnot 21), s. 10, som har hänvisat till de kostnader som uppkommer för företag till följd av den framtida rätten till semester. Straube, G./Hilgenstock, C. (ovan fotnot 30), s. 333, har också påpekat att möjligheten till kumulation av omfattande rättigheter till semester under flera år innebär avsevärda ekonomiska risker för arbetsgivaren. Gaul, B./Josten, D./Strauf, H. (ovan fotnot 21), s. 500, har utgått från att kumulation av rätten till semester under flera år och den rätt till semesterersättning som följer härav kan få stora ekonomiska konsekvenser.

36 — Se sidorna 10–13 i KHS yttrande.

administrativa, finansiella och rättsliga ålägganden undvikas som motverkar tillkomsten och utvecklingen av små och medelstora företag”. Detta framgår även av skäl 2 i direktiv 2003/88. Genom denna bestämmelse avser unionslagstiftaren att skydda små och medelstora företag,³⁷ eftersom det implicit utgås från att mindre företag genom statliga arbetsvillkor av olika skäl har förhållandevis större kostnader.³⁸ De ovannämnda bestämmelserna tyder på att man vid antagandet av direktiv på området för socialrätt även måste beakta de ekonomiska verkningarna av dessa bestämmelser. Enligt min mening är domstolen vid utövandet av sin behörighet att genom tolkning fastställa såväl innehållet som räckvidden av en unionsrättslig bestämmelse även skyldig att göra detta. Det ankommer på domstolen att tolka artikel 7 i direktiv 2003/88 med beaktande av ovannämnda primärrättsliga bestämmelser, på ett sådant sätt att en lämplig balans uppkommer mellan arbetstagarens och arbetsgivarens intressen.

65. Med hänsyn till den övertygande argumentation som den danska regeringen och KHS framfört kan man utgå från att en helt obegränsad rätt till full semester för flera på varandra följande år kan likställas med ett finansiellt åläggande i den mening som avses i artikel 137.2 b EG som skulle innebära en

belastning för utvecklingen av små och medelstora företag. Med hänsyn till ovan anförda nackdelar för arbetstagarnas ekonomiska och sociala integration och de omständigheter som visar att kumulation av rätten till semester och semesterersättning inte nödvändigtvis skulle främja det syfte som eftersträvas, nämligen vila, finns det enligt min mening ingen anledning att företag skulle åläggas en sådan börda.

v) Risk för denaturering av rätten till semesterersättning

66. De argument som hittills anförts mot kumulation avser i första hand rätten till betald årlig semester och, i relevanta delar, rätten till ersättning för semester som inte tagits ut enligt artikel 7.2 i direktiv 2003/88. Följderna av kumulation av rätten till ersättning behöver emellertid behandlas närmare, framför allt med avseende på KHS invändning att sådan kumulation skulle leda till att ”semestern degenererades till en ekonomisk tillgång”.³⁹ Avstånd ska nämligen tas från en tolkning av denna direktivsbestämmelse enligt vilken

37 — Se domen i målet BECTU (ovan fotnot 5), punkt 60.

38 — Se Rebhahn, R./Reiner, M. (ovan fotnot 29), artikel 137 i EG-fördraget, punkt 73, s. 1369.

39 — Se s. 14 i KHS yttrande.

funktionen med den kontanta ersättningen under vissa omständigheter inte ska beaktas. KHS invändning kan inte underkännas utan vidare om syftet med denna bestämmelse beaktas.

arbetstagaren i en sådan ekonomisk ställning som möjliggör för honom att ta igen sin årliga semester, närmare bestämt på jämförbara villkor som om han hade fortsatt att arbeta och erhållit en semesterlön enligt artikel 7.1 i direktiv 2003/88.⁴¹ Av det skälet är den ordinarie lön som ska fortsätta att betalas under viloperioden, som motsvarar den betalda årliga semestern, även avgörande vid beräkningen av denna kontanta ersättning. Domstolen har hänvisat till denna viktiga aspekt i punkt 56 i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. genom att fastställa att syftet med den kontanta ersättning som föreskrivs i artikel 7.2 är att undvika att arbetstagaren till följd av att anställningen avslutas i praktiken inte kan utnyttja möjligheten att ta ut den årliga betalda semestern, "inte ens i form av en ekonomisk förmån".

