



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jennie Kjellander

Rätten till årlig betald semester vid frånvaro på grund av sjukdom – en rättighet som erkänns i Sverige?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Mia Rönmar
Termin för examen: VT13

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Begrepp	8
1.5 Avgränsningar	8
1.6 Disposition	9
2 RÄTTEN TILL ÅRLIG BETALD SEMESTER – EN GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHET	10
2.1 Inledning	10
2.2 FN	10
2.2.1 Den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter	10
2.2.2 Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter	11
2.3 ILO:s konvention nr 132	11
2.4 Europarådets sociala stadga	12
2.5 EU	13
2.5.1 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter	13
2.5.2 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna	14
2.5.3 Rätten till årlig betald semester som en allmän rättsprincip	15
2.6 Sammanfattning	17
3 SJUKFRÅNVARANDE ARBETSTAGARES RÄTT TILL ÅRLIG BETALD SEMESTER ENLIGT EU-RÄTTEN	19
3.1 Inledning	19

3.2	Arbetstidsdirektivet och rätten till årlig betald semester	20
3.3	Villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester	24
3.4	Intjänandet av semester för sjukfrånvarande arbetstagare	26
3.5	Rätt att ta ut semester under sjukfrånvaro	27
3.6	Överföring av semester som på grund av sjukfrånvaro inte har tagits ut	28
3.7	När sjukdomstillstånd inträffar under semesterledighet	32
3.8	Rätt till kontant ersättning istället för ledighet	35
3.9	Fyra veckors årlig betald semester är ett minimikrav	37
3.10	Sammanfattning	37
4	SJUKFRÅNVARANDE ARBETSTAGARES RÄTT TILL ÅRLIG BETALD SEMESTER ENLIGT SVENSK RÄTT	41
4.1	Inledning	41
4.2	Sjukfrånvarande arbetstagares rätt enligt sjukförsäkringen	43
4.3	Villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester	45
4.4	Intjänandet av semester för sjukfrånvarande arbetstagare - semesterlönegrundande frånvaro	48
4.5	Beräkningsmetod för semesterlönen vid sjukfrånvaro	50
4.6	Rätt att ta ut semester under sjukfrånvaron	53
4.7	Överföring av semester som på grund av sjukfrånvaro inte har tagits ut	53
4.8	När sjukdomstillstånd inträffar under semesterledighet	55
4.9	Rätt till kontant ersättning istället för ledighet	57
4.10	Sammanfattning	58
5	ANALYS OCH SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	62
5.1	Inledning	62
5.2	Rätten till årlig betald semester – en grundläggande rättighet	62
5.3	Svensk rätts överensstämmelse med EU-rätten avseende sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester	64
5.3.1	Inledning	64
5.3.2	Villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester	65

5.3.3	Beräkningen av antalet betalda semesterdagar och semesterlönens storlek vid sjukfrånvaro	67
5.3.4	Överföring av semester	68
5.3.5	Sjukfrånvaro under semesterledighet	70
5.3.6	Kontant ersättning istället för betald semester	70
5.4	Slutsatser och förslag på lösningar	72
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	81

Summary

The overall purpose of this paper is to analyze if Swedish regulations are consistent with EU law in regards of workers being absent from work due to illness and their right to annual leave with pay. The right to paid annual leave is one of the fundamental social rights of workers and is enshrined in legislation arising from the UN, ILO, Council of Europe and the EU. The right to paid annual leave is a particularly important principle of the EU social regulations and is also regulated in article 31 of the EU Charter. In addition, the EU has adopted the Working Time Directive to protect workers' health and safety. In article 7 is stated that all workers have a right to four weeks annual leave with pay which may not be exchanged for cash, with the exception where the employment relationship is terminated.

The European Court has interpreted article 7 and the right to paid annual leave in several cases. Many of these rulings concern issues that directly or indirectly affect absent workers. From the case-law it is clear that an absent employee shall earn paid annual leave just as if work had been carried out. If the worker falls ill during the annual leave, the employee must also be entitled to deduct vacation days in order to be able to use them after having recovered. If the employee, due to being absent in the case of illness, was unable to use his paid annual leave, the worker shall have the right to transfer the unclaimed days. Only when the employment is terminated, can the unclaimed vacation days be exchanged for cash.

In Sweden, the right to paid annual leave is expressed in the Annual Leave Act. Several of the rules in this act are allowed to be replaced by regulations in collective agreements. Therefore the collective agreements must be taken into account to get the full picture of holiday settlement under Swedish law. The Swedish Annual Leave Act does not give all workers a right to paid annual leave. Instead, partially absent workers are excluded. This is particularly evident in the calculation of the number of days with paid leave and the calculation of the size of the holiday pay. Common for the analyzed collective agreements is that they apply to rules leading to the same or more favorable terms for the absent worker. The European Court has however held that it is not enough that the right to four weeks' paid annual leave is guaranteed by collective agreements as they do not cover all workers. Because of this, the Swedish collective agreements lack importance when examining whether Swedish law is contrary to article 7 of the Working Time Directive.

As a member of the international organizations, Sweden is bound to give every worker their right to paid annual leave. In addition, Sweden has an obligation to implement the Working Time Directive properly. The Annual Leave Act, however, can be criticized for not being in conformity with article 7 of the Working Time Directive in regard to an absent worker. Sick workers right to annual paid leave is therefore not recognized in Sweden.

Sammanfattning

Det övergripande syftet med denna uppsats är att redogöra för den svenska rättens överensstämmelse med EU-rätten avseende sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. En av arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter är nämligen rätten till årlig betald semester som slås fast i rättsakter som härrör från FN, ILO, Europarådet och EU. Rätten till årlig betald semester utgör även en princip av särskild betydelse inom unionens sociala regelverk och slås dessutom fast i artikel 31 i EU-stadgan. Därutöver har EU antagit ett arbetstidsdirektiv i syfte att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet. I direktivets artikel 7 sägs att alla arbetstagare har en rätt till fyra veckors årlig betald semester som inte får utbytas mot kontant ersättning förutom i de fall då anställningen avslutas.

EU-domstolen har i ett stort antal domar tolkat artikel 7 och rätten till årlig betald semester. Flera av dessa avgöranden berör frågor som direkt eller indirekt påverkar sjukfrånvarande arbetstagare. Av rättspraxisen framgår bl.a. att en sjukfrånvarande arbetstagare ska tjäna in årlig betald semester precis som om denne utfört arbete. Blir arbetstagaren sjuk under semestern ska arbetstagaren dessutom ha rätt att avräkna semesterdagarna för att kunna ta ut dem efter att ha tillfrisknat. Om arbetstagaren pga. sjukfrånvaro inte har kunnat utnyttja sin årliga betalda semester ska arbetstagaren ha rätt att överföra de outtagna dagarna. Först när anställningen avslutas får de outtagna semesterdagarna bytas mot kontant ersättning.

I Sverige kommer rätten till årlig betald semester till uttryck i semesterlagen. Flera av semesterlagens regler är semidispositiva. För en komplett bild av semesterregleringen i svensk rätt krävs därför att hänsyn även tas till kollektivavtalsregler. Semesterlagen ger inte alla arbetstagare en rätt till årlig betald semester. Istället undantas till viss del sjukfrånvarande arbetstagare. Detta är särskilt tydligt vid uträkningen av antalet betalda semesterdagar och vid beräkningen av semesterlönens storlek. Gemensamt för de undersökta kollektivavtalen är att de tillämpar regler som leder till samma eller förmånligare villkor för den sjukfrånvarande arbetstagaren. Av EU-domstolens rättspraxis följer emellertid att det inte är tillräckligt att rätten till fyra veckors årlig betald semester garanteras i kollektivavtal som inte omfattar alla arbetstagare. Därmed saknar de svenska kollektivavtalsbestämmelserna betydelse vid en granskning av om svensk rätt strider mot artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

Som medlem i de internationella organisationerna är Sverige bunden av rätten till årlig betald semester. Dessutom har Sverige en skyldighet att implementera arbetstidsdirektivet på ett korrekt sätt. Semesterlagen kan emellertid kritiseras för att inte vara i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet vad gäller sjukfrånvarande arbetstagare. Rätten till årlig betald semester vid frånvaro pga. sjukdom är därför en rättighet som inte erkänns i Sverige.

Förord

Nu är mitt examensarbete äntligen färdigt och min tid på Juridicum lider mot sitt slut. Därför vill jag ta tillfället i akt och tacka de människor som har betytt mycket för mig under min studietid. För det första vill jag tacka min sambo och min familj som under hela studietiden har stått vid min sida och gjort att jag aldrig har tvivlat på min egen förmåga. Jag vill även tacka mina fina vänner som har stannat kvar trots perioder då jag har försvunnit in i studierna. Vidare vill jag tacka min handledare Mia Rönnmar för all vägledning och konstruktiv kritik vid uppsatsskrivandet. Mitt största tack vill jag dock rikta till min underbara mamma som har lyssnat, läst och kommenterat allt jag har gjort och skrivit under mina 4,5 år på juristprogrammet. Utan våra skogspromenader hade jag aldrig kommit dit där jag är idag. Tack!

Hässleholm i maj 2013.

Jennie Kjellander

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser
AD	Arbetsdomstolen
COE	Council of Europe
COM	COM-dokument, dokument från kommissionen
EEG	Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
ILO	International Labour Organization
KOM	KOM-dokument, dokument från kommissionen
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
MI	Medlingsinstitutet
OFR	Offentliganställdas Förhandlingsråd
OJ	Official Journal of the European union
Prop.	Proposition
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
SEC	Commission staff working document
SEKO	Facket för Service och Kommunikation
SFB	Socialförsäkringsbalken (2010:110)
SFS	Svensk författningssamling
SGI	Sjukpenninggrundande inkomst
SKL	Sveriges Kommuner och Landsting
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion

Rätten till årlig betald semester slås fast i en rad internationella rättsakter som härrör från FN, ILO, Europarådet och EU. Därmed utgör rätten till årlig betald semester en grundläggande social rättighet för arbetstagaren. Inom EU kommer rätten till årlig betald semester till uttryck i bl.a. artikel 31 i EU-stadgan. Stadgan är emellertid relativt ny och dess tillämpningsområde därför oklar. Därutöver följer av artikel 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden att alla arbetstagare har rätt till fyra veckors årlig betald semester som inte får bytas mot kontant ersättning i annat fall än då anställningen avslutas.

EU-domstolen har i flera domar de senaste åren tolkat artikel 7 i arbetstidsdirektivet och rätten till årlig betald semester. Av denna rättspraxis framgår att även sjukfrånvarande arbetstagare har en rätt till årlig betald semester. Frågan om och hur en sjukfrånvarande arbetstagare ska kunna tillgodogöra sig denna rätt är en högst aktuell fråga eftersom medlemsländernas lagstiftning inom området ständigt leder till nya avgöranden från EU-domstolen.

I Sverige regleras arbetstagarens semesterrätt i semesterlagen (1977:480). Flera av lagens regler är emellertid semidispositiva och andra regleringar förekommer därför i kollektivavtal. Semesterlagen är regelteknisk och tillsammans med olika kollektivavtalsregler är semesterrätten i svensk rätt komplex. Vid en granskning av semesterrätten i Sverige framkommer att svensk rätt inte alltid ger en sjukfrånvarande arbetstagare rätt till en årlig betald semester. Utifrån den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen kan semesterlagens reglering därför i vissa avseenden ifrågasättas.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med min uppsats är att redogöra för och analysera den svenska rättens överensstämmelse med EU-rätten avseende sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Centrala frågeställningar är:

- I vilka internationella rättsakter fastslås rätten till årlig betald semester som en grundläggande rättighet? Vad innebär den grundläggande rättigheten och vad har rättigheten för betydelse för den svenska rätten?
- Vilken rätt har sjukfrånvarande arbetstagare till årlig betald semester enligt EU-rätten?
- Vilken rätt har sjukfrånvarande arbetstagare till årlig betald semester enligt svensk lag? Vilken betydelse har kollektivavtal inom

semesterrätten? Skiljer sig reglerna i kollektivavtalen från bestämmelserna i semesterlagen?

- Överensstämmer den svenska regleringen med EU-rätten? Om inte, hur kan den svenska rätten förändras för att leva upp till EU-rättens krav?

1.3 Metod och material

För att uppnå syftet med uppsatsen och besvara mina frågeställningar avser jag att tillämpa rättsdogmatisk metod som används för att tolka och analysera gällande rätt. I den rättsdogmatiska metoden ingår att med hjälp av rättskälleläran besvara frågeställningarna.¹ Detta inbegriper att analysera argument och tänkbara lösningar, utforma principer, genomföra en kritisk granskning av rättsläget mm.²

Som ett resultat av att mitt ämnesval berör internationella rättsakter tillämpas den rättsdogmatiska metoden för att fastställa innehållet och innebörden av dessa. För att utröna betydelsen av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och FN:s internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har jag framförallt använt mig av utländsk doktrin. Utländsk doktrin har även legat till grund för utredningen om betydelsen av ILO:s konvention om semester och Europarådets sociala stadga. Därutöver har jag använt mig av diverse rapporter och beslut från de organ som har till uppgift att övervaka konventionen och stadgan.

Medlemsländerna är skyldiga att tillämpa EU-rätten som har företräde framför nationell rätt.³ Vikten av EU-rätten kan därför inte nog understrykas och ligger också till grund för min analys av den svenska semesterlagens konformitet med EU-rätten inom ramen för mina frågeställningar. Den rättsdogmatiska metoden har därmed använts för att fastställa gällande rätt avseende sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester i EU-rätten. Vid tillämpningen av den rättsdogmatiska metoden måste hänsyn även tas till den EU-rättsliga metoden.⁴ EU-domstolen använder sig av en fri och starkt ändamålsinriktad tolkningsmetod som innebär att EU-rättsliga bestämmelser inte ska tolkas isolerat från sitt sammanhang utan istället mot bakgrund av sitt syfte, så kallad teleologisk tolkning. För att tolka enskilda domar från EU-domstolen måste det även finnas en förståelse för hur domstolen utvecklar sin rättspraxis. EU-domstolens domar måste därför förstås i förhållande till både tidigare och senare avgöranden från EU-domstolen inom samma område. Inom den EU-rättsliga metoden anses regler ge uttryck för mer grundläggande principer och det viktiga är därför inte regelns ordalydelse utan dess syfte i ett bredare sammanhang. EU-

¹ Peczenik, 1995, s. 33-35.

² Sandgren, 2005, s. 652.

³ Nyström, 2011, s. 32.

⁴ Hettne och Otken Eriksson använder istället begreppet ”svensk juridisk metod”, 2011, s. 38.

domstolen jämför hur olika bakomliggande principer har tillämpats inom andra rättsområden för att utifrån denna vägledning tillämpa principen på den aktuella frågan.⁵

Inom EU-rätten utgörs de bindande rättskällorna inom rättskällevärdet av primärrätt dvs. de grundläggande fördragen, EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, bindande sekundärrätt t.ex. direktiv, allmänna rättsprinciper och EU-domstolens och tribunalens rättspraxis. Icke-bindande sekundärrätt t.ex. rekommendationer, förarbeten, generaladvokatens förslag till avgörande och EU-rättslig doktrin är istället endast vägledande.⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande är enbart vägledande i den mån EU-domstolen i den efterföljande domen uppenbarligen följer generaladvokatens förslag.⁷ Direktiv, rapporter från kommissionen, EU-rättslig doktrin och framförallt rättspraxis från EU-domstolen och generaladvokaten har legat till grund för min analys och mina slutsatser.

Vad gäller svensk rätt används återigen den rättsdogmatiska metoden för att fastställa hur rätten till semester för sjukfrånvarande arbetstagare är reglerad i Sverige. De viktigaste svenska rättskällorna utgör lag, förarbeten, domstolspraxis och doktrin.⁸ Arbetsdomstolen har enbart i ett fåtal fall tagit ställning till frågor rörande sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Min analys och mina slutsatser bygger därför, gällande den svenska rätten, framförallt på lagstiftning, förarbeten och doktrin avseende semesterlagens tillämpning.

Kollektivavtal spelar en viktig roll inom det svenska arbetsmarknads-systemet eftersom många lagregler är semidispositiva. Kollektivavtal kan därför tecknas som innehåller regler som avviker från semesterlagen. Därför är det av vikt att undersöka hur några centrala kollektivavtal reglerar frågan om sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. För detta ändamål har jag valt att hämtat exempel på regleringar från fyra olika kollektivavtal som omfattar ett stort antal arbetstagare från olika yrkeskategorier och branscher. Dessa utgör *Villkorsavtalet* mellan Arbetsgivarverket, SEKO och OFR som företräder statstjänstemän, poliser och officerare och därmed reglerar statligt anställdas semesterrätt, *Allmänna bestämmelser (AB)* som omfattar arbetsgivarorganisationer under Sveriges Kommuner och Landsting och kommunalt anställda, *Tjänstemannaavtalen* mellan Teknikarbetsgivarna och Unionen som gäller för tjänstemän och *Teknikavtalet IF Metall* mellan Teknikarbetsgivarna och IF Metall som omfattar arbetare..

Villkorsavtalet träder i kraft 1 juni 2013 och AB är verksamt sedan 1 maj 2012. Tjänstemannaavtalen och Teknikavtalet IF Metall löpte dock ut 31 mars 2013. Nya avtalsförhandlingar är slutförda men några nya avtal har i skrivande stund inte sammanställts. Av avtalsbekräftelserna till de nya

⁵ Hettne och Otken Eriksson, 2011, s. 36-38.

⁶ Hettne och Otken Eriksson, 2011, s. 40-42.

⁷ Hettne och Otken Eriksson, 2011, s. 117.

⁸ Sandgren, 2007, s. 251.

avtalen framkommer att bestämmelserna om semester i Tjänstemannaavtalen inte kommer att förändras medan parterna till Teknikavtalet IF Metall ska sätta samman en arbetsgrupp för att genomföra en översyn av reglerna.⁹

Ämnet för min uppsats är relativt regeltekniskt och det saknas stora verk som berör sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig semester både avseende EU-rätten och den svenska rätten. Vad gäller utländsk doktrin finns det en del artiklar som sammanfattar och analyserar EU-domstolens domar i detta avseende. Svensk doktrin beskriver däremot nästan uteslutande den svenska semesterlagens utformning utan att beröra lagens förhållande till EU-rätten. Vad gäller semesterlagens konformitet med arbetstidsdirektivet är forskningsläget på området nästintill obefintligt vilket har medfört att jag här inte har haft några vetenskapliga framställningar att ta del av.

1.4 Begrepp

Det finns ett antal begrepp i semesterlagen som används för att bestämma innehållet och utformningen av semesterrätten. Med *semesterår* avses enligt 3 § semesterlagen, tiden från och med den 1 april ett år till och med den 31 mars påföljande år. Av samma paragraf framgår att motsvarande tid närmast före ett semesterår kallas *intjänandeår*. *Semesterdagar* utgör enligt 4 § semesterlagen, sådana dagar som arbetstagaren har rätt att vara ledig, oavsett om han får någon ersättning eller inte. Av 3 a § semesterlagen följer att *semesterledigheten* omfattar enstaka semesterdagar eller en period av semesterdagar. Under semesterledigheten har arbetstagaren enligt 7 § semesterlagen rätt till *semesterlön* utifrån hur många dagar arbetstagaren varit anställd hos arbetsgivaren under intjänandeåret. *Semesterersättning* utgör istället sådan ersättning som arbetstagaren har rätt till om semesterledigheten inte ska läggas ut enligt 5 och 28 §§ semesterlagen.

EU-domstolen nämner inte ordet intjänandeår eller semesterår utan använder istället begreppet *beräkningsperiod*. Utifrån EU-domstolens rättspraxis framgår att med beräkningsperiod avses en i nationell rätt fastställd period under vilken årlig betald semester kan tas ut.¹⁰

1.5 Avgränsningar

Eftersom det främsta syftet med uppsatsen är att redogöra för den svenska semesterlagens överensstämmelse med EU-rätten och arbetstidsdirektivet kommer uppsatsen enbart att översiktligt redogöra för övriga internationella rättsakter som aktualiseras av mitt ämnesval och deras betydelse för den

⁹ Teknikarbetsgivarna och Unionen, *Avtalsuppställningen 2013-2016*. IF Metall och Teknikarbetsgivarna, *Avtalsbekräftelsen*.

¹⁰ EU-domstolens dom av den 20 januari 2009 i mål C-350/06 och C-520/06 Gerhard *Schultz-Hoff* mot Deutsche Rentenversicherung Bund och Stringer m.fl. mot Her Majesty's Revenue and Customs, REG 2009 I-179, punkt 8.

svenska rätten. Avsikten med uppsatsens andra kapitel är istället att betona vikten av att rätten till årlig betald semester är en av arbetstagarnas grundläggande rättigheter.

Vid beskrivningen av arbetstidsdirektivet och semesterlagen redogörs för vilka arbetstagare som undantas från reglernas bestämmelser. Däremot redogörs inte för de specialregler som gäller för dessa anställda. Därutöver berör examensarbetet inte heller den genusproblematik som kan uppstå vid en diskussion om sjukskrivna arbetstagare.¹¹

I svensk rätt tillämpas olika regler om frånvaron beror på sjukdom eller arbetsskada. Uppsatsen avgränsas till att enbart redogöra för de bestämmelser som aktualiseras vid frånvaro pga. sjukdom såvida reglerna för arbetsskadade inte även är av vikt för sjukfrånvarande arbetstagare.

1.6 Disposition

Uppsatsens andra kapitel avser att redogöra för rätten till årlig betald semester så som en grundläggande rättighet som kommer till uttryck i olika internationella rättsakter. Därefter följer tredje kapitlet vars syfte är att fördjupa redogöra för sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester inom EU-rätten. I kapitel fyra sker en motsvarande genomgång av svensk lag och kollektivavtal. Avslutningsvis sker en redogörelse för betydelsen av de internationella rättsakterna och en analys för att fastställa huruvida den svenska semesterlagens regler om sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester överensstämmer med EU-rätten. Uppsatsen avslutas med förslag på lösningar för att övervinna eventuella diskrepanser mellan EU-rätten och den svenska rätten.

¹¹ Se prop. 2009/10:4 s. 69.

2 Rätten till årlig betald semester – en grundläggande rättighet

2.1 Inledning

Årlig betald semester hör till de grundläggande sociala rättigheterna i den internationella rätten och återfinns i rättsakter som härrör från FN, ILO, Europarådet och EU.¹² Inom FN fastslås rätten till årlig betald semester i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna och i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. ILO har i sin tur antagit en hel konvention om rätten till årlig betald semester. Rättigheten finns även fastslagen i Europarådets sociala stadga. Inom EU kommer rätten till årlig betald semester till uttryck i 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter och i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. EU-stadgan är emellertid ny och dess innebörd och tillämpningsområde därför till viss del oklar. Därutöver förs en diskussion om rätten till årlig betald semester dessutom kan anses vara en allmän rättsprincip inom EU.

2.2 FN

2.2.1 Den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter

FN:s förklaring om mänskliga rättigheter¹³ från 1948 är en rättsakt av stor betydelse för arbetsrätten.¹⁴ Sverige deltog inte vid utformandet av förklaringen men röstade för antagandet av den 1948.¹⁵ Förklaringen utgör en resolution, antagen av FN:s generalförsamling och är därmed inte juridiskt bindande. Det råder däremot skiljaktigheter huruvida den allmänna förklaringen är rättsligt bindande som internationell sedvanerätt.¹⁶

Rätten till semester fastslås i artikel 24: ”Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay.” Rätten till regelbunden betald ledighet ska läsas tillsammans med artikel 22 som tillerkänner var och en rätt till social

¹² Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande av den 8 september 2011 i mål C-282/10 *Maribel Dominguez* mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique och Préfet de la région Centre, punkt 103.

¹³ The Universal Declaration of Human Rights.

¹⁴ Källström och Malmberg, 2013, s. 60.

¹⁵ För förklaringens betydelse i svensk rätt se Grimheden, 2009, s. 111-133.