67. Den rätt till ersättning till vilken rätten till semester omvandlas när anställningen avslutas är ingen allmän rätt till ersättning eller rätt till betalning utan ett substitut för semester som inte längre kan tas ut på grund av att arbetsförhållandet upphört.⁴⁰ Denna rättsliga natur som karaktäriserar rätten till ersättning såsom ett substitut finner även stöd i ordalydelsen i artikel 7.2 i direktiv 2003/88. Enligt denna bestämmelse får semestern nämligen inte "utbytas" mot eller "kompenseras" med kontant ersättning. Rätten till semesterersättning syftar nämligen till att försätta

68. Möjligheten att kumulera rätten till ersättning i obegränsad omfattning skulle emellertid kunna få arbetstagaren, som inte omedelbart förstår detta sammanhang att tolka syftet med denna bestämmelse annorlunda och felaktigt få honom att tro att han i stället för ett substitut för semesterersättning har rätt till ersättning till följd av att anställningen

40 — Se, för ett liknande resonemang, Dornbusch, G./Ahner, L. (ovan fotnot 20), s. 182, som har anfört att rätten till ersättning inte kan anses som en allmän rätt till ersättning eller betalning. Gaul, B./Josten, D./Strauf, H. (ovan fotnot 21), s. 489, har betecknat rätten till ersättning som ett substitut för rätten till semester. Glaser, R./Lüders, H. (ovan fotnot 30), s. 2693, har anfört att rätten till semesterersättning är ett substitut för rätten till semester. Rätten till semesterersättning utgör inte en rätt till ersättning utan en rätt till betalning som är kopplad till bestämmelser om semester. Arbetstagarens rätt att befrias från arbetsplikten som inte längre kan uppfyllas när anställningen upphör ska kompenseras. Rätten till ersättning är således, bortsett från befrielsen från arbetsplikten som inte längre kan uppfyllas, kopplad till samma villkor som den rätt till semester som den ersätter.

41 — Denna slutsats kan dras på grundval av domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 60, och domen i de förenade målen Robinson-Steele m.fl. (ovan fotnot 7), punkt 58, i vilka domstolen dels slog fast att syftet med kravet på betald semester är att arbetstagaren under sin semester lönemässigt sett ska befinna sig i en motsvarande situation som under de perioder han arbetar, samt på grundval av domstolens konstaterande i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. (punkt 61), att den kontanta ersättning som föreskrivs i artikel 7.2 i direktiv 2003/88 ska beräknas så, att arbetstagaren befinner sig i en situation som motsvarar den han skulle ha befunnit sig i om han hade utövat nämnda rättighet under anställningen.

upphör. En sådan tolkning skulle leda till att rätten till semesterersättning tillmättes en betydelse som inte avsågs av lagstiftaren. Denna felaktiga tolkning av den rättsliga naturen hos kontant ersättning skulle kunna få negativa konsekvenser för arbetsgivaren beroende på rättsordning och utgångssituation, till exempel om arbetstagaren, vid förhandlingen om avtal om uppsägning av anställningen eller vid förlikningar inför domstol för att få anställningen att upphöra, skulle insistera på att rätten till ersättning inte uttryckligen skulle anges som sådan, utan skulle behandlas som avgångsvederlag, för att förhindra att beloppen beskattades eller omfattades av skyldigheten att betala in socialförsäkringsavgifter. I den mån som rätten till ersättning inte uttryckligen tagits upp i motsvarande bestämmelse har arbetstagaren nämligen även efter att förlikning ingåtts alltid möjlighet att göra gällande rätten till ersättning.⁴² Arbetstagaren har därför ett skyddsvärt intresse av att det inte uppstår missförstånd avseende den rättsliga natur som karaktäriserar ersättningen och av att rättssäkerhet föreligger efter det att anställningen upphört.

syftet med denna bestämmelse. Kontant ersättning som föreskrivs i denna bestämmelse kan, såsom indirekt framgår av skäl 2 och artikel 1.1 i direktivet, inte ha en annan funktion än att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Den kontanta ersättningens ändamål förklarar också varför unionslagstiftaren enbart i fråga om det specifika fallet då anställningen upphör medgett ekonomisk kompensation för att rätten till årlig semester inte utnyttjats och för övrigt inte medger några avvikelser från denna bestämmelse enligt artikel 17.1 i direktivet.⁴³ Om det mot bakgrund av att man strikt måste hålla fast vid syftet med bestämmelsen beaktas att kumulation av rätten till semester, såsom anförts ovan, inte säkerställer att semesterns viloeffekt mångfaldigas, är det svårt att förstå på vilket sätt kumulation av rätten till ersättning är nödvändig för att uppnå ovannämnda mål. Kumulation av rätten till ersättning skulle snarare innebära att arbetstagaren gavs en fördel och att arbetsgivaren drabbades av en nackdel som inte kan motiveras med lagstiftarens avsikt med denna bestämmelse.

69. Denna risk kan bemötas genom att artikel 7.2 i direktiv 2003/88 tolkas i enlighet med

70. Kumulation av rätten till ersättning för flera år som är obegränsad i tiden är följaktligen inte nödvändigt för att förverkliga den vilofunktion som rätten till betald årlig semester har.

42 — Straube, G./Hilgenstock, C. (ovan fotnot 30), s. 333, har med hänvisning till den tyska lagstiftningen påpekat att semesterersättning är skattepliktig och att socialförsäkringsavgifter måste betalas in för denna.

43 — Se domen i målet *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (ovan fotnot 22), punkt 29, domen i målet *Merino Gómez* (ovan fotnot 5), punkt 30, och domen i målet *BECTU* (ovan fotnot 5), punkt 44.

c) Slutsats i denna del

den hänskjutande domstolen ställt angående huruvida en tidsbegränsning av möjligheten att kumulera semesterdagar till en period på 18 månader är förenlig med unionsrätten.

71. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan den slutsatsen dras att kumulation av rätten till semester eller rätten till ersättning som är obegränsad i tiden inte krävs enligt unionsrätten för att säkerställa att målen i artikel 7 i direktiv 2003/88 uppnås.

3. Huruvida en tidsbegränsning av möjligheten att kumulera rätten till semester eller till ersättning är förenlig med unionsrätten

a) Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. som utgångspunkt

72. I den första delen av min prövning slog jag fast att domstolen hittills inte har yttrat sig över frågan huruvida en tidsmässigt obegränsad möjlighet att kumulera rätten till semester och till ersättning till följd av sjukledighet krävs enligt unionsrätten. I den andra delen har jag behandlat denna fråga och genom en systematisk och teleologisk tolkning av artikel 7 i direktiv 2003/88 dragit slutsatsen att en sådan möjlighet inte krävs enligt unionsrätten. Jag kommer nu att pröva de frågor som

73. För att en tidsbegränsning av rätten till semester för arbetstagare som varit sjuka under en längre tid ska vara möjlig, krävs en vidareutveckling av rättspraxis. Utgångspunkten för övervägandena ska härvid vara domen i målet Schultz-Hoff m.fl., i vilken de vägval som krävs för detta presenteras. Denna dom präglas av den grundläggande tanken att en arbetstagare i alla fall ska ha möjlighet att utöva den rätt till årlig semester som vederbörande har enligt direktivet, så att denna rättighet som betraktas som en princip av särskild betydelse i unionens sociala regelverk inte åsidosätts i det konkreta fallet. Huruvida denna princip har åsidosatts kan inte bedömas generellt utan beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Arbetstagarens sjukdomstillstånd utgör utan tvekan en viktig omständighet som kan påverka utövandet av rätten till årlig semester, men av denna dom framgår inte att detta sjukdomstillstånd ska betraktas som det enda avgörande kriteriet. Vissa omständigheter tyder i stället på att det framför allt är av avgörande betydelse vilken nationell lagstiftning och/eller praxis som är tillämplig på arbetstagaren och om det enligt denna över huvud taget är möjligt att utöva rätten till årlig semester.

74. Domstolens konstateranden i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. måste således bedömas mot bakgrund av de nationella bestämmelser som var tillämpliga i de målen. Avgörande för slutsatsen att det inte fanns någon möjlighet att utöva årlig semester var, å ena sidan, den korta kumulationsperioden på några få månader, och, å andra sidan, även att särskilda omständigheter inte beaktades i tillräcklig utsträckning vid en förlust av rätten till den semester som hade fastställts i kollektivavtal, såsom till exempel arbetstagarens arbetsoförmåga.

fastställs i artikel 7 i direktivet för medlemsstaternas utrymme för skönsmåssiga bedömning undersökas.

b) Avseende en tidsbegränsning av kumulationsperioden

75. Sett ur denna synvinkel kan det i princip inte uteslutas att det i ljuset av domstolens rättspraxis är förenligt med unionsrätten att dessa rättigheter förfaller efter utgången av en viss frist då andra omständigheter föreligger som i vederbörlig ordning tar hänsyn till arbetstagarnas behov av semester och som inte innebär att dessa rättigheter går förlorade.⁴⁴ Såvida villkoren för detta är uppfyllda föreligger den situation som domstolen anser vara normalfallet, till vilken jag har hänvisat i punkt 38 i detta förslag till avgörande. Den enda fråga som uppkommer är under vilka förutsättningar detta kan ske. För att kunna besvara denna fråga måste de gränser som