¹⁶ Se Eide och Alfredsson, 1993, s. 6-7.

trygghet utifrån varje stats organisation och resurser.¹⁷ Syftet är att mänskligt arbete inte ska ses som en handelsvara.¹⁸ Ordet ”rest” eller ”vila” innebär att antalet arbetstimmar måste begränsas för att garantera att individen ska få tid att återhämta sig. ”Leisure” eller ”fritid” ställer istället krav på att personen ska få tid över till att utveckla och utöva sina fritidsintressen.¹⁹ Rätten till regelbunden betald ledighet i artikel 24 är därför till för att garantera att även arbetstagare får denna rätt till vila och fritid.²⁰

2.2.2 Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

Efter att FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna antagits inleddes arbetet med att omvandla de allmänna rättigheter som fastslås i förklaringen till mer specifika, bindande rättigheter. Arbetet varade fram till 1966 då FN:s generalförsamling bl.a. antog den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.²¹ Sverige signerade konventionen 1967 varefter den ratificerades 1971.²² I Sverige kan konventionen inte åberopas direkt inför domstol men de nationella domstolarna ska tolka svensk lag i överensstämmelse med konventionen.²³

I artikel 7 erkänner konventionsstaterna var och ens rätt att åtnjuta rättvisa och gynnsamma arbetsvillkor som i synnerhet enligt punkt (d) ska tillgodose ”Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays”. Ordet ”periodic” valdes för att det ansågs innebära att alla arbetstagare ska ges rätt till minst två på varandra följande veckors semester varje år.²⁴ Förutom att fastslå rätten till två veckors semester framkommer inte om, och hur en individ kvalificerar sig för semester eller hur semestern ska verkställas.²⁵

2.3 ILO:s konvention nr 132

ILO är FN:s internationella arbetsorganisation.²⁶ Rätten till årlig betald semester fastslås i ILO:s konvention nr 132.²⁷ Sverige är sedan 1978 bunden

¹⁷ Melander, 1993, s. 379.

¹⁸ Morsink, 1999, s. 190.

¹⁹ Melander, 1993, s. 380.

²⁰ Isacsson, 1999, s. 514-515.

²¹ The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Se Ssenyonjo, 2009, s. 26.

²² United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3.

²³ S2006/1910/SK, s. 3.

²⁴ Craven, 1998, s. 232 som i sin tur hänvisar till Payro (ILO), A/C.3/SR.714, at 164, para. 15 (1956) och Brena (Uruguay), A/C.3/SR.716, at 177, para. 29 (1956).

²⁵ Craven, 1998, s. 246.

²⁶ Källström och Malmberg, 2013, s. 62.

²⁷ C132 – Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132). Konventionen intar ställning av tillfällig status vilket innebär att den inte är uppdaterad men förblir relevant i

av konventionen.²⁸ Konventioner från ILO kan inte åberopas i Sverige vid tvist mellan enskilda men de slutsatser som ILO:s övervakningsorgan kommer fram till tas i beaktande i lagstiftningssammanhang.²⁹

Bestämmelserna i konventionen ska enligt artikel 1 garanteras genom lagstiftning, kollektivavtal eller domstolspraxis. Enligt artikel 2 i konventionen omfattas alla arbetstagare med undantag för de som arbetar inom sjöfart. I artikel 3.1 fastslås att ”Every person to whom this Convention applies shall be entitled to an annual paid holiday of a specified minimum length”. Enligt punkt 3 i artikeln får semestern under ett års arbete inte vara kortare än tre veckor. Har anställningen pågått kortare tid än ett år ska arbetstagaren enligt artikel 4.1. erhålla det antal semesterdagar som står i proportion till hur lång tid personen har arbetat. Enligt artikel 5.1 får en kvalifikationstid för intjänandet av semester maximalt uppgå till sex månader. Punkt 4 i artikeln stadgar, att tid då arbetstagaren varit frånvarande från arbetet på grund av sjukdom eller skada ska tillgodoräknas som arbetstid. I samband med semestern ska arbetstagaren enligt artikel 7, få ut ersättning motsvarande minst sin normala eller genomsnittliga lön. Blir arbetstagaren sjuk under sin semester föreskriver artikel 6.2 att sådana sjukdagar inte ska räknas som semester. Semestern ska då förlängas med det antal dagar som personen varit sjuk.³⁰ Enligt artikel 9 får intjänad semester inte tas ut senare än 18 månader efter slutet på det år som semestern intjänats.

2.4 Europarådets sociala stadga

Europarådets sociala stadga³¹ antogs 1961 som ett komplement till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Den sociala stadgan berör ekonomiska och sociala rättigheter och dess materiella rättigheter har vidareutvecklats i Europarådets reviderade sociala stadga från 1996. Båda stadgorna är gällande. De materiella rättigheterna i stadgan från 1961 ska ersättas med dem i stadgan från 1996 allt eftersom medlemmarna till den ursprungliga stadgan antagit den nya.³² Sverige har ratificerat båda stadgorna och är därför bunden av de artiklar i stadgan från 1996 som Sverige har åtagit sig att följa.³³ I Sverige kan inte stadgan åberopas direkt av enskilda i domstol. De slutsatser som stadgans övervakningsorgan kommer fram till tas dock i beaktande i lagstiftningssammanhang.³⁴ I ingressen till EU-fördraget och i artikel 151 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF)

vissa avseenden, Working Party on Policy regarding the revision of standards (Cartier Working Party), june 2002, s. 30 och 34. Av samma sidor framgår att Holidays with Pay Convention nr 52 och Holidays with Pay (Agriculture) nr 101 är inaktuella.

²⁸ Ratifications of C132 – Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132).

²⁹ Källström och Malmberg, 2013, s. 62.

³⁰ Blanpain, 2000, s. 364.

³¹ The European Social Charter.

³² Harris och Darcy, 2001, s. 1-2.

³³ Council of Europe, *Sweden and the European Social Charter*.

³⁴ Källström och Malmberg, 2013, s. 62.

betonas vikten av att de rättigheter som fastslås i Europarådets sociala stadga även ska respekteras inom EU.

Rätten till skäliga arbetsvillkor följer av artikel 2 och ålägger medlemstaterna att enligt stadgan från 1996, punkt 3: ”provide for a minimum of four weeks’ annual holiday with pay.” Detta innebär att semestern inte får utges i ekonomisk ersättning istället för lediga dagar.³⁵ När anställningen avslutas får däremot de dagar som inte tagits ut ersättas med pengar.³⁶ Dessutom är det tillåtet att reducera antalet semesterdagar arbetstagaren får ta ut första året av anställningen i förhållande till hur många dagar han arbetat.³⁷ Om arbetstagaren blir sjuk under sin semester ska han ha rätt att ta ut den förlorade semestern vid ett senare tillfälle.³⁸ Rätten till fyra veckors årlig betald semester behöver inte vara stadgad i lag utan det räcker att rättigheten är garanterad i kollektivavtal.³⁹ I sådana fall måste minst 80 % av arbetstagarna omfattas.⁴⁰

2.5 EU

2.5.1 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter

Gemenskapsstadgan⁴¹ från 1989 är enbart en högtidlig deklARATION och är inte juridiskt bindande.⁴² Stadgan ska istället ses som en politisk viljeförklaring med moraliska förpliktelser.⁴³ De sociala rättigheter som räknas upp i gemenskapsstadgan baseras enligt ingressen på konventioner från ILO och Europarådets sociala stadga. I ingressen till EU-fördraget bekräftas den vikt som EU fäster vid 1989 års gemenskapsstadga. Även de mål som unionen och medlemsländerna uppställer inom socialpolitiken, exempelvis förbättrade anställningsvillkor, ska enligt artikel 151 FEUF uppnås under beaktande av de rättigheter som följer av gemenskapsstadgan.

I artikel 8 i gemenskapsstadgan sägs att ”Every worker of the European Community shall have a right to a weekly rest period and to annual paid leave, the duration of which must be harmonised in accordance with national practices while the improvement is being maintained”. “National practices” inkluderar både lagstiftning och kollektivavtal.⁴⁴

³⁵ Conclusion XIV-2, Malta, 1998-11-30.

³⁶ Conclusion V, Austria, 1977-12-31.

³⁷ Conclusion VII, Ireland, 1981-12-31.

³⁸ Conclusion XIV-2, Norway, 1998-11-30. Se Harry och Darcy, 2001, s. 63-64 och SOU 2008:95 s. 252-253.

³⁹ Artikel 33 i Europarådets sociala stadga från 1961 och artikel B i den reviderade stadgan från 1996.

⁴⁰ Gomien, Harris och Zwaak, 1996, s. 385.

⁴¹ Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers.

⁴² Blanpain, 2012, s. 214.

⁴³ Nyström, 2011, s. 77.

⁴⁴ Bercusson, 1990, s. 632-633.

2.5.2 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

År 2000 antog EU Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.⁴⁵ Först genom Lissabonfördraget som trädde i kraft 2009 fick EU-stadgan enligt artikel 6.1 i EU-fördraget samma rättsliga värde som fördragen och blev därmed bindande.⁴⁶ Att EU-stadgan är bindande innebär att EU:s och medlemsländernas lagstiftning ska tolkas mot bakgrund av EU-stadgan och att lagstiftning som strider mot stadgan kan åsidosättas både av EU-domstolen och av de nationella domstolarna. Dessutom är EU-stadgan källa för utvecklandet av nya allmänna rättsprinciper inom EU.⁴⁷ Som medlem i EU omfattar detta även svensk rättstillämpning.

Bestämmelserna i EU-stadgan riktar sig enligt dess artikel 51.1 till unionens institutioner och organ samt till medlemsländerna när dessa tillämpar unionsrätten. Detta innebär att medlemsländerna exempelvis ska respektera rättigheterna i stadgan vid implementeringen av EU-direktiv.⁴⁸ Artikel 52 i EU-stadgan handlar om de garanterade rättigheternas räckvidd. I punkt 5 görs en skillnad mellan rättigheter och principer. De rättigheter i EU-stadgan som enbart är att betrakta som principer kan inte ha direkt effekt när tillämpningsföreskrifter saknas, dvs. enskilda kan inte lägga rättigheterna till grund för en talan i domstol. Däremot måste domstolarna ta de rättigheter, som är att betrakta som principer, i beaktande vid tolkningen av unionslagstiftningen och den nationella lagstiftning som berör EU-rätten.⁴⁹

Kapitel 4 i EU-stadgan omfattar de ekonomiska och sociala rättigheter som garanteras i stadgan.⁵⁰ Artikel 31 handlar om rättvisa arbetsförhållanden och i andra punkten sägs att ”Every worker has the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rest periods and to an annual period of paid leave”. Denna rättighet bygger på det tidigare arbetstidsdirektivet, direktiv 93/104/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden, artikel 2 i Europarådets sociala stadga och artikel 8 i gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter.⁵¹

För att rätten till årlig betald semester i artikel 31.2 ska vara direkt tillämplig mellan enskilda krävs att artikeln i enlighet med artikel 52.5 är att betrakta som en rättighet. Enligt generaladvokaten i *Dominguez* är rätten till årlig betald semester utformad som en grundläggande rättighet eftersom den uttryckligen ger varje arbetstagare rätt till årlig betald semester.⁵² Redan

⁴⁵ European Charter of Fundamental Rights.

⁴⁶ Nyström, 2011, s. 90.

⁴⁷ Lenaerts, 2012, s. 376.

⁴⁸ Se OJ C 303/17, 14.12.2007, s. 32 och Lenaerts, 2012, s. 376-387.

⁴⁹ Hettne och Otken Eriksson, 2011, s. 145. Se OJ C 303/17, 14.12.2007, s. 35 och Lenaerts, 2012, s. 399-401.

⁵⁰ Nyström, 2011, s. 88.

⁵¹ OJ C 303/17, 14.12.2007, s. 26.

⁵² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 76. Se t.ex. artikel 25 och 26 i EU-stadgan där det står att ”unionen erkänner och respekterar rätten”. Dessa artiklar utgör principer, OJ C 303/17, 14.12.2007, s. 35.

innan stadgan blev juridiskt bindande tog generaladvokaten i *BECTU* hänsyn till de tidigare rättsakter som fastslagit rätten till årlig betald semester och konstaterade att ”stadgan innebär den mest kvalificerade och definitiva bekräftelsen av att rätten till årlig betald semester utgör en grundläggande rättighet”.⁵³ Dessutom kräver artikel 31.2 inte att några tillämpningsföreskrifter antas och kan därför inte, enligt generaladvokaten i *Dominguez*, anses vara en princip enligt artikel 52.5.⁵⁴ Enligt detta resonemang har artikel 31.2 i EU-stadgan direkt verkan i vertikala förhållanden, dvs. mellan enskild och stat eller mellan enskild och EU:s organ.⁵⁵ Däremot skapar artikel 31.2 inte skyldigheter gentemot enskilda eftersom artikel 51.1 i EU-stadgan, enligt generaladvokaten, uttryckligen riktar sig till unionens institutioner och organ samt till medlemsländerna när dessa tillämpar unionsrätten.⁵⁶ Enligt generaladvokaten i *Dominguez* kan en nationell domstol därför inte, i en tvist mellan enskilda, grunda sig på artikel 31.2 för att underlåta att tillämpa nationell lagstiftning som står i strid med unionsrätten.⁵⁷

EU-domstolen nämner inte EU-stadgan i den slutliga domen i *Dominguez*⁵⁸ och tar därmed inte ställning till huruvida artikel 31.2 utgör en rättighet eller en princip enligt artikel 52.5 i EU-stadgan.⁵⁹ I och med det berör domstolen inte heller möjligheten att EU-stadgan kan åberopas direkt mellan enskilda. EU-domstolen har dock tidigare fastslagit att även enskilda kan bli bundna av grundläggande rättigheter.⁶⁰ EU-domstolen utesluter nämligen inte att rättigheter skapas för enskilda trots att bestämmelserna formellt är riktade till medlemsstaterna.⁶¹

2.5.3 Rätten till årlig betald semester som en allmän rättsprincip

Generaladvokaten i *Dominguez* framför ett förslag om att rätten till årlig betald semester kan anses utgöra en allmän rättsprincip inom EU.⁶²

⁵³ Generaladvokat Tizzanos förslag till avgörande av den 8 februari 2001 i mål C-173/99 *The Queen mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, REG 2001 I-4881, punkt 28.

⁵⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10, punkt 77-78. Se Pech, 2012, s. 1880, som gör samma bedömning.

⁵⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 81.

⁵⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 83. Se dock Pech, 2012, s. 1869 och 1872-1873 som ifrågasätter om artikel 51.1 verkligen ska tolkas så att EU-stadgan inte ålägger enskilda några rättigheter.

⁵⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 88. Se dock Bercusson, 2009, s. 207 som utan argument fastslår att EU-stadgans artiklar kan ha horisontell direkt effekt.

⁵⁸ EU-domstolens dom av den 24 januari 2012 i mål C-282/10 *Maribel Dominguez* mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique och Préfet de la région Centre.

⁵⁹ Se Pech, 2012, s. 1858.

⁶⁰ Dausés, 2010, s. 46 och 96.

⁶¹ EU-domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 149/77 *Gabrielle Defrenne* mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, REG 1978 I-1365, punkt 31 och 40.

⁶² Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 90.

Av den komparativrättsliga studie generaladvokaten genomför framgår att rätten till regelbunden vila utgör en central del i flera av medlemsländernas rättsordningar.⁶³ Rätten till årlig betald semester omfattar alla arbetstagare och har därmed en allmän giltighet och uppvisar dessutom ett visst minimum av precision vilket utgör ett krav för att erkännas som en allmän rättsprincip.⁶⁴ Dessutom fastslås rätten i EU-stadgan och i flera andra internationella rättsakter.⁶⁵ Sammanfattningsvis anser generaladvokaten i *Dominguez* att rätten till årlig betald semester kan anses utgöra en allmän rättsprincip i unionens rättsordning.⁶⁶ EU-domstolen har i sin tur enbart uttalat att rätten till årlig betald semester är en princip av särskild betydelse i unionens sociala regelverk.⁶⁷ Detta utan att klargöra vad betydelsen av en sådan princip innebär. Eftersom EU-domstolen i den slutliga domen i *Dominguez* inte tog upp frågan till prövning kan det tyda på att domstolen med vilje avsåg att inte upphöja rätten till årlig betald semester till en allmän rättsprincip.⁶⁸

Om rätten till årlig betald semester trots allt utgör en allmän rättsprincip måste det fastställas om denna kan vara direkt tillämplig. EU-domstolen har i tidigare praxis fastslagit att allmänna rättsprinciper kan åberopas av enskilda gentemot staten men har inte tagit ställning till om allmänna rättsprinciper dessutom kan tillämpas direkt mellan enskilda.⁶⁹ Eftersom artikel 31.2, enligt generaladvokatens resonemang i *Dominguez*, inte är direkt tillämplig mellan enskilda kan motsättningar uppkomma om en allmän rättsprincip med motsvarande innehåll anses ha sådan verkan. Istället ska det ske en harmonisk tolkning av de grundläggande rättigheter som följer av EU-stadgan och de allmänna rättsprinciperna vilket utesluter att de har olika tillämpningsområde. Skulle emellertid de allmänna rättsprinciperna vidareutvecklas och ge ett bättre skydd än de rättigheter som följer av EU-stadgan kan utgången möjligtvis bli en annan.⁷⁰ För att rätten till årlig betald semester i sådana fall, så som en allmän rättsprincip, ska kunna åberopas direkt i nationell domstol mellan enskilda, krävs att principen tillerkänner subjektiva rättigheter.⁷¹ Den allmänna rättsprincipen måste även vara ovillkorlig och tillräcklig precis.⁷² För att den allmänna rättsprincipen ska nå upp till detta krav krävs att EU-domstolen genom tolkning fastställer dess materiella innehåll vilket skulle innebära att domstolen utövar befogenheter som egentligen tillkommer unionslagstiftaren. Därmed kan rätten till årlig betald semester, enligt

⁶³ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 111.

⁶⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 112-113. Se Tridimas, 2006, s. 1 och 26.

⁶⁵ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 102 och 104.

⁶⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 114.

⁶⁷ Mål C 282/10 *Dominguez* punkt 16.

⁶⁸ de Mol, 2012, s. 295.

⁶⁹ Se t.ex. EU-domstolens dom av den 13 februari 1985 i mål 293/83 *Françoise Gravier* mot *Ville de Liège*, REG 1985 I-593. Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 116.

⁷⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 129-131. Se Barnard, 2012, s. 30.

⁷¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 134.

⁷² Se Melin och Nergelius, 2012, s. 38-39.

generaladvokaten i *Dominguez*, inte heller så som en allmän rättsprincip tillämpas direkt mellan enskilda.⁷³

I målet *Küçükdeveci*⁷⁴ konstaterade EU-domstolen att den allmänna rättsprincipen om förbud mot diskriminering på grund av ålder så som den kom till uttryck i direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet, kan åberopas direkt mellan enskilda i nationell domstol.⁷⁵ Det är alltså inte direktivet i sig som har direkt effekt mellan enskilda, utan den allmänna rättsprincipen om förbud mot diskriminering på grund av ålder så som den kommer till uttryck i direktivet.⁷⁶

Generaladvokaten i *Dominguez* för en diskussion om ett liknande synsätt är tillämpligt på rätten till årlig betald semester dvs. om skyddsområdet för den allmänna rättsprincipen till stora delar överensstämmer med rätten till årlig betald semester i arbetstidsdirektivet, som därmed kan anses ge uttryck för den allmänna rättsprincipen.⁷⁷ Generaladvokaten drar slutsatsen att detta inte är rimligt eftersom det skulle kunna leda till att rättskällor sammanblandas.⁷⁸ Dessutom skulle det leda till bristande rättssäkerhet för enskilda och kan anses stå i strid med tillämpningen av artikel 31.2 i EU-stadgan som enligt artikel 51.1 enbart vänder sig till unionens organ och medlemsländerna när dessa tillämpar unionsrätten.⁷⁹ EU-domstolen nämner emellertid inte ens tillämpningen av den rättspraxis som har utvecklats i *Küçükdeveci* i den slutliga domen i *Dominguez*.⁸⁰

2.6 Sammanfattning

Rätten till årlig betald semester fastslås i flera internationella rättsakter och räknas till arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter. Artikel 24 i FN:s förklaring om mänskliga rättigheter är inte juridiskt bindande men har ändå stor betydelse för arbetsrätten. Artikel 7 d i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter är å andra sidan bindande liksom ILO:s konvention nr 132 om semester och artikel 2.3 i Europarådets sociala stadga.

Inom EU kommer rätten till årlig betald semester till uttryck i artikel 8 i gemenskapsstadgan från 1989 som utgör en högtidlig deklARATION. Inom EU fastslås även rätten till årlig betald semester i artikel 31.2 i EU-stadgan. Stadgan är juridiskt bindande men är relativt ny och dess betydelse därmed oklar. Enligt generaladvokaten i *Dominguez* kan artikel 31.2 ha direkt verkan i förhållande mellan stat och enskild men inte åberopas i tvist mellan

⁷³ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 137 och 141-142.

⁷⁴ EU-domstolens dom av den 19 januari 2010 i mål C-555/07 Seda *Küçükdeveci* mot Swedex GmbH & Co. KG, REG 2010 I-365.

⁷⁵ Mål C-555/07 *Küçükdeveci* punkt 53.

⁷⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 146.

⁷⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 155.

⁷⁸ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 152, 154 och 157.

⁷⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Dominguez* C-282/10 punkt 164 och 168-169.

Se Spaventa, 2011, s. 216-218.

⁸⁰ Se de Mol, 2012, s. 280-303.

enskilda. Generaladvokaten i *Dominguez* menar även att rätten till årlig betald semester utgör en allmän rättsprincip inom EU. Som sådan kan den vara direkt tillämplig i vertikala förhållanden men anses enligt generaladvokaten inte kunna tillämpas direkt mellan enskilda. Enligt generaladvokaten kan enskilda inte heller tillämpa den rättspraxis som har utvecklats i EU-domstolens dom i *Küçükdeveci* eftersom det skulle innebära en risk för sammanblandning av rättskällor och bristande rättssäkerhet för den enskilde. Dessutom skulle det strida mot generaladvokatens tillämpning av artikel 31.2 i EU-stadgan. EU-domstolen har emellertid inte tagit ställning till tillämpningsområdet för artikel 31.2 och om rätten till årlig betald semester kan anses utgöra en allmän rättsprincip inom EU. Istället konstaterar domstolen att rätten till årlig betald semester är en princip av särskild betydelse i unionens sociala regelverk.

Trots att Sverige är bunden av de internationella rättsakterna kan de inte åberopas direkt inför svensk domstol. Istället är det domstolens uppgift att tolka svensk lag i överensstämmelse med konventionerna vilka även ska tas i beaktande i lagstiftningssammanhang. Vad EU-stadgan har för betydelse i detta avseende är emellertid oklart.

3 Sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester enligt EU-rätten

3.1 Inledning

Rätten till årlig betald semester kommer, utöver de internationella rättsakterna från FN, ILO, Europarådet och EU, till uttryck i artikel 7 i EU:s arbetstidsdirektiv som fastslår att arbetstagare har rätt till fyra veckors årlig betald semester. Denna artikel har gett upphov till en omfattande rättspraxis från EU-domstolen. I flera av dessa domar berör EU-domstolen rättsfrågor som antingen direkt, eller indirekt, är hänförliga till sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester.

EU-domstolen prövade sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester första gången i sin stora avdelning i *Schultz-Hoff*⁸¹ där dom meddelades i januari 2009. Denna dom följdes av EU-domstolens avgörande i *Vicente Pereda*⁸² i september samma år. Därefter kom sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester åter upp till prövning i november 2011 i *KHS AG*⁸³. Under 2012 tolkade EU-domstolen artikel 7 i arbetstidsdirektivet i en rad olika domar med början i *Dominguez* i januari, *Neidel*⁸⁴ i maj och *ANGED*⁸⁵ i juni. Det senaste avgörandet inom området kom i februari 2013 i *Maestre*⁸⁶. Utöver dessa förhandsavgöranden finns det domar från EU-domstolen som utvecklar rättspraxisen kring rätten till årlig betald semester på ett sätt som indirekt kan påverka sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Här intar framförallt EU-domstolens dom i *BECTU*⁸⁷ från 2001 en central roll.

⁸¹ EU-domstolens dom av den 20 januari 2009 i mål C-350/06 och C-520/06 Gerhard *Schultz-Hoff* mot Deutsche Rentenversicherung Bund och Stringer m.fl. mot Her Majesty's Revenue and Customs, REG 2009 I-179.