76. En fullständig förlust av dessa rättigheter kan uteslutas enligt den ståndpunkt som intagits här eftersom detta skulle innebära en oåterkallelig förlust för arbetstagaren. Domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. ska således tolkas så att rätten till semester inte kan urholkas genom att denna rättighet enbart kan förverkligas under villkor som är svåra att uppfylla. En sådan situation föreligger emellertid ofta när en arbetstagare är sjuk under en lång tid, eftersom en sjuk arbetstagare inte kan förhindra en automatisk fullständig förlust av rätten till semester på grund av den tid som förflutit. Normalt sett är tidpunkten för hans tillfrisknande avgörande för huruvida han över huvud taget kommer att kunna utöva sin rätt till semester. Det krävs i detta avseende att medlemsstaterna vidtar vissa åtgärder. För att hindra att de mål som eftersträvas med direktivet äventyras är det därför nödvändigt att arbetstagaren åtminstone beviljas rätt till en del av semestern som han i förekommande fall kan göra gällande om han tillfrisknar och efter att han kommit tillbaka till arbetsplatsen. Detta krav har även

44 — Se, för ett liknande resonemang, Mestre, B., "Evolution in continuity – the ECJ reinforces its protection of the right to annual leave", *European Law Reporter*, nr 2, 2009, s. 62, som har anfört att förlusten av rätten till årlig betald semester efter utgången av en viss frist inte nödvändigtvis står i strid med unionsrätten under förutsättning att arbetstagaren verkligen hade möjlighet att utöva de rättigheter som fastställs i direktivet.

den tyska regeringen⁴⁵ uppmärksammat i sitt skriftliga yttrande. Följaktligen kan enbart en partiell förlust av rätten till semester komma i fråga.

77. Ovannämnda överväganden ger upphov till frågor avseende såväl längden av den frist efter vilken rätten till semester kan förfalla som omfattningen av den resterande semestern. Vid ett närmare påseende visar sig de båda aspekterna ha ett nära samband med varandra, eftersom fastställandet av en frist på till exempel mer än tolv månader i vart fall under en viss period, under vilken den period under vilken semester får kumuleras för det första året och referensåret för det kommande året överlappar varandra, skulle innebära att rätten till semester adderas för åtminstone två år. Det är först vid utgången av denna preklusionsfrist för semestern från det första året som omfattningen av rätten till semester skulle minska till ett antal semesterdagar som motsvarar minimitiden för den årliga semestern.

78. Med undantag för Winfried Schulte har parterna i målet enhälligt påpekat att det finns ett behov av att tidsbegränsa rätten till semester. En möjlig lösning är som såväl den hänskjutande domstolen som vissa av parterna föreslagit att tillämpa bestämmelserna i ILO-konventionen nr 132 analogt. I artikel 9.1 i

denna konvention, vars betydelse domstolen senast uttryckligen bekräftat i domen i de förenade målen *Schultz-Hoff* m.fl.⁴⁶, föreskrivs att årlig betald semester "skall utnyttjas inom en frist av ett år respektive 18 månader, räknat från utgången av det år under vilket semester intjänats". Denna bestämmelse ska förstås som en längsta tidsfrist⁴⁷, vars utgång leder till en förlust av den rätt till semester som föreligger fram till denna tidpunkt.

79. Med avseende på den omständigheten att fastställandet av tidsfrister för överföring av rätt till semester till efterföljande år omfattas av medlemsstaternas behörighet att fastställa de villkor enligt vilka arbetstagare får utöva rätten till årlig semester, begränsar sig domstolens behörighet till att fastställa om en tidsbegränsning är förenlig med

46 — Domen i de förenade målen *Schultz-Hoff* m.fl. (ovan fotnot 3), punkt 38. Se den diskussion som förts i doktrinen avseende den betydelse som ILO-konventionen har i unionens rättsordning. Korda, M./Pennings, F., "The legal character of international social security standards", *European Journal of Social Security*, volym 10 (2008), nr 2, s. 132, som har anfört att Europeiska unionen inte har behörighet att införa rättsligt bindande standarder för social trygghet. Av det skälet är det avtal som undertecknats inom ramen för ILO och Europarådet av central betydelse för utvecklingen av internationella standarder för social trygghet. Bercuson, B., "The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards", *50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden 2008, s. 58 och 59, förespråkar en mer aktiv roll för domstolen vid konstitutionaliseringen av den europeiska sociala modellen, som vid tolkningen av unionens primär- och sekundärrätt ska beakta ILO:s standarder. Murray, J., "The Working Time Directive and Future Prospects for ILO Rules on Working Time", *Transnational Labour Regulation – The ILO and EC compared*, s. 175, har anfört att arbetstidsdirektivet och ILO:s lagstiftning i stor utsträckning överensstämmer med varandra var gällande bestämmelsernas föremål och syfte.

47 — Se även Dornbusch, G./Ahner, L. (ovan fotnot 20), s. 182, Glaser, R./Lüders, H. (ovan fotnot 30), s. 2692, och Leinemann, W. (ovan fotnot 18), s. 1959.