⁸² EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-277/08 Francisco *Vicente Pereda* mot Madrid Movilidad SA, REG 2009 I-8405.

⁸³ EU-domstolens dom av den 22 november 2011 i mål C-214/10 *KHS AG* mot Winfried Schulte.

⁸⁴ EU-domstolens dom av den 3 maj 2012 i mål C-337/10 Georg *Neidel* mot Stadt Frankfurt am Main.

⁸⁵ EU-domstolens dom av den 21 juni 2012 i mål C-78/11 Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (*ANGED*) mot Federación de Asociaciones Sindicales (*FASGA*) m.fl.

⁸⁶ EU-domstolens beslut av den 21 februari 2013 i mål C-194/12 Concepción *Maestre* García mot Centros Comerciales Carrefour SA.

⁸⁷ EU-domstolens dom av den 26 juni 2001 i mål C-173/99 The Queen mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (*BECTU*), REG 2001 I-4881.

Medlemsländernas möjlighet att uppställa hinder för intjänandet av semester i form av krav på en viss anställningstid eller faktiskt arbetat tid utgör en omständighet som indirekt kan komma att påverka en sjuk arbetstagare. En grundläggande fråga för just sjukfrånvarande arbetstagare är emellertid om en arbetstagare, under sin sjukfrånvaro, fortsätter att tjäna in rätt till årlig betald semester. Detsamma gäller om en arbetstagare har rätt att ta ut semester under sin sjukfrånvaro. Utöver dessa rättsfrågor berör EU-domstolen flera frågor hänförliga till överföring av semester som pga. sjukdom inte har kunnat tas ut och ersättning för sådan semester. Dessutom redogör domstolen för vilka rättigheter en arbetstagare har när sjukdomstillstånd inträffar under en semesterledighet liksom vilka villkor medlemsländerna kan ställa upp för de semesterdagar i nationell rätt som överskrider minimikravet på fyra veckors årlig betald semester.

3.2 Arbetstidsdirektivet och rätten till årlig betald semester

I handlingsprogrammet för genomförandet av 1989 års gemenskapsstadga konstaterade kommissionen att det fanns stora skillnader mellan medlemsländernas lagstiftning och kollektiva överenskommelser om arbetstid.⁸⁸ För att minska denna skillnad och därmed minska risken för social dumpning i länder med förmånligare arbetsvillkor föreslog kommissionen att ett direktiv, innehållande minimikrav om arbetstid, borde införas.⁸⁹ Artikel 118 a i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen⁹⁰ gav unionen behörighet att med kvalificerad majoritet anta direktiv med minimikrav för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet.⁹¹ Med stöd av denna bestämmelse antogs rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden, arbetstidsdirektivet.⁹² Direktivet antogs som ett dotterdirektiv till ramdirektivet 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet.⁹³ Senare infördes direktiv 2000/34/EG⁹⁴ som ett komplement till arbetstidsdirektivet för att inkludera sektorer och verksamheter som tidigare fallit utanför arbetstidsdirektivets tillämpningsområde. Direktiven 93/104/EG och 2000/34/EG har sedan ersatts av direktiv 2003/88/EG som inte har medfört några ändringar i sak.⁹⁵

⁸⁸ Sedan tidigare fanns en rekommendation om fyra veckors betald semester från 1975, OJ L 199, 30.06.1975. Se Blanpain, 2012, s. 668.

⁸⁹ COM (89) 568 final, s. 18-19. Bercusson, 2009, s. 125.

⁹⁰ Numera artikel 153 FEUF.

⁹¹ Tidigare artikel 189 c i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen, numera artikel 294 FEUF.

⁹² OJ C 254, 9.10.1990, s. 4.

⁹³ Se Bercusson, 2009, s. 58-60.

⁹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/34/EG av den 22 juni 2000 om ändring av rådets direktiv 93/104/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden för att täcka sektorer och verksamheter som inte omfattas av det direktivet.

⁹⁵ Prop. 2003/04:180 s. 13.

Enligt artikel 1.3 i arbetstidsdirektivet som hänvisar till artikel 2 i ramdirektivet är arbetstidsdirektivet tillämpligt på all verksamhet, både offentlig och privat. Undantag görs dock i artikel 2.2 i ramdirektivet ”för sådana offentliga verksamheter, där det inte kan undvikas att förhållanden som är speciella för dessa verksamheter kommer i konflikt med direktivet, exempelvis försvaret eller polisen eller viss specifik verksamhet inom civilförsvaret”. De verksamheter som undantas från ramdirektivets tillämpningsområde är därmed inte heller arbetstidsdirektivet tillämplig på.⁹⁶ Undantagen i artikel 2.2 har enbart tillkommit i syfte att garantera att de tjänster som är nödvändiga för skyddet av säkerhet, hälsa och allmän ordning ska bestå under förhållanden som är av oerhört allvarlig och omfattande art och där det inte är möjligt att planera arbetstiderna på ett sådant sätt som arbetstidsdirektivet kräver. Undantaget omfattar därför t.ex. naturkatastrofer, attentat eller större och allvarliga olyckor.⁹⁷ Tillämpningsområdet för direktiv 89/391/EEG ska förstås i vid bemärkelse och undantagen i artikel 2.2 tolkas restriktivt.⁹⁸

Vissa verksamheter är uttryckligen undantagna från arbetstidsdirektivets tillämpningsområde. Enligt artikel 1.3 2 st. i arbetstidsdirektivet ska direktivets bestämmelser inte tillämpas på sjömän.⁹⁹ Dessutom ska arbetstidsdirektivet, enligt artikel 14, inte tillämpas när andra instrument från gemenskapen innehåller mer detaljerade bestämmelser för vissa yrken.¹⁰⁰ Direktiv från EU riktar sig till EU:s medlemsstater och inte till EU:s institutioner. Av denna anledning är arbetstidsdirektivet och därtill hörande rättspraxis inte heller tillämplig i relationen mellan institutionerna och deras anställda.¹⁰¹ Arbetstidsdirektivet gör emellertid inte någon skillnad på tillsvidareanställda och visstidsanställda och omfattar även säsonganställda.¹⁰² Detsamma gäller deltidsanställda.¹⁰³

⁹⁶ Skäl 3 och artikel 1.3 i arbetstidsdirektivet.

⁹⁷ EU-domstolens beslut av den 7 april 2011 i mål C-519/09 *Dieter May* mot AOK Rheinland/Hamburg, REG 2011 I-2761, punkt 19. EU-domstolens beslut av den 14 juli 2005 i mål C-52/04 *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* mot Leiter der Feuerwehr Hamburg, REG 2005 I-7111 punkt 54.

⁹⁸ EU-domstolens dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01 till C-403/01 *Bernhard Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, REG 2004 I-8835 punkt 52.

⁹⁹ Sjömän omfattas istället av Rådets direktiv 2009/13/EG av den 16 februari 2009 om genomförande av det avtal som ingåtts av European Community Shipowners' Associations (ECSA) och European Transport Workers' Federation (ETF) om 2006 års konvention om arbete till sjöss och om ändring av direktiv 1999/63/EG.

¹⁰⁰ T.ex. Rådets direktiv 2000/79/EG av den 27 november 2000 om genomförande av det europeiska avtal om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget som har ingåtts mellan Association of European Airlines (AEA), Europeiska transportarbetarfederationen (ETF), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) och International Air Carrier Association (IACA) (Text av betydelse för EES). Se generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande av den 16 juni 2011 i mål C-155/10 *Williams m.fl. mot British Airways plc.*, punkt 33.

¹⁰¹ Tribunalens dom av den 8 november 2012 i mål T-268/11 Europeiska kommissionen mot Guido *Strack*, punkt 40-45.

¹⁰² Mål C-173/99 *BECTU* punkt 46. EU-domstolens dom av den 14 oktober 2010 i mål C-428/09 *Union syndicale Solidaires Isère* mot Premier ministre m.fl., REG 2010 I-9961 punkt 32.

Arbetstidsdirektivet föreskriver minimikrav på säkerhet och hälsa vid förläggningen av arbetstiden och är enligt första artikeln bl.a. tillämplig på minimitider för årlig semester. I preamblen till direktivet sägs att hänsyn bör tas till ILO:s principer när det gäller arbetstidens förläggning.¹⁰⁴ Rätten till årlig betald semester lyder enligt artikel 7 i arbetstidsdirektivet¹⁰⁵:

”1. Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som behövs för att se till att varje arbetstagare får en årlig betald semester om minst fyra veckor i enlighet med vad som föreskrivs genom nationell lagstiftning eller praxis angående rätten till och beviljandet av en sådan semester.

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

Eftersom arbetstidsdirektivet utgör ett minimidirektiv påverkar det enligt artikel 15 inte medlemsländernas möjlighet att införa förmånligare bestämmelser som bättre skyddar arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Direktivet tillåter däremot inte att det görs undantag från artikel 7, varken genom lagstiftning eller i kollektivavtal.¹⁰⁶ EU-domstolen har konstaterat att det inte är tillräckligt att de minimikrav som föreskrivs i arbetstidsdirektivet införlivas i nationell rätt genom kollektivavtal som enbart täcker en del av arbetsmarknaden. Det krävs däremot inte att minimikraven antas i en med direktivet överensstämmande specifik lagregel. Nationell rätt måste emellertid fastställa en allmän rättslig ram som garanterar att direktivets krav blir tillämpligt på alla enskilda.¹⁰⁷ Artikel 7 och dess hänvisning till ”lagstiftning eller praxis” inkluderar kollektivavtal men avser enbart tillämpningsföreskrifter och omfattar inte själva rätten till fyra veckors årlig betald semester.¹⁰⁸

Rätten till semester och rätten att få betalt för denna är två delar av samma rättighet vilket innebär att det inte är i överensstämmelse med artikel 7 att enbart ge en arbetstagare rätt till ledighet men inte till betalning under denna ledighet.¹⁰⁹ Att arbetstagaren ska få betald semester innebär ett krav på att

¹⁰³ Nationell rätt får däremot föreskriva att deltidsanställda får rätt till årlig betald semester enligt pro rata temporis-principen. Detta innebär att de beviljas semester i förhållande till hur många dagar de arbetat vilket kan leda till en minskning av antalet semesterdagar per år jämfört med de som arbetar heltid, EU-domstolens dom av den 22 april 2010 i mål C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols mot Land Tirol, REG 2010 I-3527 punkt 33.

¹⁰⁴ Skäl 6 i arbetstidsdirektivet.

¹⁰⁵ När jag nedan nämner arbetstidsdirektivet och artikel 7 åsyftar jag det för varje tid gällande direktivet.

¹⁰⁶ Se artikel 17 och 18 i arbetstidsdirektivet som inte nämner artikel 7.

¹⁰⁷ EU-domstolens dom av den 26 maj 2005 i mål C-287/04 Kommissionen mot Sverige, punkt 6-7.

¹⁰⁸ Mål C-173/99 *BECTU* punkt 53. Bogg, 2006, s. 899.

¹⁰⁹ EU-domstolens dom av den 16 mars 2006 mål C-131/04 och C-257/04 C. D. *Robinson-Steele* mot R. D. *Retail Services Ltd*, *Michael Jason Clarke* mot *Frank Staddon Ltd* och *J.*

arbetstagaren under sin semester lönemässigt ska befinna sig i en motsvarande situation som under de perioder då arbete faktiskt utförs. Den lön som ska betalas ut för den årliga semestern ska beräknas på ett sådant sätt att den stämmer överens med arbetstagarens genomsnittliga lön.¹¹⁰ Beräkningen ska därför ske ”på grundval av ett medelvärde under en representativ referensperiod”.¹¹¹

Av EU-domstolens dom i *Dominguez* framgår att artikel 7 i arbetstidsdirektivet har direkt effekt i vertikala förhållanden.¹¹² Även om medlemslandet inte har införlivat direktivet i rätt tid eller på ett korrekt sätt kan artikeln således åberopas av en enskild gentemot staten vid en tvist i nationell domstol. Den nationella domstolen ska då underlåta att tillämpa de nationella regler som strider mot artikel 7 i direktivet. Detta gäller oavsett om staten agerar i egenskap av arbetsgivare eller myndighet. Kravet på att innehållet i artikeln ska framstå som ovillkorligt och tillräckligt precis är enligt domstolen uppfyllt. Medlemsländerna åläggs en skyldighet som ska leda till ett preciserat resultat och som inte är förenat med något villkor för tillämpningen av regeln. Trots att artikeln uppfyller kraven enligt ovan fastslår EU-domstolen att artikel 7 inte har direkt effekt i horisontella förhållanden och därmed inte kan tillämpas inom ramen för en tvist som enbart berör enskilda. Går det inte att utföra en direktivkonform tolkning¹¹³ i ett sådant fall får den som lidit skada istället åberopa domen i *Francovich m.fl.*¹¹⁴ för att erhålla ersättning från staten.¹¹⁵

Ända sedan arbetstidsdirektivet antogs med kvalificerad majoritet i början på 90-talet har direktivet varit utsatt för kritik.¹¹⁶ Särskilt Storbritannien har ifrågasatt EU:s kompetens att anta bestämmelser om semester och arbetstider.¹¹⁷ Trots att EU-domstolen i ett flertal fall har tolkat artikel 7 utgör rätten till årlig betald semester fortfarande ett område inom EU-rätten som genererar nya tolkningsavgöranden.¹¹⁸ Arbetstidsdirektivet och tillhörande praxis från EU-domstolen är dock i flera fall fortfarande

C. Caulfield m.fl. mot Hanson Clay Products Ltd, REG 2006 I-2531 punkt 58. Ericson och Eriksson, 2010, s. 17. SOU 2008:95 s. 235.

¹¹⁰ Mål C-131/04 och C-257/04 *Robinson-Steele* punkt 58. EU-domstolens dom av den 15 september 2011 i mål C-155/10 *Williams m.fl.* mot British Airways plc., punkt 20-21.

¹¹¹ Mål C-155/10 *Williams m.fl.* punkt 26.

¹¹² Redan av EU-domstolens dom i BECTU drog Giancarlo Ricci denna slutsats, 2001 s. 406.

¹¹³ Nationella domstolar har en skyldighet att tolka nationell rätt i överensstämmelse med EU-direktiv med vissa begränsningar, se mål C-282/10 *Dominguez* punkt 24-25.

¹¹⁴ EU-domstolens dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Andrea Francovich* och *Danila Bonifaci m.fl.* mot Italienska republiken, REG 1991 I-5357. Se Nyström, 2011, s. 70-72.

¹¹⁵ Mål C-282/10 *Dominguez* punkt 32-44.

¹¹⁶ Se Davies, 2012, s. 200-202 och Barnard, 2012, s. 534.

¹¹⁷ EU-domstolens dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94 *Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland* mot Europeiska unionens råd, REG 1996 I-5755.

¹¹⁸ Se t.ex. begäran om förhandsavgörande den 26 november 2012 i mål C-539/12 framställd av Employment Tribunal (Förenade kungariket), *ZJR Lock* mot *British Gas Trading Limited m.fl.*

kontroversiellt.¹¹⁹ Kommissionen arbetar därför för att försöka få igenom ett nytt direktiv och begärde 2010 in synpunkter från arbetsmarknadsparterna på EU-nivå i enlighet med artikel 154 FEUF.¹²⁰ Arbetsgivarorganisationerna anser bl.a. att arbetstidsreglerna är alltför stela och betonar vikten av att ändra den rättspraxis som rör rätten till årlig betald semester, särskilt så som denna har kommit att utvecklas för sjukfrånvarande arbetstagare.¹²¹ Processen har gått vidare och i november 2011 gick kommissionen ut med ett meddelande om att arbetsmarknadsparterna bestämt sig för att ingå förhandlingar för att genomföra en översyn av arbetstidsdirektivet.¹²²

3.3 Villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester

EU-domstolen har i ett par rättsfall tagit ställning till medlemsländernas möjlighet att uppställa hinder, i form av ett krav på en viss anställningstid eller ett antal faktiskt arbetade dagar, för uppkomsten av rätten till årlig betald semester. Att uppställa ett sådant krav kan indirekt påverka sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester i de fall arbetstagaren blir sjuk strax efter att anställningen påbörjats.

Brittisk lag föreskriver att alla arbetstagare har en rätt till fyra veckors betald semester varje år. Tidigare uppkom denna rätt inte förrän arbetstagaren varit anställd hos samma arbetsgivare 13 veckor i oavbruten följd. *BECTU*, en fackförening inom teater- och filmbranschen, menade att de flesta av deras medlemmar gick miste om rätten till fyra veckors årlig betald semester eftersom de ofta anställdes genom avtal med anställningstid som understeg 13 veckor.¹²³ Enligt EU-domstolen i *BECTU* från 2001, utgör ett krav på 13 veckors oavbruten anställning för att komma i åtnjutande av rätten till årlig betald semester, ett hinder för själva uppkomsten av rätten eftersom den som avslutar sin anställning inom 13 veckor inte får någon semester och inte heller någon ersättning när anställningen avslutas.¹²⁴ Det saknas möjlighet i arbetstidsdirektivet för medlemsstaterna att göra undantag från rätten till årlig betald semester och ett krav på 13 veckors anställningstid kan dessutom leda till missbruk eftersom en arbetsgivare kan välja att ingå korta anställningsavtal för att slippa bevilja årlig betald semester.¹²⁵

Begreppet ”i enlighet med vad som följer av nationell lagstiftning och/eller praxis angående rätten till och beviljandet av sådan semester” innebär att medlemsländerna får anta tillämpningsföreskrifter för årlig betald

¹¹⁹ Se Nyström, 2011, s. 340, Davies, 2012, s. 215-216 och Barnard, 2012, s. 558.

¹²⁰ KOM (2010) 106 slutlig.

¹²¹ SEC (2010) 1610 final, s. 12 och KOM (2010) 801 slutlig, s. 14.

¹²² European Commission, *Social partners agree to negotiate on EU Working Time rules*, 2011-11-15. För att följa arbetstidsdirektivets vidare omarbetning se European Commission, *Working Conditions – Working Time Directive*.

¹²³ Mål C- 173/99 *BECTU* punkt 20-27.

¹²⁴ För en utförlig beskrivning av domen se Ricci, 2001, s. 401-408 och Kenner, 2003, s. 177-178.

¹²⁵ Mål C- 173/99 *BECTU* punkt 48-52.

semester.¹²⁶ Detta omfattar exempelvis regler angående planeringen av semesterperioden, skyldighet för arbetstagaren att i förväg underrätta arbetsgivaren om den semesterperiod han eller hon vill ta ut och villkor för proportionell beräkning av rätten till årlig semester när anställningsförhållandet varat kortare tid än ett år.¹²⁷ Men medlemsländerna får inte uppställa några som helst villkor för själva uppkomsten av rätten till årlig betald semester och därmed inte heller utestänga en arbetstagare från rättigheten.¹²⁸

Att som Storbritannien, åberopa behovet av 13-veckorsregeln för att skydda små och medelstora företag från allt för stora kostnader, är enligt EU-domstolen irrelevant eftersom arbetstagarnas säkerhet och hälsa inte ska vara underkastad ekonomiska hänsyn. Dessutom befinner sig arbetstagare med korta anställningstider ofta i en utsatt situation jämfört med arbetstagare med längre anställningsavtal vilket gör det än viktigare att dessa skyddas.¹²⁹ Sammanfattningsvis är det enligt artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet inte tillåtet för ett medlemsland att anta nationella bestämmelser som föreskriver att arbetstagare inte börjar förvärva någon rätt till årlig betald semester förrän de har fullgjort en anställningstid hos samma arbetsgivare i minst 13 veckor.¹³⁰ Till följd av domen tvingades Storbritannien ändra regeln och har istället valt att införa ett system där arbetstagaren tjänar in semester proportionerligt till hur lång tid arbetstagaren arbetat under det första anställningsåret.¹³¹ Detta är i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet.¹³²

Samma resonemang som i *BECTU* följer EU-domstolens dom 2012 i *Dominguez*. Maribel Dominguez råkade ut för en olycka på vägen från bostaden till arbetsplatsen och blev därför sjukskriven från november 2005 till och med januari 2007. Rätten till årlig betald semester utgavs emellertid enligt fransk rätt enbart om arbetstagare kunnat styrka att denne varit anställd hos samma arbetsgivare under minst en månads faktiskt arbete, eller sedan reglerna ändrades, under minst tio dagar. Eftersom en arbetstagare som enligt fransk rätt varit sjukskriven under längre tid än 12 månader inte ansågs ha faktiskt arbetat uppkom inte rätten till semester förrän Maribel Dominguez åter varit i tjänst i tio dagar.¹³³ Mot bakgrund av samma argument som i *BECTU*, strider ett krav på att rätten till årlig betald semester endast utges under villkor att faktiskt arbete utförts hos samma arbetsgivare under en period om minst tio dagar under intjänandetiden, enligt EU-domstolen, mot artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet.¹³⁴ Även om nationell rätt får uppställa tillämpningsföreskrifter angående rätten till och beviljandet av årlig betald semester får medlemsländerna i enlighet

¹²⁶ Mål C-173/99 *BECTU* punkt 53.

¹²⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-173/99 *BECTU* punkt 34.

¹²⁸ Mål C-173/99 *BECTU* punkt 53 och 55.

¹²⁹ Mål C-173/99 *BECTU* punkt 57-59 och 63.

¹³⁰ Mål C-173/99 *BECTU* punkt 64.

¹³¹ Davies, 2012, s. 210.

¹³² KOM (2000) 787 slutlig s. 25.

¹³³ Mål 282/10 *Dominguez* punkt 7-14.

¹³⁴ Mål 282/10 *Dominguez* punkt 21.

med EU-domstolens dom i *BECTU* och *Dominguez* inte uppställa några som helst villkor för själva uppkomsten av rätten. I dessa fall i form av ett krav på en viss anställningstid och ett visst antal faktiskt arbetade dagar.

3.4 Intjänandet av semester för sjukfrånvarande arbetstagare

För en arbetstagare som är frånvarande från arbetet pga. sjukdom är det av vikt hur sådan frånvaro förhåller sig till intjänandet av semesterförmåner under sjukfrånvaron. Om rätten till årlig betald semester inte tjänas in när arbetstagaren är frånvarande kan detta nämligen leda till att arbetstagaren, när denne åter är i tjänst, inte har någon semester att ta ut.

I *Schultz-Hoff*¹³⁵ förenar EU-domstolen två olika begäranden om förhandsavgörande som härrör från en brittisk och en tysk domstol. Tvisten i Storbritannien berör två grupper av anställda. Sabba Khan, som tillhör den första gruppen, var sjukskriven under flera månader och ville under denna period ta ut semester. Till den andra gruppen hör flera arbetstagare som varit långtidssjukskrivna när de sades upp av sin arbetsgivare.¹³⁶ I den tyska tvisten var Gerhard Schultz-Hoff sjukskriven från september 2004 till september påföljande år varefter hans anställning avslutades. Under denna sjukfrånvaro tog han inte ut någon semester.¹³⁷ I *Schultz-Hoff* besvarade EU-domstolen flera rättsfrågor hänförliga till sjukfrånvarande arbetstagares rätt till semester. Den grundläggande frågeställningen var emellertid om arbetstagare, som är borta från arbetet på grund av sjukdom, under sjukfrånvaron fortsätter att tjäna in årlig betald semester.¹³⁸

Frågan om sjukfrånvarande arbetstagare har rätt till årlig betald semester rör själva uppkomsten av rättigheten, något som EU-domstolen redan i *BECTU* fastslog att medlemsländerna inte får uppställa villkor för.¹³⁹ Skulle en sjukfrånvarande arbetstagare inte få rätt till årlig betald semester skulle det innebära en inskränkning i arbetstidsdirektivets omfattning.¹⁴⁰ Eftersom rätten till årlig betald semester enligt EU-domstolen är en princip av särskild betydelse i unionens sociala regelverk får rätten inte heller tolkas restriktivt.¹⁴¹ I direktivet görs ingen åtskillnad mellan de arbetstagare som under beräkningsperioden är frånvarande från arbetet på grund av sjukledighet och de som verkligen har arbetat under perioden. Artikel 5.4 i ILO:s konvention 132 föreskriver dessutom att frånvaro från arbetet av skäl som arbetstagaren ej råder över, exempelvis sjukdom, ska räknas in i anställningstiden. Sammanfattningsvis innebär detta att EU-domstolen anser

¹³⁵ Generaladvokaten behandlade målen var för sig och kom med två separata förslag till avgörande, nämnda nedan som *Schultz-Hoff* och *Stringer m.fl.*

¹³⁶ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* mot Her Majesty's Revenue and Customs, REG 2009 I-179 punkt 11-12.