45 — Se punkt 35 i den tyska regeringens yttrande.

unionsrätten, varvid den bland annat ska beakta att de mål som eftersträvas med direktivet ska främjas.⁴⁸

80. En tidsbegränsning av arbetstagares rätt till semester, såsom denna föreskrivs i artikel 9.1 i konvention nr 132, strider i princip inte mot unionsrätten, särskilt som det i artikel 7 i direktiv 2003/88 i vart fall inte uttryckligen utgås från att en obegränsad rätt till semester ska beviljas. Detta är, såsom jag redan har anfört, förenligt med den tolkning som domstolen gjort, vilken i punkt 43 i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. slog fast att medlemsstaterna har rätt att anta bestämmelser som innebär att rätten till årlig betald semester går förlorad, förutsatt att den arbetstagare vars rätt till årlig betald semester har gått förlorad "har haft verklig möjlighet att utöva den rättighet han har enligt direktivet". För ett godkännande av principen om tidsbegränsning, som sedan länge fastställts i denna internationella bestämmelse, talar även skäl 6 i direktivet, enligt vilket hänsyn bör tas till ILO:s principer när det gäller arbetstidens förläggning.

81. En frist som den som föreskrivs i artikel 9.1 i konvention nr 132 tar i vart fall hänsyn till skyddsändamålet i artikel 7 i direktiv 2003/88, eftersom arbetstagaren därmed

har två och ett halvt år⁴⁹ på sig att ta ut sin semester för ett visst semesterår. Denna frist förefaller objektivt sett vara tillräckligt lång för att säkerställa att rättigheten kan utövas effektivt. Därutöver skulle arbetstagaren alltid garanteras tillräckligt med tid för att vila upp sig efter en lång sjukdom. Vid återkomsten till arbetsplatsen skulle han ha rätt till semester på minst åtta veckor.⁵⁰ Om han skulle återvända under den första hälften av det tredje året skulle han till och med ha rätt till 12 veckors semesterledighet.⁵¹ Följaktligen skulle i vart fall rätten till restsemester garanteras. Med hänsyn till de fördelar som en tillämpning av denna bestämmelse innebär för arbetstagaren kan man utgå från att det villkor som domstolen fastställt, vilket måste vara uppfyllt för att den nationella lagstiftaren ska kunna föreskriva att rätten till semester förfaller, skulle uppfyllas.

82. En tidsmässig begränsning av arbetstagarens möjlighet att kumulera rätten till semester till 18 månader skulle även vara förenlig med arbetsgivarens intressen och därmed bidra till en rimlig avvägning mellan parternas intressen. Arbetstagaren skulle nämligen i vart fall garanteras tillräcklig tid för att vila upp sig och arbetsgivaren skulle ha

48 — Se punkt 43 i detta förslag till avgörande.

49 — Sammansatt av 12 månader under semesteråret (referensperioden) samt 18 månader efter utgången av semesteråret (den period under vilken semester får tas ut).

50 — Sammansatt av semestern för det aktuella året och föregående år.

51 — Sammansatt av semestern för det aktuella och de två föregående åren.

säkerheten att detta inte leder till att rätten till semester kumuleras i det oändliga och därmed till svårigheter vid arbetstidens förläggning som är kopplade härtill. Motsvarande gäller för de kostnader som är förenade med att rätten till ersättning kumuleras över längre perioder. Den omständigheten att dessa kostnader skulle kunna förutses och beräknas till följd av en tidsmässig begränsning av rätten till semester skulle möjliggöra för arbetsgivare att upprätta reserver som håller sig inom ramen för vad som är rimligt i ekonomiskt hänseende. Med hänsyn till de fördelar som en tidsmässig begränsning av rätten till semester innebär skulle arbetsgivaren inte längre ha någon anledning att frånga den "sociala återhållsamhet"⁵² som han hittills utövat i förhållande till svårt sjuka medarbetare som befinner sig i en svår fas i livet eller att tillgripa sociala och personpolitiska åtgärder som icke är önskvärda, såsom uppsägning och upphävande av avtal.

huruvida det är rättsligt nödvändigt att tillämpa den frist på 18 månader som föreskrivs där. Det rör sig härvid om en mycket specifik bestämmelse som inte har motiverats i detalj. Den återspeglar närmare bestämt en viss överensstämmelse mellan de parter som undertecknat konventionen. Mot en tillämpning av denna bestämmelse som sådan, varmed enbart fristen på 18 månader avses, talar inte minst ordalydelsen i skäl 6 i direktiv 2003/88, enligt vilken *hänsyn bör tas till ILO:s principer* när det gäller arbetstidens förläggning. Av denna formulering kan slutsatsen dras att det inte kan ha varit unionslagstiftarens avsikt att överta varje bestämmelse på arbetsrättens område som antagits på folkrättslig nivå, vilket jag även kommer att visa i det följande, oberoende av om de i tillräcklig omfattning tar hänsyn till särdragen i unionens rättsordning eller inte.

c) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av en frist

83. Det föreligger inga hinder mot att tillämpa principen om tidsmässig begränsning av rätten till årlig semester, såsom föreskrivs i artikel 9.1 i konvention nr 132, i den unionsrättsliga lagstiftningen avseende arbetstidens förläggning, men det kan ifrågasättas

84. Som motivering kan inledningsvis den omständigheten anges att "hänsyn [enbart] bör tas" till ILO:s principer vid införlivandet av direktiv 2003/88, vilket i begreppsmässigt hänseende antyder att det finns ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet. Begreppet princip som används i direktivet utgör ytterligare stöd för detta. Principer kännetecknas i rättsmetodiskt avseende av att de som normer innebär en förpliktelse som kan bestå i en skyldighet, ett

52 — Detta begrepp har använts av Gaul, B./Josten, D./Strauf, H. (ovan fotnot 21), s. 501.

tillstånd eller ett förbud.⁵³ De kräver att något realiserar, i den utsträckning detta är möjligt med hänsyn till de rättsliga och faktiska möjligheterna. Principer är således skyldigheter att förbättra något som karakteriseras av att de kan uppfyllas i olika omfattning och att den omfattning i vilken de måste uppfyllas inte enbart beror på faktiska utan även på rättsliga möjligheter. De rättsliga möjligheterna är resultatet av motstridiga principer och bestämmelser.⁵⁴

samarbetet mellan Europeiska unionen och ILO i fråga om ekonomisk politik och socialpolitik samt ett flertal medlemsstaters medlemskap, har Europeiska unionen själv som överstatlig organisation varken status som avtalsslutande part⁵⁶ eller observatör inom ILO. Huruvida unionens rättsakter är förenliga med ILO:s lagstiftning kan i princip enbart bedömas enligt principen att unionen själv måste följa en lag som den har stiftat.

85. Enligt min mening utgör autonomi i unionens rättsordning, som inrättas genom fördragen och som det ankommer på domstolen att övervaka efterlevnaden av, en viktig begränsning.⁵⁵ Oberoende av det långvariga

86. Oberoende av vad som har anförts ovan ska det erinras om att en analog tillämpning av fristen på 18 månader, såsom kommissionen med rätta påpekat, skulle innebära en delvis harmonisering av nationell lagstiftning och praxis trots att det av artikel 7 i direktiv 2003/88 inte framgår för vilken period rätten till semester och, då anställningen avslutats, kontant ersättning ska beviljas vid långvarig sjukdom. Det finns inte heller något stöd för att unionslagstiftaren i ett sådant fall avsåg att den maximala frist på 18 månader under vilken semester får överföras, som fastställs i artikel 9.1 i konvention nr 132, skulle tillämpas analogt. I brist på en unionsrättslig

53 — Se Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 72.

54 — Se Alexy, R. (ovan fotnot 53), s. 75 och följande sida, se för ett liknande resonemang, Röthel, A., *Europäische Methodenlehre* (utgiven av Karl Riesenhuber), § 12, punkt 37, s. 289, som har anförat att principer inte fastställer "fasta" kriterier och i allmänhet befinner sig i växelverkan och formar ett rörligt system. Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sjätte upplagan, Heidelberg 1991, s. 169, har anförat att principerna inte gäller utan undantag och att det kan uppstå en motsättning mellan dem. De är inte exklusiva, det vill säga de kan inte formuleras enligt schemat "om och enbart om". Författaren har påpekat att principer först utvecklar sitt ändamål i ett samspel av ömsesidig komplettering och begränsning. För att kunna tillämpas måste de konkretiseras genom underprinciper och individuella bedömningar med avseende på autonoma situationer. Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, volym 4 (*Europäische Grundrechte*), Berlin 2009, § 11, s. 133, punkt 438, har anförat att principer kännetecknas av att deras innehåll inte behöver förverkligas fullständigt. De avser däremot en optimering. Åtgärder ska vidtas för att förverkliga de mål som fastställs i principerna.

55 — Se dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend & Loos (REG 1963, s. 1, s. 3; svensk specialutgåva, volym 1, s. 161), och av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa (REG 1964, s. 1251, s. 1269; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211). Se yttrande 1/91 av den 14 december 1991 (REG 1991, s. I-6079; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-533), punkt 35, samt 1/09 av den 8 mars 2011 (REU 2011, s. I-1137), punkt 67.