¹³⁷ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 11.

¹³⁸ Generaladvokat förslag till avgörande i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* punkt 42.

¹³⁹ Mål C-173/99 *BECTU* punkt 53.

¹⁴⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* punkt 57 och 59.

¹⁴¹ Mål C-486/08 *Tirols* punkt 29.

att en medlemsstat, som villkor för rätten till årlig betald semester, inte kan uppställa krav på att arbetstagaren verkligen måste ha arbetat under beräkningsperioden så länge arbetstagaren är sjukskriven i vederbörlig ordning.¹⁴² I *Schultz-Hoff* konstaterar EU-domstolen att rätten till årlig betald semester tillkommer varje arbetstagare oberoende av dennes hälsotillstånd.¹⁴³ En sjukdomsperiod ska därför likställas med en tjänstgöringsperiod eftersom frånvaron sker på grund av orsaker som ligger utanför arbetstagarens kontroll. Rätten till semester kan därför tas i anspråk när arbetstagaren åter är i tjänst.¹⁴⁴

I *Dominguez* konstaterade domstolen att rätten till årlig betald semester tillkommer alla arbetstagare. En arbetstagares rätt till fyra veckors årlig betald semester ska därför inte påverkas av att arbetstagaren varit sjukledig under intjänandetiden oavsett orsak.¹⁴⁵ Detta innebär att arbetstidsdirektivet och artikel 7 uppställer krav på att en arbetstagare som är sjukfrånvarande, oavsett anledning, under sin sjukledighet ska fortsätta att tjäna in årlig betald semester precis som om han hade arbetat.

3.5 Rätt att ta ut semester under sjukfrånvaro

En rättsfråga som EU-domstolen har tagit ställning till är vilken möjlighet medlemsländerna har att i nationell rätt förbjuda eller tillåta att en arbetstagare tar ut semester under sin sjukfrånvaro. I *Schultz-Hoff* ville en arbetstagare som på grund av sjukdom varit frånvarande från arbetet, under sin sjukledighet, ta ut 20 dagars betald semester.¹⁴⁶ Att ta ut semesterledighet istället för att erhålla ersättning vid sjukdom är ofta mer fördelaktigt för arbetstagaren eftersom den lön som ska betalas ut för den årliga semestern ska beräknas på ett sådant sätt att den stämmer överens med arbetstagarens normala lön.¹⁴⁷ Ersättning vid sjukdom ger istället ofta en lägre ersättning.¹⁴⁸

Syftet med den årliga betalda semestern är att arbetstagaren ska vila sig och få en period för avslappning och fritid. Detta syfte är annorlunda jämfört med syftet med en sjukledighet som beviljas för att en arbetstagare ska bli frisk från en sjukdom.¹⁴⁹ EU-domstolen har tidigare uttalat att en ledighet inte ska påverka rätten till en annan ledighet som föreskrivs i

¹⁴² Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 38-41.

¹⁴³ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 54. Observera att bevis på arbetsförmåga och lön under sådan frånvaro regleras i nationell lagstiftning och omfattas inte av arbetstidsdirektivet, KOM (2010) 801, slutlig, s. 14.

¹⁴⁴ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i mål C-350/06 Gerhard *Schultz-Hoff* mot Deutsche Rentenversicherung Bund, REG 2009 I-179 punkt 77-78.

¹⁴⁵ Mål C-282/10 *Dominguez* punkt 30.

¹⁴⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* punkt 11.

¹⁴⁷ Mål C-155/10 *Williams m.fl.* punkt 21.

¹⁴⁸ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* punkt 78.

¹⁴⁹ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 25.

gemenskapsrätten.¹⁵⁰ Dessutom stadgar artikel 6.2 i ILO:s konvention nr 132 att perioder då arbetstagaren varit arbetsoförmögen till följd av sjukdom eller skada inte får räknas in i den minsta årliga semestern. ILO:s konvention måste dock tolkas så att syftet med artikel 6.2 är att en arbetsgivare inte ska kunna tvinga en arbetstagare att ta ut sin semester under sjukledigheten. Är det istället upp till arbetstagaren att avgöra om han vill eller inte vill ta ut sin semester under sjukledigheten, kan det inte strida mot konventionen.¹⁵¹

EU-domstolen tar inte ställning till argumenten mot att semester tas ut under sjukfrånvaron utan konstaterar enbart att det är upp till medlemsländerna att i sin nationella lagstiftning uppställa villkoren för hur rätten till årlig betald semester ska utövas. Artikel 7.1 uppställer därmed inte hinder för nationella bestämmelser som innebär att en sjukskriven arbetstagare inte har rätt att ta ut årlig betald semester under sin sjukledighet. Men den sjukfrånvarande arbetstagaren måste då ha möjlighet att ta ut semestern under en annan period. Arbetstidsdirektivet uppställer inte heller hinder för nationella bestämmelser som faktiskt tillåter att en sjukskriven arbetstagare tar ut årlig betald semester under sin sjukledighet.¹⁵² Det är därmed upp till medlemsstaterna att i sin nationella rätt bestämma om en sjukskriven arbetstagare ska ha rätt att ta ut årlig betald semester under sin sjukledighet eller inte. Oavsett måste arbetstagaren, enligt de regler som har utvecklats i rättspraxis, få möjlighet att ta ut sin semester vid ett senare tillfälle.¹⁵³

3.6 Överföring av semester som på grund av sjukfrånvaro inte har tagits ut

Oavsett om en arbetstagare får ta ut semester under sin sjukfrånvaro eller inte uppkommer frågan om och hur länge en arbetstagare, enligt artikel 7 i arbetstidsdirektivet, ska ges rätt att spara den uttagna semestern som han under sjukfrånvaron inte har tagit ut, för att ta ut vid ett senare tillfälle, då arbetstagaren åter är i tjänst. I *Schultz-Hoff* fick en arbetstagare enligt tysk rätt enbart spara semester som inte tagits ut, tre månader efter utgången av beräkningsperioden, varefter rätten till de intjänade semesterdagarna förföll. För Gerard Schultz-Hoff innebar detta att hans rätt till ersättning för den uttagna semestern förföll trots att han på grund av sin sjukskrivning inte kunnat ta ut semesterdagarna.¹⁵⁴ Frågan i denna del av målet gäller därför om en arbetstagare, som på grund av sjukdom inte har velat eller kunnat ta ut sin semester, har rätt att spara semestern för att kunna utnyttja när han åter är i tjänst.

¹⁵⁰ EU-domstolens dom av den 6 april 2006 i mål C-124/05 *Federatie Nederlandse Vakbeweging mot Staat der Nederlanden*, REG 2006 I-3423 punkt 24. Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 26.

¹⁵¹ Bogg, 2009, s. 742.

¹⁵² Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 28-31.

¹⁵³ Se kapitel 3.6 nedan.

¹⁵⁴ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 11-16.

Syftet med att i nationell rätt fastställa en period under vilken semester som inte har kunnat tas ut under beräkningsperioden, får tas ut, är att ge de arbetstagare som inte har kunnat utnyttja sin rätt till semester, möjlighet att göra detta vid ett senare tillfälle. Av artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet följer att fastställandet av längden på en sådan period i princip faller under medlemsländernas behörighet, ”i enlighet med vad som följer av nationell lagstiftning och/eller praxis angående rätten till och beviljandet av sådan semester.” Detta innebär att medlemsländerna har rätt att uppställa de villkor som rätten till årlig betald semester får utövas under. Det är därmed förenligt med artikel 7.1 att i nationell rätt föreskriva att rätten till årlig betald semester går förlorad vid utgången av beräkningsperioden eller vid utgången av den period under vilken semestern som längst får tas. Detta under förutsättning att den arbetstagare som förlorat rätten att ta ut årlig betald semester verkligen har haft tillfälle att utöva sin rättighet.¹⁵⁵ Trots att arbetstidsdirektivet inte uppställer hinder för nationella regler som tillåter att en sjukfrånvarande arbetstagare tar ut semester under sin sjukfrånvaro måste den arbetstagare som väljer att inte ta ut sin semester under en sådan period, således få möjlighet att ta ut semestern under en annan period.¹⁵⁶

Gerhard Schultz-Hoff var sjukskriven under beräkningsperioden och den period på ytterligare tre månader under vilken semestern fick tas ut, varför han enligt tysk rätt gick miste om den outtagna semestern. Att en arbetstagare således inte har haft möjlighet att utöva sin rätt till årlig betald semester innebär att arbetstagaren, enligt EU-domstolen, har förlorat den sociala rättighet som följer av artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Trots att medlemsländerna har möjlighet att fastställa de tillämpningsföreskrifter som är nödvändiga för att genomföra artikel 7 är det inte tillåtet att utestänga någon från själva uppkomsten av en rätt som tillerkänns alla.¹⁵⁷

Precis som att krav inte får uppställas som utestänger någon från själva uppkomsten av rätten till årlig betald semester får inte heller krav uppställas som medför att rätten till årlig betald semester förfaller.¹⁵⁸ Det skulle i annat fall innebära att den personkrets som arbetstidsdirektivet är avsedd att skydda, inskränks.¹⁵⁹ Enligt EU-domstolen ska artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet därför 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 den i nationell rätt fastställda period under vilken semester som inte tagits ut under beräkningsperioden får tas ut när arbetstagaren har varit sjukskriven under hela 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”.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 42-43.

¹⁵⁶ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 31. Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 25.

¹⁵⁷ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 44-47. Mål C-173/99 *BECTU* punkt 53.

¹⁵⁸ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 48. Mål C-173/99 *BECTU* punkt 55.

¹⁵⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-350/06 *Schultz-Hoff* punkt 48.

¹⁶⁰ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 49.

Eftersom det är omöjligt att förutse en kommande arbetsförmåga gäller detta även om arbetstagaren arbetat under en del av beräkningsperioden men sedan blivit sjukskriven.¹⁶¹ Eller så som EU:s personaldomstol i *Strack* uttrycker saken, att arbetstagaren har arbetat ett par månader innan sjukdomstillståndet inträdde och således under dessa månader har kunnat utnyttja sin rätt till årlig betald semester ”kan naturligtvis inte beaktas utan att det skydd för rätten till årlig betald semester som följer av domstolens rättspraxis blir rent hypotetiskt.”¹⁶²

Slutsatsen av denna del av EU-domstolens dom i *Schultz-Hoff* är att det är upp till medlemsländerna att föreskriva inom vilken period, efter beräkningsperiodens slut, som uttagen semester får tas ut. Befogenheten att uppställa en sådan period inskränks dock av att även sjukfrånvarande arbetstagares ska ha rätt att ta ut årlig betald semester. Däremot uttalade domstolen inte hur länge sådan uttagen semester får sparas för att överföras till kommande semesterår. Detta ledde till omfattande diskussioner i doktrinen och en rädsla för att domslutet skulle medföra stora finansiella svårigheter för arbetsgivare. *Schultz-Hoff* öppnade nämligen för långtidssjukskrivna arbetstagare att stapla uttagna semesterdagar på hög, för att sedan, när de åter är arbetsförmögna, begära ut semestern. Detta skulle i sin tur kunna leda till att arbetsgivaren väljer att säga upp de långtidssjukskrivna arbetstagarna tidigare än annars, enbart för att undkomma oförutsebara semesterkostnader.¹⁶³

Överföring av semester kom återigen att prövas av EU-domstolen i *KHS AG* 2011. Winfried Schulte hade rätt till 30 dagars årlig betald semester. I januari 2002 drabbades han av en infarkt vilket gjorde honom arbetsförmögen varför han beviljades livränta från 2003 till 2008 då anställningen upphörde. I målet begärde den anställde, när hans anställning upphörde, ersättning för de semesterdagar han på grund av sjukfrånvaro inte kunnat ta ut under åren 2006-2008. Arbetsgivaren avslog ansökan under åberopande av den tyska lagstiftningen och det tillämpliga kollektivavtalet som föreskrev att semester som inte har kunnat tas ut på grund av sjukdom, förfaller 15 månader efter beräkningsperiodens slut.¹⁶⁴ I *KHS AG* uppkom därför frågan om artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet uppställer hinder för den nationella rätten att begränsa perioden för överföring av semester som den anställde på grund av sjukdom inte har kunnat ta ut.¹⁶⁵

Som EU-domstolen fastslog i *Schultz-Hoff* utgör rätten att spara semester en tillämpningsföreskrift som omfattas av medlemsstaternas behörighet. Trots detta måste arbetstagaren ha haft en verklig möjlighet att utnyttja sin rätt till årlig betald semester.¹⁶⁶ Nationell rätt får därmed inte föreskriva att en

¹⁶¹ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 50-51.

¹⁶² Personaldomstolens dom av den 15 mars 2011 i mål F-120/07 Guido *Strack* mot Europeiska kommissionen, punkt 68. Se även Riesenhuber, 2009, s. 2112.

¹⁶³ Capper, 2009, s. 137. Se även Riesenhuber, 2009, s. 2113.

¹⁶⁴ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 13-18.

¹⁶⁵ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 21.

¹⁶⁶ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 42-43. Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 25-26.

arbetstagare som, precis som i *KHS AG*, är sjukskriven under hela beräkningsperioden och den därpå följande perioden under vilken han får ta ut sin semester, förlorar sin rätt till den outtagna semestern. Enligt EU-domstolen måste det dock finnas en gräns för hur länge en arbetsförmögen arbetstagare ska kunna överföra sin rätt till årlig betald semester.¹⁶⁷

Syftet med semester är att arbetstagaren ska kunna vila sig från sina arbetsuppgifter samt förfoga över en period för avslappning och fritid.¹⁶⁸ Domstolen har tidigare påpekat att syftet med semestern inte går förlorad enbart av den anledningen att arbetstagaren inte tar ut semestern under det år den är avsedd för.¹⁶⁹ Men enligt EU-domstolen i *KHS AG* går syftet trots allt förlorat om överföringen av semestern överskrider en viss tidsgräns. Detta eftersom semesterns positiva verkan för arbetstagaren som viloperiod går förlorad. Semestern fyller då endast en funktion som en period för avslappning och fritid. Sammanfattningsvis innebär detta att en arbetstagare som varit sjukfrånvarande under flera på varandra följande beräkningsperioder inte obegränsat kan kumulera sin rätt till den outtagna årliga betalda semestern.¹⁷⁰

Frågan är hur lång perioden för överföring av outtagen semester behöver vara innan semestern förlorar sin positiva verkan som viloperiod. Eftersom rätten till årlig betald semester utgör en princip av särskild betydelse inom unionens sociala regelverk samtidigt som rättigheten fastslås i artikel 31.2 i EU-stadgan måste bedömningen ta hänsyn till den särskilda situation som en långtidssjukfrånvarande arbetstagare befinner sig i. Syftet med en period för överföring av outtagen semester är att arbetstagaren ska kunna planera och fördela sina viloperioder under en längre tid.¹⁷¹ Av detta följer att EU-domstolen anser att ”varje period för överföring ska avsevärt överstiga den beräkningsperiod för vilken den beviljas”.¹⁷² En sådan period får dock inte vara för omfattande pga. de svårigheter det annars skulle medföra för arbetsgivarens organisering av arbetet.¹⁷³ Därvid måste artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet tolkas så att det uppnås en balans mellan arbetstagarens och arbetsgivarens intressen.¹⁷⁴

I *KHS AG* var tidsgränsen för överföring av semester 15 månader.¹⁷⁵ Av ILO:s konvention nr 132 artikel 9.1 framgår att den semester som arbetstagaren inte har utnyttjat måste tas ut inom 18 månader från utgången av det år den har tjänats in. Eftersom det i skäl sex till arbetstidsdirektivet endast står att ”hänsyn bör tas” till ILO:s ”principer” framstår emellertid 18

¹⁶⁷ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 28-30.

¹⁶⁸ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 31.

¹⁶⁹ Mål C-124/05 *Federatie Nederlandse* punkt 30 och mål C-214/10 *KHS AG* punkt 32.

¹⁷⁰ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 33-34.

¹⁷¹ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 37-38.

¹⁷² Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 38.

¹⁷³ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 39.

¹⁷⁴ Generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande av den 7 juli 2011 i mål C-214/10 *KHS AG* mot Winfried Schulte punkt 64.

¹⁷⁵ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 13

månader som ett riktmärke för EU men inget absolut krav.¹⁷⁶ Enligt EU-domstolen ska hänsyn tas till syftet med artikel 9.1 i ILO:s konvention dvs. att semesterns positiva verkan som viloperiod säkerställs. En period för överföring av semester på 15 månader kan enligt EU-domstolen inte strida mot syftet med semestern eftersom arbetstagarens rätt till viloperiod skyddas. Nationell rätt får därmed föreskriva att rätten till årlig betald semester måste tas ut inom 15 månader efter beräkningsperiodens slut, oavsett om arbetstagaren på grund av sjukdom inte har kunnat ta ut semestern under denna period.¹⁷⁷

Georg Neidel var pga. hälsoskäl oförmögen att utföra sitt arbete från juni 2007 till och med augusti 2009 då han pensionerades. Under de år sjukskrivningen löpte uppgick Georg Neidels innevarande semesterledighet till 86 dagar. Hans begäran om kontant ersättning för den outtagna semestern avslogs av hans forna arbetsgivare med motiveringen att den tyska regleringen för tjänstemän inte föreskriver någon rätt till ersättning för outtagen semester. Enligt tysk rätt förverkas de semesterdagar som inte har utnyttjats nio månader efter semesterårets slut.¹⁷⁸ I *Neidel* 2012 uppgick därmed perioden för överföring av semester, som inte kunnat tas ut under beräkningsperioden, till nio månader. I domen konstaterar EU-domstolen att nio månader utgör en kortare period än den beräkningsperiod till vilken semestern är knuten. Slutsatsen i målet är därför att artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet utgör hinder för en nationell bestämmelse som inskränker arbetstagarens möjlighet att ackumulera sin rätt till årlig betald semester, som på grund av sjukdom inte har kunnat tas ut, till en niomånadersperiod.¹⁷⁹

Av rättsfallen följer att det är i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet att i nationell rätt föreskriva att rätten till årlig betald semester går förlorad vid beräkningsperiodens slut eller vid slutet av den period under vilken semestern som längst får tas ut. Detta gäller emellertid inte om arbetstagaren pga. sjukfrånvaro varit oförmögen att ta ut sin semester. I sådana fall får nationell rätt inte föreskriva om en kortare period för överföring av semester än beräkningsperioden. EU-domstolen bedömer att en period för överföring av semester på 15 månader är tillräckligt medan 9 månader är en för kort tid.

3.7 När sjukdomstillstånd inträffar under semesterledighet

När en arbetstagare drabbas av sjukdom under en semesterledighet uppstår frågan om arbetstagaren verkligen kan komma i åtnjutande av sin semester eller om arbetstagaren istället ska ha rätt att avräkna sjukdagarna från semesterledigheten. I EU-domstolens dom från 2009 i *Vicente Pereda*

¹⁷⁶ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-214/10 *KHS AG* punkt 84-90.

¹⁷⁷ Mål C-214/10 *KHS AG* punkt 42-44.

¹⁷⁸ Mål C-337/10 *Neidel* punkt 12-17.

¹⁷⁹ Mål C-337/10 *Neidel* punkt 42-43.

utarbetade arbetsgivaren, i enlighet med spansk rätt, ett semesterschema enligt vilken arbetstagarna skulle ta ut sin årliga betalda semester. Francisco Vicente Pereda blev tilldelad semester mellan den 16 juli och den 14 augusti men blev på grund av en olycka i arbetet, innan semesterperioden påbörjats, sjukskriven under hela denna period. Han ansökte då om att få ta ut sin semester senare på året men fick avslag av sin arbetsgivare. Frågan i målet gäller således om en arbetstagare som drabbas av olycksfall i arbetet innan en av arbetsgivaren fastställd semesterperiod, efter återgång i arbetet har rätt att ta ut semestern under en annan period även om denna period faller utanför beräkningsperioden.¹⁸⁰

Som domstolen tidigare har fastslagit förfaller inte rätten till semester vid utgången av en beräkningsperiod eller vid utgången av den period inom vilken arbetstagaren som längst får ta ut semestern, om arbetstagaren varit sjukskriven under denna period och därmed inte kunnat utnyttja sin rätt till årlig betald semester.¹⁸¹ Dessutom är ju syftet med semestern, att arbetstagaren ska få tid att vila upp sig och ägna sig åt avkoppling och fritidsaktiviteter, annorlunda än syftet med en sjukledighet som istället är till för att arbetstagaren ska bli frisk från en sjukdom.¹⁸² För att arbetstagaren i detta fall faktiskt ska kunna utnyttja sin rätt till årlig betald semester får han enligt EU-domstolen ta ut sin semester under en annan period än den som sammanfaller med sjukfrånvaron.¹⁸³

Förläggningen av denna nya semesterperiod ska ske i enlighet med nationella bestämmelser och med beaktande av framförallt tvingande hänsyn till arbetsgivarens intressen. Om arbetstagarens ansökan om en ny semesterperiod skulle strida mot företagets intresse är arbetsgivaren skyldig att bevilja en annan av denne föreslagen semesterperiod. En period som även kan ligga utanför den aktuella beräkningsperioden.¹⁸⁴ Detta innebär att arbetsgivaren även fortsättningsvis har möjlighet att påverka under vilken period semestern ska tas ut.¹⁸⁵ Tillsammans med domstolens dom i *Schultz-Hoff* medför detta att en arbetstagare som trots att nationell rätt tillåter det, inte vill ta ut sin årliga betalda semester under sjukledigheten, ska ha rätt att ta ut semestern under en annan period.¹⁸⁶

I EU-domstolens dom i *ANGED* år 2012 ställde den spanska domstolen tolkningsfrågan, utgör artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet ”hinder för en tolkning av den nationella lagstiftningen som innebär att det inte är tillåtet att avbryta semesterperioden för att senare ta ut hela, eller den återstående delen, av perioden, om den tillfälliga arbetsoförmågan uppstår under den

¹⁸⁰ Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 11-16.

¹⁸¹ Mål C-350/06 och 520/06 *Schultz-Hoff* punkt 52. Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 19.

¹⁸² Mål C-350/06 och 520/06 *Schultz-Hoff* punkt 25. Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 21.

¹⁸³ Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 22.

¹⁸⁴ Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 22-23.

¹⁸⁵ Kilpatrick, 2010, s. 291-292. Se dock redogörelsen för mål C-194/12 *Maestre*.

¹⁸⁶ Mål C-350/06 och 520/06 *Schultz-Hoff* punkt 31 och mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 25.

period då semester tas ut?”.¹⁸⁷ Enligt spansk rätt hade en arbetstagare som blev sjuk under sin semesterledighet inte rätt att ta ut denna ledighet vid ett senare tillfälle då arbetstagaren tillfrisknat.¹⁸⁸ I *Vicente Pereda* fastslog EU-domstolen att syftet med semester och syftet med sjukledighet skiljer sig åt. En arbetstagare som därför är sjukledig under en sedan tidigare fastställd semesterperiod har rätt att ta ut sin semester under en annan period som inte sammanfaller med sjukledigheten.¹⁸⁹ Detta gäller oavsett när arbetsförmågan inträffar och innebär alltså inte att sjukdomstillståndet måste ha uppstått innan perioden för årlig betald semester inleddes.¹⁹⁰ Följaktligen har även en arbetstagare som blir sjuk under sin semesterledighet rätt att avbryta sin semester för att vara sjukledig och istället ta ut den återstående semesteren vid ett senare tillfälle. Denna semester kan förläggas utanför beräkningsperioden inom vilken semesteren har intjänats.¹⁹¹

Innan EU-domstolen hann svara på tolkningsfrågan i *ANGED* ställde den spanska domstolen ytterligare en tolkningsfråga som berörde arbetstagares rätt att avbryta sin semester på grund av sjukdom. Den spanska domstolen undrade således om det är förenligt med artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet att nationell rätt uppställer som krav, att en arbetstagare som påbörjat sin semesterledighet, ska kunna avbryta denna på grund av sjukdom, endast om sjukskrivningen medfört att arbetstagaren blivit inlagd på sjukhus.¹⁹² Efter att den spanska domstolen fått EU-domstolens dom i *ANGED* sänt till sig valde de dock att dra tillbaka sin begäran om förhandsavgörande.¹⁹³

Arbetstagaren i EU-domstolens dom i *Maestre* från 2013, var sjukskriven under november 2010 till juni 2011. Enligt arbetsgivarens fastställda semesterschema skulle en semesterperiod om 10 dagar tas ut under vintern och 21 dagar under sommaren, varav båda perioderna sammanföll med den period under vilken arbetstagaren var sjukskriven. Därför begärde arbetstagaren att semesterperioderna skulle förläggas till en period efter att sjukskrivningen upphört. Arbetsgivaren godkände att de 10 semesterdagar som skulle tas ut under vintern förflyttades men vägrade bevilja arbetstagaren en förflyttning av semesterperioden under sommaren, av hänsyn till problem för organisationen och personalen under sommarsemestern.¹⁹⁴ Enligt spansk rätt fick nämligen enbart en semesterperiod som sammanföll med en period av arbetsförmåga till följd av graviditet, förlossning eller amning överföras till en annan period än den

¹⁸⁷ Mål C-78/11 *ANGED* punkt 14.