56 — Se Böhmert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, s. 211, som har undersökt frågan om Europeiska gemenskapens eventuella behörighet med avseende på ILO vid den tidpunkten.

reglering i artikel 7 i direktiv 2003/88 måste denna frist betraktas som ett sätt att verkställa⁵⁷ denna bestämmelse, och därmed även nationell lagstiftning och praxis, varvid den ska vara sådan att den gör det möjligt att uppnå syftet med direktivet.

lagstiftningen. Detta krävs enligt min mening redan enligt skäl 6 i direktiv 2003/88, vilket upprättar en koppling mellan unionens och ILO:s lagstiftning.

87. I unionsrättens nuvarande utformning ska det i det enskilda fallet prövas om en nationell lagstiftning eller praxis gör det möjligt för arbetstagaren att göra gällande de rättigheter som tillerkänns honom i direktiv 2003/88 varvid omfattningen av dessa rättigheter ska fastställas i ljuset av syftet med artikel 7.1 i direktivet.

88. En begränsning av den period under vilken semester får kumuleras till 18 månader, såsom föreskrivs i artikel 9.1 i konvention nr 132, efter utgången av vilken arbetstagarens rätt till semester förfaller är i vart fall tillräckligt lång för att göra det möjligt för arbetstagaren att faktiskt utöva rätten till årlig semester i den mening som avses i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl. Det ska härvid påpekas att denna period är ett riktmärke efter vilket medlemsstaterna i så stor omfattning som möjligt ska orientera sig vid genomförandet i den nationella

89. Denna koppling sträcker sig emellertid av ovannämnda skäl⁵⁸ inte så långt och har därför inte en sådan rättslig verkan att enbart den maximifrist som fastställs i artikel 9.1 i konvention nr 132 är bindande för unionsrätten. Det förefaller däremot vara rättsligt möjligt för medlemsstaterna att avvika från denna frist. Om den omständigheten beaktas – att det i direktiv 2003/88 enligt artikel 1.1 enbart föreskrivs ”minimikrav på säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden” och att enligt artikel 15 ”medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa lagar eller andra författningar som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet eller underlättar eller tillåter tillämpningen av kollektivavtal eller avtal mellan arbetsmarknadens parter som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet” inte ska påverkas – förefaller det nämligen följdriktigt att inom ramen för unionens rättsordning ge medlemsstaterna behörighet att anta bestämmelser som eventuellt föreskriver gynnsammare bestämmelser för arbetstagare. Medlemsstaterna får inte förhindra att gynnsammare frister fastställs, i vart fall inte med hänvisning till den maximigräns som fastställs i artikel 9.1 i konvention nr 132, särskilt inte som enbart internationella

57 — Se punkt 43 i detta förslag till avgörande.

58 — Se punkterna 84 och 85 i detta förslag till avgörande.

minimistandarder fastställs i ILO-konventionen⁵⁹ utöver vilka unionsrätten kan sträcka sig. Detta gäller även för direktiv 2003/88 som på vissa ställen går utöver de minimikrav som fastställs i konvention nr 132. Till exempel föreskrivs i direktivet semester om minst fyra veckor medan semester om tre arbetsveckor föreskrivs i artikel 3.3 i konventionen.

90. Av vad som anförts ovan framgår vad gäller förevarande begäran om förhandsavgörande att en möjlighet att kumulera rätten till årlig semester visserligen kan föreligga under en period på minst 18 månader men inte måste föreligga under denna period. Den andra tolkningsfrågan ska således också besvaras på detta sätt.

59 — Se Korda, M./Pennings, F. (ovan fotnot 46), s. 134, som har anförts att konventionen som ingicks under efterkrigstiden inom ramen för ILO enbart fastställer minimistandarder. Se, för ett liknande resonemang även, Böhmert, S. (ovan fotnot 56), s. 211, som har anförts att syftet med ILO är att säkerställa ett minimum av rättigheter i samtliga medlemsstater. Denna slutsats kan dras på grundval av artikel 9.8 i ILO:s stadgar, enligt vilken "konferensens antagande av konventioner eller rekommendationer, eller en medlems ratificering av en konvention, inte i något fall [får] påverka någon lag, dom, sedvana eller överenskommelse som ger de berörda arbetstagarna mer fördelaktiga villkor än dem som föreskrivs i konventionen eller rekommendationen i fråga". Medlemmarna i ILO får således behålla eller införa högre standarder. Å andra sidan kan de ändra längre gående nationella bestämmelser till den nivå som fastställs i ILO:s standarder.

d) Slutsats i denna del

91. Det kan sammanfattningsvis fastställas att arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen i en situation som den i målet vid den nationella domstolen, som kännetecknas av att arbetstagaren är sjuk under en lång tid, med beaktande av de mål som eftersträvas med direktivet, bäst kan förenas genom att en tidsbegränsning av den period under vilken semester får kumuleras fastställs, vilken leder till att den rätt till semester som uppkommit under det aktuella referensåret förfaller efter utgången av en viss frist, såvida det säkerställs att syftet med rätten till semester även iakttas vid långtidssjukskrivna arbetstagare. Detta innebär att rätten till kontant ersättning förfaller i samma omfattning då anställningen avslutas. Den rättighet som kvarstår är därvid den rätt till semester som uppkommer på nytt efterkommande år.

92. Fastställandet av en frist efter utgången av vilken rätten till semester och till ersättning förfaller utgör en verkställighetsföreskrift som är förbehållen nationell lagstiftning och praxis varvid dessa emellertid måste kunna säkerställa att direktivets mål uppnås. Detta ska i det enskilda fallet fastställas mot bakgrund av de mål som eftersträvas med artikel 7.1 i direktiv 2003/88. En tidsbegränsning till 18 månader räcker för att uppfylla dessa mål. En möjlighet att överföra semester på enbart sex månader, som var föremål

för domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl., uppfyller däremot inte dessa krav.⁶⁰

till att arbetstagaren inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester.”

4. Slutgiltiga slutsatser

93. Avslutningsvis ska, för en vidareutveckling av rättspraxis, tolkningsresultatet av undersökningen ovan inordnas i domstolens konstateranden i domen i de förenade målen Schultz-Hoff m.fl.

94. I ovannämnda dom slog domstolen bland annat fast följande:

”Artikel 7.1 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser eller nationell praxis som innebär att rätten till årlig betald semester förfaller vid utgången av beräkningsperioden och/eller vid utgången av en i nationell rätt fastställd period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut när arbetstagaren har varit sjukskriven under hela eller en del av beräkningsperioden och dennes arbetsförmåga har kvarstått till dess att anställningen upphörde, vilket är skälet

95. Enligt min mening måste domstolens fastställande kompletteras med följande konstaterande för att hänsyn ska kunna tas till de särskilda omständigheterna i målet vid den nationella domstolen och möjligheten till en tidsbegränsning av rättigheter ska kunna föreskrivas.

— Artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för nationella bestämmelser eller nationell praxis som innebär att rätten till semester och ersättning förfaller vid utgången av beräkningsperioden och vid utgången av en period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut även när arbetstagaren har varit arbetsoförmögen under en längre tid, såvida den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut beräknas på ett sätt som säkerställer syftet med den primära rätten till vila.

— En möjlighet till kumulation under en period på minst 18 månader efter utgången av referensåret uppfyller detta krav men är inte ett nödvändigt krav enligt unionsrätten. Medlemsstaterna får med beaktande av de gränser som anges i direktivet även anta andra bestämmelser.

60 — Se punkterna 40 och 74 i detta förslag till avgörande.

96. Det första konstaterandet i mitt förslag till avgörande är av allmän natur och ger uttryck för att rätten till årlig semester eller semesterersättning i princip kan begränsas enligt unionsrätten i den mån som detta är förenligt med syftet med den årliga semesteren, nämligen vila. Enligt detta konstaterande får bland annat dessa rättigheter förfalla

efter utgången av en viss frist som fastställts av medlemsstaten. Genom det andra konstaterandet besvaras den andra frågan som den hänskjutande domstolen ställt, varvid en tidsbegränsning av överföringsmöjligheten till en period på 18 månader fastställs vara förenlig med unionsrätten.

VII – Förslag till avgörande

97. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av Landesarbeitsgericht Hamm på följande sätt:

- ”1) Artikel 7.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser eller nationell praxis som innebär att rätten till årlig betald semester förfaller vid utgången av beräkningsperioden och/eller vid utgången av en i nationell rätt fastställd period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut när arbetstagaren har varit sjukskriven under hela eller en del av beräkningsperioden och dennes arbetsoförmåga har kvarstått till dess att anställningen upphörde, vilket är skälet till att arbetstagaren inte har kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester.

- 2) Artikel 7.1 och 7.2 i direktiv 2003/88 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för nationella bestämmelser eller nationell praxis som innebär att rätten till semester och ersättning förfaller vid utgången av beräkningsperioden och vid utgången av en period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut även när arbetstagaren har varit arbetsoförmögen under en längre tid, såvida den period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut beräknas på ett sätt som säkerställer syftet med den primära rätten till vila.

- 3) En möjlighet till överföring under en period på minst 18 månader efter utgången av referensåret uppfyller detta krav men är inte ett nödvändigt krav enligt unionsrätten. Medlemsstaterna får med beaktande av de gränser som anges i direktivet även anta andra bestämmelser.”