¹⁸⁸ Mål C-78/11 *ANGED* punkt 7.

¹⁸⁹ Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 21-22.

¹⁹⁰ Mål C-78/11 *ANGED* punkt 21-24.

¹⁹¹ Mål C-78/11 *ANGED* punkt 21 och 23.

¹⁹² Begäran om förhandsavgörande den 27 april 2011 i mål C-194/11 framställd av Juzgado Contencioso-Administrativo nr 1 de Oviedo (Spanien), Susana Natividad *Martínez Álvarez* mot Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Principado de Asturias.

¹⁹³ Beslut meddelat av domstolens ordförande den 6 augusti 2012 i mål C-194/11 Susana Natividad *Martínez Álvarez* mot Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Principado de Asturias.

¹⁹⁴ Mål C-194/12 *Maestre* punkt 9-10.

semesterperiod som först beviljats.¹⁹⁵ Den spanska domstolen ville därmed få klarhet i huruvida det står i strid med artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet att nationell rätt inte tillåter att en arbetstagare som är sjukledig under den av arbetsgivaren fastställda semesterperioden, inte har rätt att ta ut sin semester under en annan period än den först fastställda, på grund av skäl som rör företagets produktion och organisation.¹⁹⁶

I *Vicente Pereda* slog domstolen fast att den semester som inte har kunnat tas ut under semesterperioden, ska förläggas till en ny period i enlighet med ”nationella bestämmelser och förfaranden för förläggning av arbetstagares semester, med beaktande av de olika intressen som gör sig gällande, särskilt tvingande skäl som rör företagets intressen”.¹⁹⁷ Enligt EU-domstolens dom i *Maestre* innebär detta inte att arbetsgivaren kan neka arbetstagaren att ta ut sin rätt till årlig betald semester under en annan period. Att hänsyn ska tas till företagets intressen i en sådan situation innebär enbart att arbetsgivaren kan neka en arbetstagare semester under en viss period som denne har begärt, för att istället bevilja semestern under en senare period, som kan ligga utanför beräkningsperioden. Enligt EU-domstolen i *Maestre* kan därför företagets intresse aldrig motivera att semestern inte alls läggs ut, utan kan enbart påverka under vilken period den beviljas.¹⁹⁸

Sammanfattningsvis får en arbetstagare avbryta sin semester oavsett om sjukdomstillståndet inträffar innan semesterperioden inleds och består under semesterledigheten eller om sjukdomstillståndet uppstår under semesterledigheten. Den avbrutna semestern ska i sådana fall förläggas till en ny period, vilken arbetsgivaren i sista hand bestämmer, oavsett om det sker inom beräkningsperioden eller inte. Arbetsgivaren får emellertid aldrig neka arbetstagaren en ny semesterperiod, utan enbart avgöra när ersättningssemestern ska tas ut.

3.8 Rätt till kontant ersättning istället för ledighet

Det är endast i de fall då anställningen avslutas som det enligt artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet är tillåtet att byta ut rätten till årlig betald semester mot kontant ersättning. Artikel 7.2 är till för att en arbetstagare, efter att anställningen avslutats, ska ges möjlighet till en betald viloperiod innan ett nytt anställningsförhållande påbörjas.¹⁹⁹ Dessutom har arbetstagaren rätt till kontant ersättning när anställningen upphör eftersom det då inte längre i praktiken är möjligt att ta ut den årliga betalda semestern.²⁰⁰ Syftet med artikel 7.2 och förbudet mot att semestern byts ut mot kontant ersättning i

¹⁹⁵ Mål C-194/12 *Maestre* punkt 6.

¹⁹⁶ Mål C-194/12 *Maestre* punkt 15.

¹⁹⁷ Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 22.

¹⁹⁸ Mål C-194/12 *Maestre* punkt 24-25.

¹⁹⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* punkt 85.

²⁰⁰ Mål C-337/10 *Neidel* punkt 29.

annat fall än när anställningen avslutas är alltså att arbetstagaren faktiskt ska få åtnjuta semester för att skydda dennes säkerhet och hälsa.²⁰¹

En av tolkningsfrågorna i *Maestre* rörde rätten till kontant ersättning enligt artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet och om sådan kan utges till en arbetstagare trots att anställningen inte avslutas. I målet hade en anställd pga. sjukfrånvaro, inte kunnat ta ut sin rätt till årlig betald semester och ville därmed ta ut denna när hon åter var i tjänst. Den spanska domstolen undrade om det är i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet att ersätta sådan outtagen semester med kontant ersättning, trots att anställningen inte avslutats, om det med hänsyn till företagets produktion och organisation finns skäl som hindrar att arbetstagaren tar ut sin rätt till årlig betald semester senare. Enligt EU-domstolen framgår det direkt av ordalydelsen av artikel 7.2 att det endast är när anställningen avslutas som rätten till årlig betald semester får utbytas mot kontant ersättning.²⁰² Dessutom har EU-domstolen i tidigare praxis fastslagit att arbetstagaren normalt ska få åtnjuta faktisk vilotid.²⁰³ Enligt EU-domstolen får nationell rätt därmed inte föreskriva att en anställd, som på grund av sjukdom inte har kunnat ta ut sin rätt till årlig betald semester, istället ska få kontant ersättning, trots att anställningen inte avslutas. Därmed ska ingen hänsyn tas till företagets intresse i detta avseende.²⁰⁴

I *Schultz-Hoff* förlorade arbetstagaren, då anställningen avslutades, sin rätt till kontant ersättning för den årliga betalda semestern, som han under sin sjukfrånvaro inte kunnat ta ut.²⁰⁵ Enligt EU-domstolen hindrar artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet att den årliga betalda semestern i artikel 7.1 byts ut mot kontant ersättning när den överförs till senare år.²⁰⁶ Har arbetstagaren då anställningen avslutas, inte kunnat ta ut sin rätt till årlig betald semester eftersom denna varit sjukskriven under hela eller delar av beräkningsperioden och under den period under vilken semestern som längst får tas ut, har arbetstagaren enligt EU-domstolen och artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet rätt till kontant ersättning för den outtagna semestern. Den kontanta ersättningen ska beräknas så att arbetstagaren befinner sig i en situation motsvarande den som uppstått om arbetstagaren verkligen kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester under anställningen. Detta innebär att beräkningen av ersättningen ska utgå ifrån arbetstagarens ordinarie lön.²⁰⁷

I EU-domstolens dom i *Neidel* begärde käranden vid sin pensionering kontant ersättning för den outtagna semestern som uppstått till följd av hans sjukfrånvaro.²⁰⁸ Enligt EU-domstolen medför en arbetstagares pensionering att anställningsförhållandet anses avslutat i den mening som avses i artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet. Därmed har en arbetstagare, som går i pension,

²⁰¹ Mål C-131/04 och C-257/04 *Robinson-Steele* punkt 60.

²⁰² Mål C-194/12 *Maestre* punkt 26-27.

²⁰³ Mål C-277/08 *Vicente Pereda* punkt 20.

²⁰⁴ Mål C-194/12 *Maestre* punkt 29-30.

²⁰⁵ Mål C-350/06 och 520/06 *Schultz-Hoff* punkt 11-14.

²⁰⁶ Mål C-124/05 *Federatie Nederlandse* punkt 33

²⁰⁷ Mål C-350/06 och C-520/06 *Schultz-Hoff* punkt 61-62. Se Riesenhuber, 2009, s. 2114.

²⁰⁸ Mål C-337/10 *Neidel* punkt 14-17.

men som på grund av sjukdom inte har kunnat ta ut sin årliga betalda semester, enligt artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet, rätt till kontant ersättning för denna.²⁰⁹

EU-domstolen betonar vikten av att semestern tas ut i lediga dagar istället för i ersättning. I alla de redogjorda fallen är det därför enbart förenligt med artikel 7 i arbetstidsdirektivet att ersätta semestern med kontant ersättning när anställningen avslutas. Arbetsgivaren kan således inte välja att betala ut kontant ersättning istället för att bevilja semesterledighet. Dessutom har en arbetstagare som på grund av sjukdom inte har kunnat ta ut sin årliga betalda semester då anställningen avslutas, enligt artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet, rätt till kontant ersättning för denna.

3.9 Fyra veckors årlig betald semester är ett minimikrav

Enligt artikel 15 i arbetstidsdirektivet medför direktivet inte hinder för att medlemsländerna antar förmånligare regler som bättre skyddar arbetstagarna. Detta innebär att medlemsländerna i sin nationella rätt kan föreskriva en rätt till mer än fyra veckors årlig betald semester. Enligt EU-domstolens dom i *Dominguez* är det därför tillåtet för medlemsländerna att uppställa krav på att rätten till årlig betald semester är beroende av orsaken till att arbetstagaren är frånvarande från arbetet så länge dessa krav enbart berör de semesterdagar som överstiger minimilängden på fyra veckor.²¹⁰ Även i *Neidel* konstaterade EU-domstolen att det är upp till medlemsländerna att avgöra om arbetstagarna ska ha rätt till mer än fyra veckors årlig betald semester. Tillerkänns arbetstagarna en sådan rätt är det upp till medlemslandet att avgöra om det, för det antal semesterdagar som överstiger fyra veckor, ska finnas någon rätt till kontant ersättning för den arbetstagare som går i pension men som på grund av sjukfrånvaro inte har kunnat utnyttja sin rätt till årlig betald semester.²¹¹

För de semesterdagar som nationell rätt beviljar, utöver minimikravet på fyra veckor, är det i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet att uppställa andra villkor för sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester än de krav som framgår av EU-domstolens praxis.

3.10 Sammanfattning

I artikel 7 i EU:s arbetstidsdirektiv fastslås att alla arbetstagare ska ha rätt till fyra veckors årlig betald semester som inte får utbytas mot kontant ersättning i annat fall än när anställningen avslutas. Rätten till semester i arbetstidsdirektivet måste implementeras i medlemsländernas nationella rätt. Därvid är det inte tillräckligt att rätten kommer till uttryck i kollektivavtal

²⁰⁹ Mål C-337/10 *Neidel* punkt 31-32.

²¹⁰ Mål C-282/10 *Dominguez* punkt 47-49.

²¹¹ Mål C-337/10 *Neidel* punkt 34-36.

som enbart täcker en del av arbetsmarknaden. Istället måste medlemsländerna uppställa en rättslig ram inom vilken rättigheten garanteras. Även om artikel 7 inte implementerats på ett korrekt sätt har artikeln, enligt EU-domstolen i *Dominguez*, direkt effekt i vertikala men ej i horisontella förhållanden. Detta innebär att den nationella domstolen, i tvist mellan enskilda, istället måste tolka den nationella rätten direktivkonformt. Leder inte en sådan tolkning till att den nationella lagen överensstämmer med direktivet, har den enskilde istället rätt att få ersättning av staten för den lidna skadan.

Arbetstidsdirektivet omfattar alla arbetstagare förutom de yrkesgrupper som faller under undantaget i artikel 2 i ramdirektivet liksom de verksamheter som är undantagna från arbetstidsdirektivets tillämpningsområde enligt dess artikel 1.3 2 st. och artikel 14. Rätten till årlig betald semester omfattar alla typer av anställningar. För deltidsanställda gäller dock pro rata temporis-principen som tillåter att deltidsanställda beviljas semester i förhållande till antalet arbetade dagar vilket kan leda till att dessa får ett mindre antal semesterdagar jämfört med de som arbetar heltid.

Eftersom rätten till årlig betald semester utgör en särskild princip inom unionens arbetsrätt samtidigt som rättigheten fastslås i artikel 31.2 i EU-stadgan får rätten till årlig betald semester inte tolkas restriktivt. Rätten till årlig betald semester innefattar dels rätten att vara ledig, dels rätten att få betalt under ledigheten. Detta innebär att det inte är i överensstämmelse med artikel 7 att enbart bevilja en arbetstagare ledigt, utan att denne får betalt under ledigheten.

Enligt EU-domstolens praxis har även sjukfrånvarande arbetstagare rätt till en årlig betald semester. Medlemsländerna får genom lag eller kollektivavtal anta tillämpningsföreskrifter för årlig betald semester. I både *BECTU*, *Schultz-Hoff* och *Dominguez* slår domstolen emellertid fast att medlemsstaterna inte får uppställa några som helst villkor för själva uppkomsten av rätten till årlig betald semester som leder till att arbetstagare blir utestängda från rätten. Detta innebär att medlemsstaterna inte får uppställa krav på att arbetstagaren ska ha varit anställd eller faktiskt arbetat under en viss tid för att vara berättigad till semester. Istället kan arbetsgivaren tillämpa ett system där arbetstagaren, under det första anställningsåret, tjänar in semester proportionerligt till hur lång tid denne har arbetat. Medlemsländerna får inte heller uppställa krav på att arbetstagaren måste ha arbetat under beräkningsperioden. Uppställer nationell rätt sådana krav innebär det en inskränkning i arbetstidsdirektivets omfattning. I direktivet görs nämligen ingen skillnad mellan de arbetstagare som verkligen har arbetat och de som har varit frånvarande från arbetet pga. sjukdom. Dessutom följer av artikel 5.4 i ILO:s konvention nr 132 att frånvaro som arbetstagaren inte råder över, ska räknas in i anställningstiden. En arbetstagare som är sjukfrånvarande, oavsett orsak, ska därför fortsätta att under sin sjukledighet, tjäna in årlig betald semester precis som om han hade arbetat.

Medlemsländerna får anta tillämpningsföreskrifter och därmed i sin nationella rätt uppställa villkoren för hur rätten till årlig betald semester ska utövas. Enligt EU-domstolen i *Schultz-Hoff* är det därför upp till medlemsländerna att avgöra om de vill tillåta att en sjukfrånvarande arbetstagare tar ut semester under sin frånvaro eller inte. Oavsett måste arbetstagaren ha rätt att ta ut semestern efter att sjukfrånvaron upphört. Det ska därför vara upp till arbetstagaren att välja om han vill ta ut sin semester under en sådan period av frånvaro eller inte.

Eftersom det är upp till medlemsländerna att uppställa de villkor vilken den årliga betalda semestern får utövas under framgår det av domen i *Shultz-Hoff* att det är tillåtet för medlemsländerna att i sin nationella lagstiftning föreskriva att rätten att ta ut outtagna semesterdagar förfaller vid utgången av beräkningsperiod eller vid utgången av den period under vilken semestern som längst får tas ut. Detta gäller dock inte för de sjukfrånvarande arbetstagare som inte har velat eller kunnat ta ut sin semester inom denna period. Precis som det inte är tillåtet att uppställa krav som utestänger någon från själva uppkomsten till rätten, är det nämligen inte heller tillåtet att uppställa krav som medför att rätten till årlig betald semester förfaller innan en arbetstagare har haft möjlighet att utnyttja den. En sjukfrånvarande arbetstagare måste därför få möjlighet att ta ut semestern under en annan period. Detta gäller även om arbetstagaren har arbetat en del av beräkningsperioden men därefter blivit sjukskriven. Däremot är det inte möjligt att ackumulera sådana outtagna semesterdagar under allt för långt tid.

Syftet med semester är att arbetstagaren ska få tid att vila sig och utöva sina fritidsintressen. Även om detta syfte inte går förlorat enbart för att semestern tas ut under ett annat år än den är avsedd för, går syftet med semestern som vila, enligt EU-domstolens dom i *KHS AG*, förlorat om överföringen överskrider en viss tidsgräns. Därmed får en arbetstagare som är sjukfrånvarande under flera beräkningsperioder, inte obegränsat kumulera sin rätt till de outtagna semesterdagarna. Varje period för överföring måste emellertid avsevärt överstiga den beräkningsperiod för vilken den beviljas. I *KHS AG* var perioden för överföring av outtagen semester 15 månader vilken enligt EU-domstolen var i överensstämmelse med artikel 7. I *Neidel* var arbetsgivaren tvungen att ta ut semesterdagarna inom nio månader från beräkningsperiodens slut innan de förverkades. Detta var en kortare tid än beräkningsperioden och ansågs därför inte vara tillräckligt lång.

En arbetstagare som drabbas av sjukdom eller arbetsskada som pågår under semesterledigheten, oavsett när sjukdomstillståndet inleds, har enligt EU-domstolens dom i *Vicente Pereda* och *ANGED* rätt enligt artikel 7, avräkna sjukdagarna från semesterledigheten. Eftersom syftet med semestern går förlorad när arbetstagaren är sjuk har denne därmed rätt att avbryta semestern för att istället vara sjuk. Förläggningsen av de avräknade semesterdagarna ska ske i enlighet med nationella bestämmelser och med hänsyn till arbetsgivarens intressen. Om arbetstagarens ansökan om förläggning av semesterledigheten därmed skulle strida mot arbetsgivarens

intresse är det upp till arbetsgivaren att bestämma under vilken period semestern istället ska förläggas. Denna period kan även ligga utanför beräkningsperioden för vilken semestern tjänades in. Av EU-domstolens dom i *Maestre* framgår emellertid att hänsyn till arbetsgivarens intresse aldrig kan motivera att semestern inte alls läggs ut och därmed går förlorad. Arbetsgivaren kan enbart påverka under vilken period semestern beviljas.

Enligt artikel 7.2 är det endast i de fall då anställningen avslutas som det är i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet att semestern byts ut mot kontant ersättning. Enligt EU-domstolen i *Maestre* är det därmed inte förenligt med artikel 7 att en sjukfrånvarande arbetstagare får sin outtagna semester ersatt med pengar, trots att anställningen inte avslutas, av hänsyn till arbetsgivarens intresse av att semesterledigheten inte läggs ut vid ett annat tillfälle. Precis som en sjukfrånvarande arbetstagare måste få möjlighet att spara sina outtagna semesterdagar under minst en period som överstiger beräkningsperioden för vilken den intjänades ska, enligt EU-domstolens dom i *Schultz-Hoff*, sådana sparade dagar utbytas mot kontant ersättning när anställningen upphör. Av EU-domstolens dom i *Neidel* framgår att anställningen även anses avslutad då arbetstagaren går i pension och att denne då ska ha rätt att få kontant ersättning för de semesterdagar som arbetstagaren pga. sjukfrånvaro, inte har kunnat ta ut. Den kontanta ersättningen ska beräknas på arbetstagarens ordinarie lön. Den ordinarie lönen ska beräknas så att arbetstagaren befinner sig i en motsvarande situation som om han verkligen kunnat utnyttja sin rätt till årlig betald semester under anställningen.

Eftersom arbetstidsdirektivet utgör ett minimidirektiv får medlemsländerna föreskriva om en rätt till mer än fyra veckors årlig betald semester. Enligt EU-domstolen i *Dominguez* och *Neidel* innebär detta att arbetstidsdirektivet tillåter att medlemsländerna uppställer andra villkor för rätten till årlig betald semester än de som följer av artikel 7, för det antal semesterdagar som överskrider kravet på fyra veckor. För att få rätt till dessa dagar får medlemsländerna exempelvis uppställa krav på att arbetstagaren måste ha arbetat under beräkningsperioden eller att dessa dagar, trots att arbetstagaren pga. av sjukfrånvaro inte har kunnat ta ut dem, förfaller vid beräkningsperiodens slut.

Arbetstidsdirektivet och tillhörande rättspraxis från EU-domstolen är kontroversiellt. Särskilt omdiskuterat är just den rättspraxis som har utvecklats kring sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Till följd av de förhandlingar som pågår om arbetstidsdirektivet återstår att se hur sjukfrånvarande arbetstagares rätt till semester kommer att utvecklas i framtiden.

4 Sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester enligt svensk rätt

4.1 Inledning

Svensk rätt fick sin första semesterlag 1938. Tidigare reglerades semesterförmånerna istället i kollektivavtal eller i andra överenskommelser.²¹² Semesterlagen har omarbetats genom åren och nu gällande semesterlag är från 1977. Sveriges medlemskap i EU och arbetstidsdirektivets regler om semester föranledde inte några förändringar av lagen. Enligt regeringen levde svensk rätt, vid tiden för EU-inträdet, upp till arbetstidsdirektivets krav rörande semester.²¹³ I 2008 års semesterlagsutredning genomfördes emellertid en omfattande översyn av semesterlagen.²¹⁴ Målet för utredningen var att åstadkomma en förenkling av semesterlagens regler, framförallt vid uträkningen av antalet semesterdagar med semesterlön, hur storleken på semesterlönen skulle beräknas samt hur semesterlönegrundande frånvaro skulle behandlas. Därutöver skulle semesterlagen anpassas till EU-rättens utveckling liksom till andra internationella rättsakter.²¹⁵ Utredningen har lett till flera förändringar av semesterlagen de senaste åren. För en uppfattning om betydelsen av semesterlagens regler om sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester krävs även en förståelse för hur den svenska sjukförsäkringen fungerar. Även dessa regler har genomgått omfattande förändringar.²¹⁶ Att bli arbetslös istället för sjukskriven anses enligt denna utveckling vara ett steg på vägen mot en ny anställning.²¹⁷

Lagens syfte är att ge arbetstagare sammanhängande ledighet för att få tid för vila och tillfälle att utöva sina fritidsintressen.²¹⁸ Varje arbetstagare har därför enligt 4 § 1 st. semesterlagen rätt till 25 semesterdagar varje semesterår. Med semesterår avses enligt 3 § semesterlagen tiden från och med den 1 april ett år till och med den 31 mars påföljande år. Av samma paragraf framgår att motsvarande tid närmast före ett semesterår kallas intjänandeår. 25 dagars semester utgör ett minimikrav och fler antal dagar får därmed föreskrivas i avtal. Semesterdagarna ska enligt 3 a § semesterlagen förläggas så att arbetstagaren har möjlighet att ta ut fem

²¹² Ericson och Eriksson, 2010, s. 13 och Wikrén, 2010, s. 11.

²¹³ Prop. 1995/96:162 s. 31 och 33.

²¹⁴ SOU 2008:95.

²¹⁵ Kommittédirektiv 2007:162 s. 1.

²¹⁶ Se prop. 2007/08:136, prop. 2008/09:200 och prop. 2009/10:45.

²¹⁷ Norberg, 2011, s. 211-212 och 221.

²¹⁸ SOU 2008:95 s. 15, Ericson och Eriksson, 2010, s. 26 och Wikrén, 2010, s. 11.

veckors ledighet i följd. I normalfallet räknas därför lördagar och söndagar inte som semesterdagar.²¹⁹ Deltidsarbetande och arbetstagare med oregelbunden arbetstid ska enligt 12 a § semesterlagen ha rätt till lika lång semesterledighet som heltidsanställda eller arbetstagare med regelbunden arbetstid.²²⁰

Eftersom semesterlagen utgör en social skyddslagstiftning omfattar den alla arbetstagare.²²¹ Dessutom omfattas alla typer av anställningsformer.²²² Särskilda bestämmelser för vissa kategorier av arbetstagare finns dock i de i 1 § uppräknade lagarna.²²³ Semesterlagen är till stor del tvingande till arbetstagarnas fördel. Som huvudregel är det därför enligt 2 § inte tillåtet att träffa avtal som medför sämre villkor än vad som följer av semesterlagen.²²⁴ Av 2 a § framgår emellertid att en del av lagens regler är dispositiva för att bättre kunna anpassas till olika verksamheters behov.²²⁵ En del lagregler kan arbetsgivaren därför frångå genom ett enskilt avtal med arbetstagaren. Andra regler är semidispositiva och kräver att avvikelser sker i kollektivavtal som slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation.²²⁶ Enligt tredje stycket i 2 a § kan kollektivavtalsbestämmelserna även omfatta arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalslutande arbetstagarorganisationen.

Ett flertal regler i semesterlagen berör frågor direkt eller indirekt knutna till sjukfrånvarande arbetstgares rätt till årlig betald semester. Eftersom semesterlagen till stora delar är semidispositiv ger enbart en beskrivning av semesterlagen inte en rättvisande bild av arbetstgarnas semesterförmåner i svensk rätt. I semesterlagen kompletteras inte heller semidispositiviteten med en EU-spärr. En EU-spärr skulle innebära att kollektivavtal enbart får föreskriva om avvikelser från lagen i den mån dessa avvikelser inte medför mindre förmånliga regler än vad som följer av arbetstidsdirektivet.²²⁷ I Sverige kan inte kollektivavtal allmängiltigförklaras.²²⁸ Däremot har svenska kollektivavtal en hög täckningsgrad och omfattar flertalet arbetstagare.²²⁹ Därför måste redogörelsen för sjukfrånvarande arbetstgares rätt till årlig betald semester även inkludera exempel från kollektivavtal. I

²¹⁹ Med vissa undantag för de som regelbundet arbetar lördag och söndagar enligt 9 § semesterlagen.

²²⁰ Se prop. 2009/10:4 s. 39.

²²¹ För begreppet arbetstagare se Ericson och Eriksson, 2010, s. 21-23 och Wikrén, 2010, s. 26-32. Se även t.ex. AD 2005 nr 16 och AD 2012 nr 24.

²²² Ericson och Eriksson, 2010, s. 21 och Wikrén, 2010, s. 25.

²²³ Lagen (1963:115) om förlängd semester för vissa arbetstagare med radiologiskt arbete, lagen (2010:449) om Försvarsmaktens personal vid internationella militära insatser, och lagen (2010:332) om vissa försvarsmaktsanställningar.

²²⁴ Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 26-27 och Wikrén, 2010, s. 36-37.

²²⁵ Ericson och Eriksson, 2010, s. 28.

²²⁶ Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 29-33, Garpe, 2010, s. 16-18 och Wikrén, 2010, s. 38-42.

²²⁷ Källström och Malmberg, 2013, s. 167. Jämför 2 § 4 st. LAS.

²²⁸ Källström och Malmberg, 2013, s. 184.

²²⁹ 2011 omfattade kollektivavtalen 88 % av alla löntagare, Medlingsinstitutets årsrapport 2012, s. 30.

framställningen nedan hämtas exempel från Villkorsavtalet²³⁰ gällande statligt anställda, AB²³¹ gällande kommunalt anställda, Tjänstemannaavtalen²³² för tjänstemän och Teknikavtalet IF Metall²³³ för arbetare.

Av betydelse är reglerna om hur rätten till årlig betald semester tjänas in och framförallt hur en arbetstagares sjukfrånvaro påverkar antalet betalda semesterdagar. Semesterlagen innehåller även regler om hur sjukfrånvaron påverkar storleken på den semesterlön som utgår under de betalda semesterdagarna. Utöver dessa frågeställningar berör semesterlagen frågor hänförliga till överföring av semester som pga. sjukdom inte har kunnat tas ut liksom arbetstagarens rättigheter när sjukdomstillstånd inträffar under en semesterledighet. Därutöver redogör semesterlagen för de situationer då arbetstagaren istället för betald semester har rätt till kontant ersättning. Däremot tar inte semesterlagen upp frågan om arbetstagare under sin sjukfrånvaro har rätt att ta ut semester eller inte.

4.2 Sjukfrånvarande arbetstagares rätt enligt sjukförsäkringen

En arbetstagare som enligt 4 § lagen (1991:1047) om sjuklön har nedsatt arbetsförmåga har rätt att av sin arbetsgivare få sjuklön under de första 14 dagarna av sjukperioden enligt 7 § sjuklönelagen.²³⁴ Under första sjuklönedagen har arbetstagaren, enligt 6 § 1 st. 1 p. sjuklönelagen, dock inte rätt till någon sjuklön. Av punkt 2 i paragrafen följer att sjuklönen under de därpå följande sjuklönedagarna utgör 80 % av anställningsförmånerna.

Efter att arbetsgivarens skyldighet att betala sjuklön upphört har en arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga istället rätt till sjukpenning enligt 6 kap. 6 och 8 §§ socialförsäkringsbalken (SFB).²³⁵ Bedömningen av arbetsförmågan sker enligt rehabiliteringskedjan i 27 kap. 46-55 b §§ SFB.²³⁶ Rätten till sjukpenning är enligt dessa regler tidsbegränsad.²³⁷ Enligt 46 § ska, under de första 90 dagarna av sjukperioden, vid bedömningen av arbetsförmågan, beaktas om den försäkrade på grund av sjukdom inte kan utföra sitt vanliga arbete eller ett därmed jämförligt arbete som arbetsgivaren tillfälligt kan erbjuda.²³⁸ Enligt 27 kap. 46 § 2 st. måste arbetsförmågan minst motsvara 25 % av ett vanligt heltidsarbete.²³⁹

²³⁰ Villkorsavtalet från 2013-06-01.

²³¹ Allmänna bestämmelser från 2012-05-01.

²³² Tjänstemannaavtalen 2012-02-01 – 2013-03-31.

²³³ Teknikavtalet IF Metall 2012-02-01 – 2013-03-31.

²³⁴ Läs mer om sjuklönelagen i Ryberg-Welander, 2011, s. 97-113.

²³⁵ SFS 2010:110.

²³⁶ För bedömning av arbetsförmågan se Mannelqvist, 2012.

²³⁷ Rydberg-Welander, 2011, s. 135.

²³⁸ Se Rydberg-Welander, 2011, s. 136-139.

²³⁹ Rydberg-Welander, 2011, s. 149.

Efter att arbetsförmågan har varit nedsatt i 90 dagar ska, vid bedömningen enligt 27 kap. 47 § SFB, beaktas om arbetstagaren istället kan försörja sig genom en omplacering till ett annat arbete hos arbetsgivaren. När arbetstagaren därefter har haft nedsatt arbetsförmåga i 180 dagar ska bedömningen av arbetstagarens arbetsförmåga, enligt 27 kap. 48 § SFB, om det inte finns särskilda skäl mot det, istället ske i förhållande till sådant förvärvsarbete som är normalt förekommande på arbetsmarknaden eller annat lämpligt arbete som är tillgängligt.²⁴⁰ Att arbetstagaren med stor sannolikhet kommer att kunna återgå i arbete hos arbetsgivaren utgör ett sådant särskilt skäl.²⁴¹ I enlighet med 27 kap. 49 § SFB ska bedömningen, efter 365 dagar, alltid ske i förhållande till hela arbetsmarknaden. Regleringen innebär att en arbetstagare normalt inte kommer att vara sjukskriven under mer än ett år.²⁴² Så snart arbetstagaren i enlighet med rehabiliteringskedjan anses ha arbetsförmåga, är tanken med systemet att arbetstagaren ska bli arbetslös och istället delta i Arbetsförmedlingens program.²⁴³

Av 27 kap. 19 § SFB följer att sjukpenning antingen lämnas på normalnivån som enligt 28 kap. 7 § 1 SFB, utgör 80 % av arbetstagarens sjukpenninggrundande inkomst (SGI), eller på fortsättningsnivån som enligt 28 kap. 7 § 2 SFB, utgör 75 % av arbetstagarens SGI.²⁴⁴ 25 kap. 5 § SFB uppställer dock ett tak för hur mycket arbetstagaren kan få i sjukpenning. Tjänar arbetstagaren mer än 7,5 gånger prisbasbeloppet per år ska den överstigande summan inte räknas med i arbetstagarens SGI. Enligt 27 kap. 21 § SFB utges sjukpenning på normalnivån under högst 364 dagar under en ramtid på 450 dagar. Har arbetstagaren enligt 23 § emellertid en allvarlig sjukdom kan sjukpenning lämnas på normalnivån under ett obegränsat antal dagar.²⁴⁵ När arbetstagaren inte längre har rätt till sjukpenning på normalnivån, men är fortsatt sjuk och saknar arbetsförmåga även för arbete som är normalt förekommande, har denne rätt till förlängd sjukpenning enligt 27 kap. 24 § SFB som lämnas på fortsättningsnivån under högst 550 dagar. Därutöver kan sjukpenning på fortsättningsnivån lämnas under ytterligare dagar under de förutsättningar som räknas upp i 27 kap. 24 a § SFB.²⁴⁶ Användningen av ytterligare dagar med sjukpenning ska tillämpas restriktivt.²⁴⁷ För den arbetstagare vars arbetsförmåga är långvarigt nedsatt ska enligt 33 kap. 2 § SFB, istället för sjukpenning, sjukersättning eller aktivitetsersättning utgå.

Att arbetstagaren är sjukskriven utgör inte saklig grund för uppsägning enligt 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Om nedsättningen av arbetsförmågan är stadigvarande och så väsentlig att arbetstagaren till följd av sjukdomen inte kan utföra något arbete av betydelse kan detta

²⁴⁰ Se Rydberg-Welander, 2011, s. 139-147.

²⁴¹ Prop. 2007/08:136 s. 68.

²⁴² Prop. 2009/10:4 s. 43.

²⁴³ Prop. 2007/08:136 s. 68.

²⁴⁴ För sjukpenninggrundande inkomst se 25 kap. SFB.

²⁴⁵ Prop. 2007/08:136 s. 80-81.

²⁴⁶ Se Rydberg-Welander, 2011, s. 129-131.

²⁴⁷ Prop. 2007/08:136 s. 80 och prop. 2009/10:45 s. 28.

förhållande dock medföra att saklig grund för uppsägning föreligger. Detta under förutsättning att arbetsgivaren uppfyllt sin omplaceringsskyldighet enligt 7 § 2 st. LAS och sitt rehabiliteringsansvar. Om arbetsgivaren inte kan finna andra arbetsuppgifter till arbetstagaren kan arbetsgivaren istället försöka omreglera anställningsavtalet så att arbetstagaren går ner i tjänst.²⁴⁸ Om arbetstagaren blir berättigad till hel sjukersättning utan tidsbegränsning kan anställningen enligt 33 § 2 st. LAS däremot upphöra. Enligt regeringen ska ändringarna av sjukförsäkringssystemet inte påverka arbetstagarens anställningsskydd men kan medföra att bedömningen av arbetstagarens möjlighet att återgå till sin anställning kommer att ske tidigare.²⁴⁹

4.3 Villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester

Rätten för en arbetstagare att komma i åtnjutande av en årlig betald semester regleras i 4 och 7 §§ semesterlagen. Arbetstagarens rätt till semesterledighet och rätt till semesterlön under sådan ledighet utgör två skilda förhållanden i svensk rätt. Varje arbetstagare har enligt 4 § 1 st. semesterlagen, utan krav på intjänande, rätt till 25 semesterdagar varje semesterår. Syftet med att föreskriva en rätt till semesterledighet utan krav på intjänande är att nyanställda liksom deltids- och korttidsanställda ska ha rätt till ledighet. Påbörjas anställningen efter den 31 augusti under intjänandeåret, har arbetstagaren emellertid enbart rätt till fem semesterdagar under den återstående delen av semesteråret. Arbetstagarens semesterledighet bör läggas ut under sommaren varför en anställd som påbörjar sin anställning efter denna tid inte hos sin nya arbetsgivare anses behöva ha rätt till mer än fem semesterdagar.²⁵⁰

För att ha rätt till semesterlön under semesterdagarna måste arbetstagaren, enligt 4 § 2 st., ha tjänat in sådan under intjänandeåret i enlighet med 7 §. Trots att arbetstagaren således har rätt till semesterledighet så fort han påbörjar sin anställning måste han ha arbetat och fått lön för att få rätt till semesterlön under ledigheten.²⁵¹ Den semesterlön som har tjänats in ska enligt 4 § 2 st. och 7 § semesterlagen, betalas ut under semesterdagarna följande semesterår. Enligt 7 § avgör anställningstiden under hur många semesterdagar arbetstagaren har rätt till semesterlön, inte sysselsättningsgraden eller arbetstidens förläggning. Eftersom en deltidsanställd arbetstagare är anställd varje dag under ett intjänandeår tjänar denne därmed in lika många semesterdagar med semesterlön som en heltidsanställd.²⁵²

Antalet betalda semesterdagar räknas ut enligt 7 § semesterlagen. Från det antal dagar som arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren under

²⁴⁸ Prop. 2007/08:136 s. 42-43. AD 2010 nr 3.

²⁴⁹ Prop. 2007/08:136 s. 72. Se dock Westregård, 2009, s. 57-76.

²⁵⁰ Prop. 1976/77:90 s. 105-106.

²⁵¹ Ericson och Eriksson, 2010, s. 46 och Wikrén, 2010, s. 62.

²⁵² Prop. 2009/10:4 s. 39-40.

intjänandeåret dras de dagar då arbetstagaren varit helt frånvarande från arbetet utan lön. Arbetsfria dagar så som lördagar och söndagar räknas med i anställningstiden. Sådan frånvaro som beror på semesterledighet, permittering eller ledighet som enligt 17-17 b §§ är semesterlönegrundande, liksom arbetsfria dagar under sådan frånvaro ska räknas in i anställningstiden. Arbetstagarens sammanlagda anställningstid under intjänandeåret divideras därefter med årets alla dagar, dvs. 365.²⁵³ För att komma fram till hur många betalda semesterdagar arbetstagaren har rätt till ska den kvot som då uppkommer multipliceras med antalet semesterdagar arbetstagaren har rätt till, enligt semesterlagen 25. Regeln i 7 § är tvingande och avsteg som medför mindre förmånliga villkor får inte tillämpas.

För att visa hur 4 och 7 §§ i semesterlagen fungerar används ett exempel. En arbetstagare som påbörjar sin anställning den 1 februari 2013 får enligt första stycket i 4 § rätt till fem semesterdagar fram till och med den 31 mars 2013. Under dessa fem semesterdagar har arbetstagaren ingen rätt till semesterlön eftersom arbetstagaren inte arbetat under intjänandeåret som föregår semesteråret. Efter den 1 april 2013 får arbetstagaren emellertid rätt till 25 nya semesterdagar. Eftersom han arbetat under intjänandeåret kommer arbetstagaren få rätt till semesterlön under ett antal av dessa nya semesterdagar. 1 februari till 31 mars omfattar 59 kalenderdagar. Eftersom arbetsfria dagar ska räknas in i anställningstiden har arbetstagaren varit anställd under 59 dagar. Har arbetstagaren under denna tid varit frånvarande av skäl som är semesterlönegrundande räknas även dessa dagar med i anställningstiden. Enligt 7 § ska anställningstiden, i detta fall 59, divideras med antalet dagar under intjänandeåret dvs. 365. Kvoten av denna uträkning ska sedan multipliceras med det antal semesterdagar arbetstagaren har rätt till, i detta fall 25, vilket leder till ett brutet tal, ca 4,04. Ett brutet tal ska enligt 7 § avrundas uppåt vilket leder till att arbetstagaren under semesteråret 1 april 2013 till och med 31 mars 2014 kommer ha rätt till 25 semesterdagar varav semesterlön kommer att betalas ut under fem av dessa.²⁵⁴ En anställd som därför påbörjar sin anställning i början av året får enligt beräkningen i 7 §, rätt till semesterlön under en del av den semesterledighet som tas ut under sommaren. Däremot har en arbetstagare rätt till full betald semester först när denne arbetat ett helt intjänandeår.²⁵⁵

De dagar då arbetstagaren inte har rätt till semesterlön ska läggas ut som obetalda semesterdagar.²⁵⁶ Enligt 12 b § semesterlagen ska de betalda semesterdagarna läggas ut först. Arbetstagaren kan, enligt 8 § 1 st. semesterlagen, välja att inte ta ut de obetalda dagarna. Arbetstagaren kan emellertid inte avstå från betalda semesterdagar eller begära att få ut semesterlön trots att ledigheten inte tas ut.²⁵⁷

²⁵³ Vid skottår 366.

²⁵⁴ Se exempel på uträkningar i prop. 2009/10:4 s. 41 och Ericson och Eriksson, 2010, s. 60.

²⁵⁵ Ericson och Eriksson, 2010, s. 46.

²⁵⁶ Garpe, 2010, s. 23.

²⁵⁷ Garpe, 2010, s. 19-20.

Regeln om intjänande- och semesterår i 3 § semesterlagen är enligt 2 a § semidispositiv. Därmed är det i överensstämmelse med lagen att i centrala kollektivavtal föreskriva att kalenderåret istället ska gälla, dvs. 1 januari till och med 31 december. Därutöver kan kollektivavtal liksom enskilda avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare innehålla bestämmelser om att intjänande- och semesterår ska sammanfalla. En sådan reglering leder till förmånligare villkor än semesterlagen eftersom arbetstagaren erhåller betald semester redan under sitt första anställningsår.²⁵⁸ Påbörjar arbetstagaren sin anställning efter den 31 augusti, bestäms antalet semesterdagar av hur många semesterdagar med semesterlön som arbetstagaren har rätt till enligt 7 § semesterlagen. Vid beräkningen kan det visa sig att arbetstagaren enbart har rätt till semesterlön under två semesterdagar vilket enligt 4 § 1 st. semesterlagen innebär att arbetstagaren därutöver har rätt till tre obetalda semesterdagar.²⁵⁹ Leder uträkningen istället till att arbetstagaren har rätt till semesterlön under fler än fem semesterdagar får alla dessa dagar läggas ut redan under semesteråret.²⁶⁰

Av de kollektivavtal jag har studerat ger alla, förutom Teknikavtalet IF Metall, sina arbetstagare rätt till fler än 25 semesterdagar varje år.²⁶¹ Både statligt anställda under Villkorsavtalet och kommunalt anställda under AB, har dessutom sammanfallande intjänande- och semesterår som följer kalenderåret.²⁶² Detta innebär att de tjänar in betald semester att ta ut redan första anställningsåret. Därför innehåller dessa avtal egna regler om beräkningen av antalet betalda semesterdagar.²⁶³ Tjänstemannaavtalen och Teknikavtalet IF Metall ger istället de lokala parterna eller arbetstagaren och arbetsgivaren rätt att avtala om sammanfallande intjänande- och semesterår.²⁶⁴ Beräkningen av antalet betalda semesterdagar enligt dessa avtal sker dock enligt motsvarande regler i semesterlagen.²⁶⁵

En arbetstagare och en arbetsgivare kan, utan att intjänandeåret sammanfaller med semesteråret, avtala om att arbetstagaren ska få rätt till semesterlön under sin semesterledighet, trots att anställningen påbörjats efter den 31 mars. Arbetstagaren får då semesterlön i förskott vilket enligt 29 a § semesterlagen, medför att arbetsgivaren, när anställningen avslutas inom fem år från när förskottet utgick, har rätt att göra avräkning från arbetstagarens fordran på semesterersättning. Avdrag får dock inte göras om anställningen upphör pga. arbetstagarens sjukdom.²⁶⁶

²⁵⁸ Se 1976/77:90 s. 173 och Ericson och Eriksson, 2010, s. 36-37.

²⁵⁹ Jämför exemplet i Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommentarer till Allmänna bestämmelser*, 2012, s. 98.

²⁶⁰ Ericson och Eriksson, 2010, s. 45-46.

²⁶¹ 5 kap. 3 § Villkorsavtalet, 27 § mom. 4-5 AB, 5 § mom. 3:1-2 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 2 Teknikavtalet IF Metall.

²⁶² 5 kap. 2 § Villkorsavtalet och 27 § mom. 2 AB för de kommunalt anställda som har fast lön.

²⁶³ 5 kap. 4 och 5 §§ Villkorsavtalet och 27 § mom. 6 AB.

²⁶⁴ 5 § mom. 2 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 1 Teknikavtalet IF Metall.

²⁶⁵ 5 § mom. 3:1 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 3-4 Teknikavtalet IF Metall.

²⁶⁶ Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 38 och 208-212.

4.4 Intjänandet av semester för sjukfrånvarande arbetstagare - semesterlönegrundande frånvaro

Av beräkningen i 7 § semesterlagen framgår att frånvaro från arbetet påverkar antalet semesterdagar med semesterlön. Frånvaron kan emellertid vara semesterlönegrundande enligt 17-17 b §§ semesterlagen och ska då räknas in i anställningstiden. Frånvaro från arbetet på grund av sjukdom är enligt 17 § semesterlönegrundande i upp till 180 dagar. Vid arbetsskada har arbetstagaren istället rätt att räkna hela frånvaron som semesterlönegrundande.

Enligt andra meningen i 17 § 1 st. semesterlagen räknas dagar då arbetstagaren inte skulle arbetat, exempelvis lördagar och söndagar, till en frånvaroperiod. När frånvaron varat längre tid än 180 dagar räknas inte heller de arbetsfria dagarna in i anställningstiden.²⁶⁷ Varje frånvaroperiod läggs ut kalendariskt, från den första till den sista dagen i perioden. Perioder som avser olika frånvarogrunder, t.ex. sjukdom enligt 17 § och föräldraledighet enligt 17 a §, ska inte läggas samman.²⁶⁸ Semesterlagsutredningen föreslog däremot att all frånvaro i 17-17 b §§, förutom arbetsskada, skulle summeras och tillsammans endast vara semesterlönegrundade i 180 dagar.²⁶⁹ Regeringen ansåg dock att det med hänsyn till EU-domstolens dom i *Schultz-Hoff* inte är lämpligt att införa ett system som i vissa fall kan innebära att semester inte intjänas under sjukdom.²⁷⁰

Enligt AD 1983 nr 149 förbrukar en sjukfrånvarande arbetstagare alltid en hel dag oavsett om arbetstagaren enbart varit sjukskriven halva dagen. Detta innebär att frånvaron även för en deltidssjukskriven arbetstagare upphör att vara semesterlönegrundande efter 180 dagar.²⁷¹ En sådan arbetstagare utför emellertid fortfarande arbete varje dag och är därmed anställd och tjänar in lika många semesterdagar som om han arbetat enligt sitt normala arbetstidsmått.²⁷² Istället påverkas storleken på semesterlönen.²⁷³ Är arbetstagaren däremot sjukfrånvarande på heltid förbrukas de 180 dagarna och resterande frånvaro räknas därefter inte in i anställningstiden. Arbetstagarens sjukfrånvaro påverkar därför antalet betalda semesterdagar på olika sätt beroende på hur frånvaron förläggs.²⁷⁴

Eftersom sjukdom och arbetsskada utgör två olika frånvarogrunder är det viktigt att fastställa om frånvaron beror på en arbetsskada eller annan

²⁶⁷ Wikrén, 2010, s. 143.

²⁶⁸ Garpe, 2010, s. 46-47.

²⁶⁹ SOU 2008:95 s. 80.

²⁷⁰ Prop. 2009/10:4 s. 44.

²⁷¹ Ericson och Eriksson, 2010, s. 143-144.

²⁷² Prop. 2009/10:4 s. 54. Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 123 och Garpe, 2010, s. 48.

²⁷³ Se kapitel 4.5 nedan.

²⁷⁴ SOU 2008:95 s. 134.

sjukdom.²⁷⁵ Med arbetsskada avses enligt 39 kap. 3 § socialförsäkringsbalken, en skada till följd av olycksfall eller annan skadlig inverkan i arbetet. Arbetsskadeprövningen görs av Försäkringskassan.²⁷⁶ Eftersom en sådan prövning ofta tar lång tid finns en risk att arbetstagarens rätt till semesterdagar med semesterlön hinner preskriberas. Det faller därmed på arbetstagaren, tillsammans med fackföreningen, att bevaka frågan i förhållande till arbetsgivaren för att få fastställt om frånvaron beror på en arbetsskada eller sjukdom. Vid en tvist mellan arbetstagaren och arbetsgivaren blir det i sista hand en fråga för domstolen att avgöra.²⁷⁷

Enligt 17 § 2 st. upphör frånvaron att vara semesterlönegrundande när arbetstagaren varit helt eller delvis frånvarande ett helt intjänandeår. Syftet är att en arbetstagare inte obegränsat ska kunna tjäna in semesterlön vid sjukfrånvaro. ”Arbetstagarens behov av att koppla av från arbetet tunnas ut och semesterätten förvandlas mer och mer till en ren löneförstärkning, om frånvaron pågår utan avbrott en längre tid.”²⁷⁸ Att inte uppställa någon tidsbegränsning och därmed låta all frånvaro vara semesterlönegrundande skulle enligt förarbetena, även leda till allt för stora kostnader för arbetsgivaren.²⁷⁹ Tidigare innehöll semesterlagen en regel som föreskrev att frånvaron upphörde att vara semesterlönegrundande först när arbetstagaren varit oavbrutet frånvarande från arbetet under två hela intjänandeår. Denna reglering medförde att det inte fanns någon tidsgräns för hur länge deltidssjukskrivna arbetstagare kunde ha semesterlönegrundande frånvaro eftersom de inte ansågs vara oavbrutet frånvarande.²⁸⁰ Tidsgränsen på ett helt intjänandeår gäller nu oavsett om arbetstagaren varit helt eller delvis frånvarande.²⁸¹ Riksdagen ändrade även regleringen för att det skulle vara i överensstämmelse med sjukförsäkringsreglerna, dvs. att arbetsgivarens skyldighet att betala semesterlön ska upphöra efter samma period som en normal heltidssjukskrivning.²⁸²

Regleringen i 17 § semesterlagen innebär att en sjukfrånvarande arbetstagare inte fortsätter att tjäna in betalda semesterdagar efter att denne varit frånvarande från arbetet i mer än 180 dagar under ett helt intjänandeår. Återgår arbetstagaren till arbetet under mer än 14 dagar enligt dennes normala sysselsättningsgrad påbörjas en ny beräkning av ett helt intjänandeår. Detta innebär att både den gamla och den nya sjukperioden är semesterlönegrundande under 180 dagar.²⁸³

För att åskådliggöra hur 17 § semesterlagen fungerar används ett exempel. En arbetstagare blir sjuk den 1 juni 2010 och fortsätter att vara frånvarande pga. sjukdom fram till och med den 30 april 2012. Arbetstagaren har då

²⁷⁵ Ericson och Eriksson, 2010, s. 149-150.

²⁷⁶ Ericson och Eriksson, 2010, s. 150. Se kap. 40 och 41 SFB.

²⁷⁷ Ericson och Eriksson, 2010, s. 152.

²⁷⁸ Wikrén, 2010, s. 145.

²⁷⁹ SOU 2008:95 s. 148.

²⁸⁰ AD 1982 nr 72.

²⁸¹ Se prop. 2009/10:4 s. 43.

²⁸² Prop. 2009/10:4 s. 43.

²⁸³ Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 155.

varit frånvarande från arbetet ett helt intjänandeår först den 31 mars 2012 eftersom sjukfrånvaron inleddes efter att intjänandeåret 1 april 2010 till 31 mars 2011 påbörjats. Detta innebär att frånvaron är semesterlönegrundande 180 dagar under tiden 1 juni 2010 till 31 mars 2011 och 180 dagar under tiden 1 april 2011 till 31 mars 2012. Om inte sjukfrånvaron har avbrutits genom en arbetsperiod överstigande 14 dagar upphör sjukledigheten att vara semesterlönegrundande efter den 31 mars 2012.²⁸⁴ Sker ett sådant avbrott i frånvaron börjar en ny period för beräkningen av semesterlönegrundande frånvaro att löpa.²⁸⁵

Det finns inget krav på att arbetstagaren måste vara anmäld till Försäkringskassan eller vara berättigad till sjukpenning.²⁸⁶ Däremot utgör utbetalning av sjukpenning ett starkt stöd för att frånvaron ska anses vara semesterlönegrundande.²⁸⁷ Semesterlagen ställer inte heller krav på att arbetstagaren ska visa upp ett sjukintyg. Vid en eventuell tvist är det emellertid upp till arbetstagaren att visa att hans frånvaro berott på sjukdom eller arbetsskada.²⁸⁸ 17 § är tvingande till arbetstagarens fördel och 2 § tillåter därmed inte att mindre förmånliga villkor tillämpas.

Av de kollektivavtal som undersökts framgår att varken Villkorsavtalet för statligt anställda eller Tjänstemannaavtalen utökar sjukfrånvarande arbetstagares rätt till semesterlönegrundande frånvaro. Däremot föreskriver Teknikavtalet IF Metall, precis som semesterlagen tidigare gjorde, att frånvaron upphör att vara semesterlönegrundande först efter två hela intjänandeår. Både AB och Teknikavtalet IF Metall innehåller dessutom regler som ger deltidssjukskrivna arbetstagare rätt till längre semesterlönegrundande frånvaro.²⁸⁹ Detta påverkar inte antalet betalda semesterdagar eftersom en arbetstagare som arbetar deltid är anställd och tjänar in lika många semesterdagar som en heltidsanställd. Istället påverkar kollektivavtalsbestämmelserna storleken på semesterlönen.²⁹⁰

4.5 Beräkningsmetod för semesterlönen vid sjukfrånvaro

För att räkna ut hur mycket semesterlön en arbetstagare har rätt till under de betalda semesterdagarna tillämpas 16-16 b §§ semesterlagen. När arbetstagaren har lön bestämd per vecka eller månad används sammalöneregeln i 16 a §. Procentregeln i 16 b § tillämpas istället när arbetstagaren t.ex. har en varierande sysselsättningsgrad. Båda

²⁸⁴ Se exempel på uträkningar i Ericson och Eriksson, 2010, s. 154-155, Garpe, 2010, s. 48 och SOU 2008:95 s. 88-90.

²⁸⁵ Ericson och Eriksson, 2010, s. 155.

²⁸⁶ Ericson och Eriksson, 2010, s. 144.

²⁸⁷ AD 1986 nr 133. Jämför AD 1987 nr 20.

²⁸⁸ Ericson och Eriksson, 2010, s. 144 och Wikrén, 2010, s. 143-144.

²⁸⁹ 27 § mom. 14 AB och 6 § mom. 12 Teknikavtalet IF Metall.

²⁹⁰ SOU 2008:95 s. 84-85. Jämför Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommentarer till Allmänna bestämmelser*, 2012, s.107-110 och IF Metall och Teknikarbetsgivarna, *Gemensamma avtalskommentarer Teknikavtalet IF Metall*, 2010, s. 99-100.

beräkningsreglerna bygger på att arbetstagaren under sin semester ska ha minst samma ekonomiska standard som då arbete utförs.²⁹¹ Därför ska det inte ha någon ekonomisk betydelse vilken av beräkningsmetoderna som används.²⁹² Av 16 § framgår att arbetsgivaren kan välja vilken av reglerna han vill använda och enligt 2 a § 2 st. i semesterlagen är 16-16 b §§ dessutom semidispositiva. Andra beräkningsregler får därmed uppställas i centrala kollektivavtal.

Sammalöneregeln i 16 a § innebär att arbetstagaren, vid semesterledigheten, får en semesterlön motsvarande den vid semestertillfället aktuella vecko- eller månadslönen. Därutöver har arbetstagaren rätt till ett semestertillägg. Har arbetstagaren dessutom rörliga lönedelar ska semesterlönen även inkludera 12 % av den sammanlagda förfallna rörliga lönen under semesteråret.²⁹³ Vid beräkningen av arbetstagarens semesterlön enligt procentregeln i 16 b § ska semesterlönen istället utgöra 12 % av arbetstagarens hela förfallna lön under intjänandeåret.²⁹⁴ En arbetstagares sjukfrånvaro påverkar dock storleken på semesterlönen enligt beräkningarna i 16-16 b §§.

Sammalöneregeln tillämpas för arbetstagare med fast vecko- eller månadslön när all frånvaro enligt 16 § 2 st. 5. varit semesterlönegrundande. Arbetstagarens aktuella lön vid semestertillfället inklusive ett semestertillägg ska då utgå under semestern.²⁹⁵ Vid uträkningen av den rörliga lönedelen sker emellertid ingen kompensation för den semesterlönegrundande frånvaron.²⁹⁶ Dessutom tillämpas sammalöneregeln enligt 16 § 2 st. 5., när arbetstagaren varit frånvarande i sådan omfattning att frånvaron inte längre är semesterlönegrundande men har pågått i samma omfattning under hela intjänandeåret och pågår i denna omfattning även vid semestertillfället. Därför kan sammalöneregeln tillämpas på en arbetstagare som under flera år varit sjukskriven på halvtid. Den vid semestertillfället aktuella vecko- eller månadslönen är då den halvtidslön som arbetsgivaren betalar ut till den sjukskrivne.²⁹⁷

Av 16 § 2 st. 5 följer att procentregeln istället tillämpas när arbetstagaren varit frånvarande under intjänandeåret av skäl som inte är semesterlönegrundande enligt 17-17 b §§. Det kan här handla om sjukfrånvaro som är semesterlönegrundande men som överstigit gränsen på 180 dagar.²⁹⁸ Dessutom kan procentregeln tillämpas trots att all frånvaro är semesterlönegrundande om arbetstagaren t.ex. enligt 16 § har en varierad

²⁹¹ Prop. 2009/10:4 s. 53.

²⁹² Ericson och Eriksson, 2010, s. 119.

²⁹³ Rörliga lönedelar utgör t.ex. ersättning för övertid eller obekväm arbetstid. Utgår den rörliga lönedelen regelbundet och uppgår till 10 % av den sammanlagda lönen ska procentregeln tillämpas istället, Garpe, 2010, s. 38-39.

²⁹⁴ Se prop. 2009/10:4 s. 53-56.

²⁹⁵ Se prop. 2009/10:4 s. 48 och 72.

²⁹⁶ Se prop. 2009/10:4 s. 73. I 5 § mom. 4:1 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 9 Teknikavalet IF Metall kompenseras däremot arbetstagaren även för förlorad rörlig lön.

²⁹⁷ Jämför SOU 2008:95 s. 74 och prop. 2009/10:4 s. 54.

²⁹⁸ SOU 2008:95 s. 74.

sysselsättningsgrad. Om arbetstagaren har fått ersättning under den semesterlönegrundande frånvaron, t.ex. deltidslön eller sjuklön ska denna summa enligt 16 b § 2 st. 2 räknas från arbetstagaren sammanlagda förfallna lön under intjänandeåret.²⁹⁹ Istället ska arbetstagaren under denna tid anses ha haft en inkomst av anställningen som om arbetet utförts i normal omfattning.³⁰⁰

Är all frånvaro semesterlönegrundande medför reglerna att arbetstagaren ska få lika mycket semesterlön som om han istället hade arbetat.³⁰¹ När arbetstagarens frånvaro inte längre är semesterlönegrundande tjänar denne däremot inte in mer semesterlön enligt beräkningarna i 16-16 b §§. Semesterlagen leder till olika resultat beroende på hur sjukfrånvaron förläggs. Om arbetstagaren är sjukfrånvarande varannan dag under ett år kan alla dessa dagar vara semesterlönegrundande enligt 17 §. Arbetstagaren tjänar således in semesterlön under detta år precis som om han inte varit frånvarande. Är arbetstagaren emellertid sjuk halva dagar, ska arbetstagaren under 180 av dessa dagar anses ha arbetat enligt sitt normala arbetstidsmåt och fått full lön enligt 16 b § 3 st. De kvarvarande 185 dagarna av året kan arbetstagaren enbart tillgodoräkna sig sin halvtidslön. För arbetstagare som är sjukfrånvarande halva dagar kommer semesterlönen därmed bli lägre under var och en av de 25 semesterdagarna.³⁰²

Av de undersökta kollektivavtalen tillämpar alla sammalöneregeln förutom AB vad gäller kommunalt anställda som inte har fast lön.³⁰³ Beräkningen av semesterlönen för sjukfrånvarande arbetstagare skiljer sig däremot åt mellan de olika kollektivavtalen. Gemensamt för dem är att de tillämpar villkor som leder till samma eller bättre resultat för arbetstagaren än semesterlagen. Enligt AB har t.ex. kommunalt anställda som är deltidssjukskrivna, rätt till en semesterlön som beräknas på deras normala sysselsättningsgrad trots att frånvaron upphört att vara semesterlönegrundande enligt semesterlagen. En kommunalt anställd som t.ex. är sjukskriven på halvtid under ett helt intjänandeår har därför, till skillnad från semesterlagen, rätt till full semesterlön.³⁰⁴ Vid beräkningen av semesterlönen för en deltidssjukskriven arbetare enligt Teknikavtalet IF Metall anses istället all frånvaro vara semesterlönegrundande under det intjänandeår insjuknandet sker. Dessutom upphör frånvaron att vara semesterlönegrundande vid beräkningen av arbetstagarens sysselsättningsgrad, först när arbetstagaren varit helt eller delvis frånvarande två hela intjänandeår.³⁰⁵

²⁹⁹ Se prop. 2009/10:4 s. 47-48.

³⁰⁰ Se prop. 2009/10:4 s. 55.

³⁰¹ Jämför prop. 2009/10:4 s. 47.

³⁰² SOU 2008:95 s. 84-85.

³⁰³ 5 kap. 14 § Villkorsavtalet, 27 § mom. 15-16 AB, 5 § mom. 4:1 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 9-10 Teknikavtalet IF Metall.

³⁰⁴ Det är dock oklart i vilken omfattning arbetstagaren måste arbeta deltid för att få denna utökade rätt. Se Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommentarer till Allmänna bestämmelser*, 2012, s. 108-110.

³⁰⁵ 6 § mom. 10 och 12 Teknikavtalet IF Metall. Se IF Metall och Teknikarbetsgivarna, *Gemensamma avtalskommentarer Teknikavtalet IF Metall*, 2010, s. 99-102.

4.6 Rätt att ta ut semester under sjukfrånvaron

Semesterlagen berör inte frågan om en arbetstagare har rätt att ta ut semester under sin sjukfrånvaro. Av 25 kap 28 § och 28 kap. 19 § SFB framgår emellertid att semester inte ska likställas med förvärvsarbete och att semesterlön inte är att betrakta som lön vid beräkning av sjukpenning.³⁰⁶ Av de undersökta kollektivavtalen framkommer att arbetstagare under Villkorsavtalet och AB har rätt att ta ut semester under samma period som arbetstagaren får sjukpenning.³⁰⁷

Vill en arbetstagare som enbart är sjukfrånvarande på deltid, t.ex. del av dag, ta ut semester avräknas en hel semesterdag från semesterledigheten enligt 3 a § semesterlagen.³⁰⁸ Tillsammans med 12 a § innebär detta att en arbetstagare som arbetar exempelvis två dagar i veckan och är ledig eller sjukskriven övriga dagar, vid semesterledighet måste ta ut fem semesterdagar per vecka.³⁰⁹ Kollektivavtalen innehåller olika beräkningar för att förläggningen av semestern ska bli lika oavsett sysselsättningsgrad.³¹⁰

4.7 Överföring av semester som på grund av sjukfrånvaro inte har tagits ut

En arbetstagare som under ett semesterår har rätt till fler än 20 betalda semesterdagar kan enligt 18 § semesterlagen, välja att spara en eller flera av dessa dagar i upp till fem år. När de sparade semesterdagarna sedan läggs ut ska de enligt 22 § beräknas enligt 16-16 b §§ och anses vara intjänade under det närmast föregående intjänandeåret. Enligt 26 a § semesterlagen ska semesterdagar med semesterlön som inte har sparats enligt 18 § och som inte heller har kunnat läggas ut under semesteråret ersättas med semesterlön vid semesterårets utgång. Semesterlön ska dock enbart betalas ut för det antal dagar som tillsammans med det antal dagar som intjänats under intjänandeåret, överstiger 25. Denna begränsning medför att arbetstagaren har rätt att ta ut 25 semesterdagar med semesterlön, eller färre om inte 25 betalda semesterdagar har hunnit tjänas in, under det nya semesteråret.³¹¹ Förutsättningen är att frånvaron har varit av sådan omfattning att det inte har varit möjligt att lägga ut semesterdagarna.³¹²

³⁰⁶ Se Arbetsgivarverket, *Om sjukfrånvaro och rehabilitering – en vägledning för statliga arbetsgivare*, 2011, s. 47-48.

³⁰⁷ Se Arbetsgivarverket, *Om semester – en vägledning för statliga arbetsgivare*, 2009:7, s. 34 och Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommentarer till Allmänna bestämmelser*, 2012, s. 103.

³⁰⁸ Lundin och Englund, 2010, s. 51-52. Jämför Arbetsgivarverket, *Om semester – en vägledning för statliga arbetsgivare*, 2009:7, s. 36-37.

³⁰⁹ Jämför Ericson och Eriksson, 2010, s. 98-99 och Wikrén, 2010, s. 53-54 och 99.

³¹⁰ Se 5 kap. 9-11 §§ Villkorsavtalet, 27 § mom. 7 AB, 5 § mom. 8 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 8 Teknikavtalet IF Metall.

³¹¹ Se 2009/10:4 s. 85.

³¹² Lundin och Englund, 2010, s. 45.

Innan 26 a § infördes ersattes alla betalda semesterdagar som inte kunnat tas ut under semesteråret, med semesterlön vid semesterårets utgång. Enligt förarbetena följer det emellertid av artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet att rätten till årlig betald semester enbart får ersättas med pengar när anställningen avslutas. Det är regeringens uppfattning att arbetstidsdirektivet inte hindrar att viss semester trots allt ersätts med pengar. Annars skulle reglerna kunna leda till att en långtidssjukskriven arbetstagare tar ut en stor mängd inestående betald semester, när denne åter är i tjänst. Enligt regeringen måste det därför finnas en gräns för hur många semesterdagar med semesterlön som ska kunna sparas. Syftet med 26 a § är dock att även arbetstagare som varit frånvarande under en längre period ska kunna få betald semesterledighet.³¹³

I förarbetena uppställs ett exempel på hur 26 a § fungerar. En arbetstagare är frånvarande pga. sjukdom hela semesterår 1 varför de 25 betalda semesterdagarna inte har kunnat läggas ut. Under detta år är 180 av frånvarodagarna semesterlönegrundande vilket enligt 7 § semesterlagen medför att arbetstagaren tjänar in 13 nya betalda semesterdagar. Enligt första meningen i 26 a § förfaller de 25 inestående semesterdagarna till betalning vid semesterårets slut. Men för att arbetstagaren, under semesterår 2, ska kunna ta ut 25 dagars betald semester ska semesterlön enbart betalas ut för det antal dagar som tillsammans med de intjänade dagarna under semesterår 1 överstiger 25.13 av de 25 inestående betalda semesterdagarna ska därmed ersättas med semesterlön och betalas ut vid semesterårets slut. Efter denna utbetalning återstår 12 av de sedan tidigare intjänade semesterdagarna med semesterlön och 13 nya betalda semesterdagar som intjänats under semesterår 1. Därmed har arbetstagaren möjlighet att ta ut 25 dagars betald semester om denne åter är i tjänst semesterår 2.³¹⁴ Om arbetstagaren i exemplet, i enlighet med 18 §, väljer att spara det antal semesterdagar som överstiger 20 blir uträkningen något annorlunda. Sparar arbetstagaren 5 semesterdagar med semesterlön återstår enbart 8 semesterdagar som ska ersättas med semesterlön vid semesterårets slut. Detta innebär att arbetstagaren har möjlighet att ta ut 30 betalda semesterdagar under semesterår 2.³¹⁵

Semesterlönen för de semesterdagar som ska ersättas med semesterlön beräknas enligt reglerna i 16-16 b §§ och betalas ut senast en månad efter semesterårets utgång. Enligt sammalöneregeln i 16 a § innebär det att semesterlönen ska beräknas på den inkomst arbetstagaren skulle ha haft om han arbetat. Vecko- eller månadslönen vid semesterårets utgång ska därför läggas till grund för beräkningen. Om procentregeln i 16 b § tillämpas ska istället lönen under hela intjänandeåret styra storleken på semesterlönen.³¹⁶

³¹³ Prop. 2009/10:4 s. 60.

³¹⁴ Prop. 2009/10:4 s. 85.

³¹⁵ Ericson och Eriksson, 2010, s. 197.

³¹⁶ Prop. 2009/10:4 s. 85.

En arbetstagare som vill göra gällande en fordran på semesterlön måste enligt 33 § semesterlagen, väcka talan inom två år från utgången av det semesterår då arbetstagaren enligt lagen skulle ha fått den förmån som begäran gäller. Om arbetstagaren försummar denna tid, preskriberas rätten till talan. Enligt förarbetena kan inte de inestående semesterdagarna med semesterlön i 26 a § betraktas som ”förmåner som skulle ha erhållits under det semesterår då de ursprungligen skulle ha lagts ut”.³¹⁷ Regeln innebär istället att förmånen flyttas fram till nästa semesterår. Kan de inestående betalda semesterdagarna inte läggas ut då heller, flyttas de åter framåt. Vid varje byte av semesterår flyttas även fordran på semesterlön och därmed finns det ingen risk för att fordran preskriberas.³¹⁸

Enligt andra stycket i 2 a § semesterlagen får centrala kollektivavtal föreskriva avvikelser från regeln i 26 a §. För en statligt anställd enligt Villkorsavtalet, som pga. sjukdom inte har kunnat ta ut sin semester, omvandlas de outtagna dagarna till sparad semester. Eftersom arbetstagaren enligt avtalet enbart får ha upp till 35 semesterdagar sparade ska arbetsgivaren betala ut semesterlön för det överskjutande antalet dagar.³¹⁹ För kommunalt anställda under AB ska istället kontant ersättning betalas ut för det antal outtagna semesterdagar som överstiger 40.³²⁰

4.8 När sjukdomstillstånd inträffar under semesterledighet

Syftet med semestern är att arbetstagaren ska få tid för vila och återhämtning. För att detta syfte ska uppnås förutsetts att arbetstagaren är frisk under semestern. Sammanfaller semesterledigheten med att arbetstagaren blir sjuk uppfylls inte syftet med semestern.³²¹ Av 15 § semesterlagen följer därför att om det under semesterledigheten infaller en eller flera dagar då arbetstagaren inte hade kunnat arbeta pga. sjukdom, ska dessa dagar inte räknas som semesterdagar.

För att få rätt att avräkna en semesterdag krävs att arbetstagaren har varit förhindrad att arbeta hela dagen. Eftersom semesterledigheten enligt 3 a § semesterlagen räknas i hela dagar kan en arbetstagare som enbart är delvis förhindrad att arbeta under en dag, inte avräkna en sådan dag från semesterledigheten.³²² 15 § omfattar både arbetstagarens betalda och obetalda semesterdagar.³²³ Det finns ingen gräns för hur många dagar en sjuk arbetstagare får avräkna från semesterledigheten. Detta gäller även om arbetstagaren redan har förbrukat sina 180 semesterlönegrundande dagar.³²⁴

³¹⁷ Prop. 2009/10:4 s. 61.

³¹⁸ Prop. 2009/10:4 s. 61.

³¹⁹ 5 kap. 15 § Villkorsavtalet.

³²⁰ 27 § mom. 19 AB.

³²¹ Prop. 1976/77:90 s. 42-43.

³²² Ericson och Eriksson, 2010, s. 111 och Garpe, 2010, s. 35.

³²³ Ericson och Eriksson, 2010, s. 110.

³²⁴ Ericson och Eriksson, 2010, s. 111 och Wikrén, 2010, s. 111-112. Se dock Garpe, 2010, s. 36.

Det spelar ingen roll om sjukdomen har inträffat före eller sker under semesteren.³²⁵ Har frånvaroorsaken inletts redan innan semesterledigheten börjar bör arbetstagaren emellertid meddela arbetsgivaren och parterna kan då komma överens om att skjuta semesteren framåt.³²⁶

Arbetstagaren måste, utan dröjsmål, begära avräkning hos arbetsgivaren. Detta krav är uppfyllt om arbetstagaren anmäler sjukdomen till arbetsgivaren när arbetstagaren är tillbaka från semesteren. Dessutom måste arbetstagaren kunna bevisa att det finns skäl för avräkning genom att t.ex. visa upp ett läkarintyg.³²⁷ I AD 1981 nr 25 var arbetstagaren enligt ett kollektivavtal skyldig att visa upp ett läkarintyg inom tre veckor från det att semesteren tagit slut för att få rätt att avräkna dagar med sjukdom eller arbetsskada från semesterledigheten. Eftersom arbetsgivaren inte kunde bevisa att arbetstagaren känt till detta krav fann AD att arbetstagaren, trots att han missat tidsfristen, hade rätt att avräkna dagarna från semesterledigheten.³²⁸

Semesterlönen ska enligt 26 § semesterlagen betalas ut i samband med semesterledigheten. Detta innebär att en arbetstagare som under sin semesterledighet blir sjuk, och först efter återkomst i arbetet, begär avräkning, redan har fått ut sin semesterlön. Arbetstagaren blir inte återbetalningsskyldig men har istället inte rätt till ytterligare semesterlön under ersättningssemesteren. Därför bygger semesterlagen på att arbetstagaren istället tar ut sjuklön eller sjukpenning under de dagar av semesteren som denne är sjuk. För att ha rätt till sjuklön måste arbetstagaren omedelbart anmäla sitt sjukdomstillstånd till arbetsgivaren.³²⁹

Enligt 15 § ska de dagar som har avräknats från semesteren tas ut senare, i ett sammanhang, om arbetstagaren inte medger annat. Arbetstagaren har inte rätt att få ut sin ersättningssemester i omedelbar anslutning till den redan uttagna semesteren.³³⁰ Om det inte har skett någon förhandling med arbetstagarens organisation ska arbetsgivaren, enligt 10 § 3 st. semesterlagen, samråda med arbetstagaren om förläggningen av semesteren. Kommer arbetsgivaren och arbetstagaren inte överens är det arbetsgivaren som bestämmer när semesteren ska förläggas. Om semesteren t.ex. på grund av sjukfrånvaro inte har kunnat läggas under den återstående delen av semesteråret tillämpas 26 a § om utbetalning av semesterlön och överföring av semesterdagar.³³¹ 15 § är tvingande till arbetstagarens förmån vilket innebär att det endast är arbetstagaren själv som disponerar över rätten. En facklig organisation kan enbart företräda arbetstagaren efter ett särskilt bemyndigande från denne.³³²

³²⁵ Prop. 1976/77:90 s. 42-43.

³²⁶ Ericson och Eriksson, 2010, s. 112 och Garpe, 2010, s. 36.

³²⁷ Prop. 1976/77:90 s. 43.

³²⁸ Jämför AD 1982 nr 162.

³²⁹ Prop. 1976/77:90 s. 42-43. Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 114-116, Wikrén, 2010, s. 113-114 och AD 1994 nr 55.

³³⁰ Ericson och Eriksson, 2010, s. 113 och Wikrén, 2010, s. 113.

³³¹ Ericson och Eriksson, 2010, s. 113-114.

³³² Wikrén, 2010, s. 115.

4.9 Rätt till kontant ersättning istället för ledighet

Från huvudregeln i 4 § semesterlagen, att alla arbetstagare har rätt till 25 semesterdagar varje semesterår, får det under vissa förutsättningar göras undantag för korttidsanställda enligt 5 § semesterlagen. Tidigare saknade korttidsanställda rätt till semesterledighet. Istället fick de ut semesterersättning. Utgångspunkten numera är att en arbetstagare bör ha rätt till semesterledighet oavsett längden på anställningen och antalet arbetade timmar. I de fall anställningen varar en mycket kort period kan det emellertid vara svårt att lägga ut semesterledighet.³³³ När en anställning därför inte avser att pågå i mer än tre månader får arbetsgivaren och arbetstagaren, enligt 2 a § 1 st. och 5 § semesterlagen, avtala om att semesterledigheten inte ska läggas ut och att semesterersättning istället ska utgå.

En arbetstagare som faller under AB, som inte har haft tidigare anställning hos arbetsgivaren under semesteråret och vars anställning varar kortare tid än tre månader, har enligt 27 § mom. 3 AB ingen rätt till semesterledighet. Enligt regeringen är detta i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet och EU-domstolens dom i *BECTU* ”eftersom rätten till semester inte beskärs”.³³⁴ Om ett avtal träffas av denna innebörd men det visar sig att arbetet kommer att pågå längre tid än tre månader, har arbetstagaren istället rätt till semesterledighet.³³⁵ Det är däremot förbjudet att även avtala bort rätten till semesterersättning. Semesterersättningen kan betalas ut i samband med löneutbetalningen men av lönebeskedet måste då gå att utläsa vilken del av utbetalningen som utgör semesterersättning.³³⁶ Det är upp till arbetsgivaren att bevisa att semesterersättningen har betalats ut.³³⁷

När en anställning upphör har arbetstagaren, enligt 28 § 1 st., rätt att få semesterersättning för den semesterlön som arbetstagaren har tjänat in men inte tagit ut. Semesterersättningen omfattar all inestående semesterlön dvs. sparad semesterlön, tidigare intjänad semesterlön liksom den semesterlön som har tjänats in under det år anställningen avslutas.³³⁸ Anställningen anses avslutad när arbetstagaren säger upp sig själv, blir uppsagd, avskedad, går i pension eller avlider.³³⁹ Anställningen anses emellertid inte avslutad när arbetstagaren permitteras eller när arbetstagaren eller arbetsgivaren vidtar stridsåtgärder.³⁴⁰ Semesterersättning ska inte heller betalas ut när parterna påbörjar ett nytt anställningsavtal i nära anslutning till det gamla, när

³³³ Prop. 2009/10:4 s. 36-37.

³³⁴ Prop. 2009/10:4 s. 37.

³³⁵ Ericson och Eriksson, 2010, s. 48.

³³⁶ 2009/10:AU4 s. 8

³³⁷ Ericson och Eriksson, 2010, s. 50.

³³⁸ Ericson och Eriksson, 2010, s. 199 och Wikrén, 2010, s. 184.

³³⁹ Garpe, 2010, s. 61 och Wikrén, 2010, s. 185.

³⁴⁰ Wikrén, 2010, s. 186.

företaget övergår till en ny ägare eller när arbetstagaren byter anställning inom samma koncern.³⁴¹ Enligt 28 § 2 st. ska dock semesterersättning under vissa förutsättningar betalas ut vid ändrade anställningsförhållanden, t.ex. när arbetstagaren övergår till sammanfallande intjänande- och semesterår.³⁴²

Beräkningen av den semesterersättning som ska utgå till korttidsanställda eller när en anställning avslutas ska enligt 29 § semesterlagen, ske på samma sätt som vid semesterlönen, dvs. enligt sammalöne- eller procentregeln i 16-16 b §§.³⁴³ Enligt andra meningen i 29 § ska semesterersättningen för sparade semesterdagar beräknas som om semesterdagarna tagits ut under det semesterår som anställningen avslutas.³⁴⁴ Har arbetstagaren mottagit semesterlön i förskott följer av 29 a § att arbetsgivaren ska minska semesterersättningen med den redan utgivna semesterlönen. Detta gäller dock inte när den semesterlön som gavs i förskott utbetalades mer än fem år före anställningens upphörande eller om anställningen upphört på grund av arbetstagarens sjukdom. För att avräkning ska få ske mot inestående lön krävs emellertid ett uttryckligt avtal mellan arbetstagaren och arbetsgivaren.³⁴⁵ Av de undersökta kollektivavtalen innehåller både Tjänstemannaavtalen och Teknikavtalet IF Metall en klausul om att arbetsgivaren ska ha rätt att dra av förskottet mot arbetstagarens lön.³⁴⁶

Eftersom 29-29 a §§ semesterlagen är semidispositiva enligt 2 a § 2 st. kan centrala kollektivavtal föreskriva om andra beräkningsmetoder för semesterersättningen. Så sker både i Villkorsavtalet, Tjänstemannaavtalen och Teknikavtalet IF Metall.³⁴⁷

4.10 Sammanfattning

Arbetstidsdirektivets regler om semester har implementerats i semesterlagen. Lagen berör flera frågor som direkt eller indirekt är hänförliga till sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Eftersom semesterlagen till stora delar är semidispositiv kompletteras flera av lagens bestämmelser med kollektivavtalsregler. Därför är det inte tillräckligt att hänvisa till semesterlagens bestämmelser vid en redogörelse för svensk semesterrätt. För att ge en rättvisande bild av den svenska regleringen måste även kollektivavtalsbestämmelser studeras. Dessutom bör semesterreglerna läsas tillsammans med sjukförsäkringsreglerna. Enligt socialförsäkringsbalken ska en arbetstagares sjukskrivning upphöra så fort arbetstagaren bedöms ha arbetsförmåga. I första hand i förhållande till sitt eget arbete inom 90 dagar från insjuknandet. Efter att arbetstagaren har varit

³⁴¹ 28 1 st., 30 b och 31 §§ semesterlagen.

³⁴² Se Wikrén, 2010, s. 186-187.

³⁴³ Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 204-206.

³⁴⁴ Se Ericson och Eriksson, 2010, s. 206. Jämför prop. 2009/10:4 s. 57-59.

³⁴⁵ Wikrén, 2010, s. 191.

³⁴⁶ 5 § mom. 6 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 5 Teknikavtalet IF Metall.

³⁴⁷ 3 kap. 2 § och 5 kap. 16 § Villkorsavtalet, 5 § mom. 4:2 Tjänstemannaavtalen och 6 § mom. 13 Teknikavtalet IF Metall.

sjukskriven under 180 dagar ska bedömningen, om det inte finns särskilda skäl emot det, istället ske i förhållande till hela arbetsmarknaden.

Tillämpningen av rehabiliteringskedjan leder till att arbetstagaren normalt enbart kommer att vara sjukskriven under ett år. Därefter blir arbetstagaren istället arbetslös.

Att arbetstagaren är sjukskriven utgör som huvudregel inte saklig grund för uppsägning. Är en arbetstagare sjuk har arbetsgivaren först möjlighet att säga upp arbetstagaren när dennes arbetsförmåga är stadigvarande nedsatt och arbetstagaren inte längre kan utföra något arbete av betydelse för arbetsgivaren, under förutsättning att arbetstagaren har fullgjort sin omplaceringsskyldighet och sitt rehabiliteringsansvar. Är dessa krav inte uppfyllda kan arbetsgivaren istället försöka omreglera anställningsavtalet.

Rätten till semester och rätten att få betalt under semestern åtskiljs i semesterlagen. Alla arbetstagare har, varje semesterår, utan krav på intjänande, rätt till 25 semesterdagar, dvs. fem veckors semester. Påbörjas anställningen mellan den 31 augusti och den 31 mars påföljande år har arbetstagaren däremot endast rätt till fem semesterdagar. Semesterlagen uppställer emellertid krav på intjänande för att arbetstagaren ska ha rätt till semesterlön under semesterdagarna. Beräkningen av antalet semesterdagar med semesterlön utgår ifrån arbetstagarens anställningstid under intjänandeåret. Regleringen leder till att en nyanställd arbetstagare enbart har rätt till obetald semester under det första anställningsåret. Har anställningen inletts i början av året har arbetstagaren dock rätt till ett antal betalda semesterdagar redan första året. Arbetstagaren kan välja att avstå från att ta ut de obetalda semesterdagarna. Har arbetstagaren inte rätt till betald semester kan arbetsgivaren och arbetstagaren istället avtala om att semesterlön ska utgå i förskott.

Av de undersökta kollektivavtalen har statligt och kommunalt anställda enligt Villkorsavtalet och AB, sammanfallande intjänande- och semesterår och tjänar därmed in årlig betald semester redan första anställningsåret. Även tjänstemän och arbetare kan enligt Tjänstemannaavtalen och Teknikavtalet IF Metall avtala om att intjänande- och semesteråret ska sammanfalla. Både statligt och kommunalt anställda liksom tjänstemän har rätt till fler än 25 semesterdagar enligt respektive kollektivavtal.

En arbetstagares sjukfrånvaro påverkar både antalet semesterdagar med semesterlön och semesterlörens storlek. För att en arbetstagares sjukfrånvaro ska räknas in i anställningstiden och därmed ge rätt till semesterdagar med semesterlön krävs att frånvaron är semesterlönegrundande. Enligt semesterlagen är sjukfrånvaro enbart semesterlönegrundande i 180 dagar och upphör att vara semesterlönegrundande då arbetstagaren varit helt eller delvis frånvarande ett helt intjänandeår. Om arbetstagaren således har varit frånvarande på heltid under ett helt intjänandeår erhåller arbetstagaren enbart 13 nya betalda semesterdagar. Därefter tjänar arbetstagaren inte in fler semesterdagar med semesterlön. Går arbetstagaren tillbaka och arbetar enligt sitt normala

arbetstidsmätt i minst 14 dagar påbörjas en ny beräkningsperiod och sjukfrånvaron upphör att vara semesterlönegrundande först när arbetstagaren återigen varit helt eller delvis frånvarande ett helt intjänandeår. Däremot föreskriver Teknikavtalet IF Metall att frånvaron upphör att vara semesterlönegrundande först efter två hela intjänandeår.

Av rättspraxis från AD framgår att en arbetstagare som är sjukskrivning del av dag alltid måste avräkna en hel dag från de 180 semesterlönegrundande dagarna. Detta påverkar emellertid inte anställningstiden och antalet betalda semesterdagar eftersom arbetstagaren efter de 180 semesterlönegrundande dagarna fortfarande är anställd och utför arbete på deltid. Istället påverkas semesterlönens storlek. Även om utbetalning av sjukpenning inte utgör ett krav för att sjukfrånvaron ska anses vara semesterlönegrundande utgör det ett starkt stöd för denna bedömning.

Enligt semesterlagen påverkar en arbetstagares sjukfrånvaro även storleken på den semesterlön som ska utgå under de betalda semesterdagarna. Semesterlönen beräknas enligt sammalöne- eller procentregeln i semesterlagen. Har arbetstagaren enbart haft semesterlönegrundande frånvaro ska lönebortfallet under frånvaron kompenseras och arbetstagaren anses under frånvaron ha tjänat in semesterlön precis som om han arbetat. Detta gäller dock inte den rörliga lönedelen vid beräkning enligt sammalöneregeln. Efter att sjukfrånvaron upphört att vara semesterlönegrundande anses arbetstagaren inte längre ha någon lön och tjänar därmed inte längre in någon semesterlön. Semesterlönen för en arbetstagare som är sjukfrånvarande på deltid, efter att de 180 semesterlönegrundande dagarna förbrukats, beräknas därför på deltidslönen. Något förmånligare regler tillämpas enligt de undersökta kollektivavtalen. Där har en deltidsjukskriven, enligt både AB och Teknikavtalet IF Metall, rätt att räkna fler frånvarodagar som semesterlönegrundande och tjänar därmed in högre semesterlön än enligt semesterlagen.

Av semesterlagen framgår inte om en sjukfrånvarande arbetstagare har rätt att ta ut semester under sin frånvaro. Enligt sjukförsäkringsreglerna kan en arbetstagare emellertid få ut sjukpenning samtidigt som denne får semesterlön. Både statligt och kommunalt anställda har enligt respektive kollektivavtal därför möjlighet att ta ut semester under sin sjukskrivning.

Om arbetstagaren pga. sjukfrånvaro inte har kunna ta ut sina betalda semesterdagar under semesteråret ska dessa ersättas med semesterlön vid semesterårets slut. Detta gäller dock enbart det antal dagar som tillsammans med de under året intjänande semesterdagarna överstiger 25. Denna reglering innebär att en arbetstagare, som inte vill eller kan ta ut sina semesterdagar under sjukfrånvaron, istället har rätt att överföra 25 av dessa till det år denne åter är i tjänst. Semesterlönen för de dagar som ska ersättas vid slutet av semesteråret ska beräknas enligt reglerna för den vanliga semesterlönen. Däremot framgår inte hur semesterlönen ska beräknas när de överförda dagarna läggs ut. Statligt anställda under Villkorsavtalet har rätt

att överföra upp till 35 semesterdagar medan kommunalt anställda under AB får överföra 40 semesterdagar med semesterlön.

Om arbetstagaren drabbas av sjukdom under sin semester ska dessa dagar inte räknas som semesterdagar om arbetstagaren själv begär det. Det spelar ingen roll om sjukdomen inletts innan semestern eller inträffar under denna. Arbetsförmågan måste dock ha varit nedsatt en hel dag för att få avräknas. Rätten att avräkna dagarna gäller även om arbetstagaren redan förbrukat sina 180 semesterlönegrundande dagar. För att få rätt att dra av en semesterdag måste arbetsgivaren begära avräkning hos arbetsgivaren. De avräknade semesterdagarna har arbetstagaren rätt att ta ut vid ett senare tillfälle. Kommer arbetsgivaren och arbetstagaren inte överens om ersättningssemesterns förläggning är det arbetsgivaren som bestämmer. Är det inte möjligt att lägga ut ersättningssemestern innan semesteråret är slut ska semesterlön betalas ut för det antal semesterdagar som överstiger 25. Resterande semesterdagar överförs till nästa semesterår.

Trots att alla arbetstagare som huvudregel har rätt till 25 semesterdagar varje semesterår kan arbetstagaren och arbetsgivaren, vid en anställning som inte avser att pågå mer än tre månader, avtala om att semesterledigheten inte ska läggas ut och att semesterersättning istället ska utgå. På detta sätt har kommunala arbetstagare under AB, som anställs för en kortare period än tre månader, inte någon rätt till semesterledighet.

Först när anställningen avslutas har arbetstagaren rätt till semesterersättning för inestående semesterlön. Detta gäller när arbetstagaren säger upp sig själv, blir uppsagd, avskedas eller går i pension. Innan detta kan arbetstagaren inte avstå från de betalda semesterdagarna eller begära att få ut semesterlön trots att ledigheten inte läggs ut. Semesterersättningen beräknas på samma sätt som ordinarie semesterlön. Sparade semesterdagar ska anses uttagna det semesterår anställningen avslutas. Villkorsavalet, Tjänstemannaavtalen och Teknikavtalet IF Metall tillämpar andra liknande beräkningsmetoder för uträkningen av semesterersättningen.

5 Analys och sammanfattande slutsatser

5.1 Inledning

För att betona vikten av arbetstagarens rätt till årlig betald semester har uppsatsen haft för avsikt att redogöra för de internationella rättsakter som fastslår att rätten till årlig betald semester utgör en av arbetstagarnas grundläggande rättigheter. Det övergripande syftet med uppsatsen har emellertid varit att redogöra för och analysera den svenska semesterlagen i förhållande till artikel 7 i arbetstidsdirektivet avseende sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Genom denna jämförelse mellan semesterlagen och arbetstidsdirektivet har avsikten varit att fastställa om svensk rätt ger sjukfrånvarande arbetstagare rätt till årlig betald semester på ett sätt som strider mot eller är i överensstämmelse med EU-rätten.

5.2 Rätten till årlig betald semester – en grundläggande rättighet

Rätten till årlig betald semester utgör en grundläggande social rättighet som slås fast i internationella rättsakter från FN, ILO, Europarådet och EU. Dessutom menar generaladvokaten i EU att rätten till årlig betald semester även utgör en allmän rättsprincip inom EU.

Vilka krav som uppställs på semesterns längd skiljer sig åt mellan de olika rättsakterna. I FN:s förklaring om mänskliga rättigheter från 1948 sägs enbart att alla arbetstagare har rätt till en regelbunden betald semester. Först av FN:s internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter från 1966 framgår att alla arbetstagare ska ha rätt till minst två på varandra följande veckors betald ledighet varje år. I ILO:s konvention nr 132 från 1970 utökas den årliga betalda semestern till tre veckor. I Europarådets reviderade sociala stadga från 1996 fastslås istället att alla arbetstagare har rätt till en årlig betald semester om minst fyra veckor. Inom EU fastslogs rätten till årlig betald semester första gången i 1989 års gemenskapsstadga. Även i EU-stadgan sägs att varje arbetstagare har en rätt till årlig betald semester. Av dessa rättsakter framgår det dock inte hur lång semestern måste vara.

Varken av FN:s förklaring om mänskliga rättigheter, FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, EU:s gemenskapsstadga eller av EU-stadgan framgår hur en individ kvalificerar sig för semester eller hur semestern ska beräknas eller förläggas. ILO utvecklar emellertid rätten till årlig betald semester i sin konvention. Vid tillämpningen av arbetstidsdirektivet framgår det uttryckligen av direktivets skäl att hänsyn bör tas till ILO:s principer. Om en anställning, enligt konventionen, pågått

kortare tid än ett år ska arbetstagaren erhålla betalda semesterdagar i proportion till hur lång tid personen har arbetat. I samband med semestern ska arbetstagaren få ut en ersättning som minst motsvarar arbetstagarens normala lön. Dessutom sägs att tid då arbetstagaren varit frånvarande pga. sjukdom ska räknas som arbetstid. En arbetstagare som blir sjuk under sin semester ska ha rätt att avräkna dessa dagar från semestern. Därutöver framgår att intjänad semester ska kunna sparas i upp till 18 månader efter slutet på det år då semestern intjänades. Även av Europarådets sociala stadga följer att semestern får proportioneras i förhållande till hur lång tid arbetstagaren har varit anställd under det första anställningsåret. Blir arbetstagaren sjuk under semestern ska dessa dagar avräknas från arbetstagarens uttagna semester. Först när anställningen avslutas får semestern utges i ekonomisk ersättning istället för lediga dagar.

FN:s förklaring om mänskliga rättigheter är inte juridiskt bindande men är ändå betydelsefull för arbetsrätten. Däremot är det oklart om de grundläggande rättigheterna i den allmänna förklaringen är rättsligt bindande som internationell sedvanerätt. De rättigheter som garanteras i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter liksom i ILO:s konvention nr 132 om semester och i Europarådets sociala stadga är istället bindande för medlemsländerna. EU:s gemenskapsstadga är enbart en högtidlig deklaration. EU-stadgan intar däremot samma rättsliga status som EU:s fördrag och är därmed bindande.

Sverige är bunden av de artiklar som Sverige åtagit sig att följa i de internationella rättsakterna. Rättsakterna kan trots det inte åberopas i svensk domstol för att åsidosätta nationell lagstiftning som strider mot rätten till årlig betald semester. Däremot ska nationell domstol tolka svensk lag i överensstämmelse med de internationella rättsakterna vilka även ska tas i beaktande i lagstiftningssammanhang. Som medlem i EU är svensk rätt underordnad EU-rätten. Vad artikel 31.2 om rätten till årlig betald semester i EU-stadgan har för betydelse i detta avseende är fortfarande oklart. För att artikeln ska kunna åberopas i en nationell tvist mellan enskilda krävs att artikeln anses vara en rättighet och inte en princip. Trots att artikel 31.2, enligt generaladvokaten i *Dominguez*, utgör en rättighet och inte en princip kan artikeln enbart ha direkt verkan i vertikala men inte i horisontella förhållanden. Detta eftersom generaladvokaten anser att EU-stadgan, enligt dess artikel 51.1, enbart kan anses rikta sig till unionen och medlemsländerna när dessa tillämpar unionsrätten. EU-domstolen har emellertid inte tagit ställning till om rätten till årlig betald semester utgör en sådan rättighet som kan åberopas direkt mellan enskilda. EU-domstolen har inte heller tagit ställning till om rätten till årlig betald semester utgör en allmän rättsprincip inom EU och om den som sådan kan ha direkt verkan vid en nationell tvist. Däremot utgör rätten till årlig betald semester en princip av särskild betydelse i unionens sociala regelverk.

Trots att de internationella rättsakterna skiljer sig åt har de gemensamt att rätten till årlig betald semester utgör en grundläggande rättighet för arbetstagaren. Vikten av rätten till årlig betald semester kan därför inte nog

poängteras. Av ILO:s konvention, Europarådets sociala stadga och EU:s gemenskapsstadga framgår att rätten till årlig betald semester kan garanteras i nationell rätt, inte enbart via lagstiftning, utan även genom kollektivavtalsbestämmelser. I svensk rätt kommer rätten till årlig betald semester till uttryck i lag. Semesterlagen är emellertid regelteknisk och det är svårt att utläsa vilka semesterrättigheter arbetstagaren har. Flera av lagens paragrafer är dessutom semidispositiva och kompletteras med kollektivavtalsregler vilket gör semestern i svensk rätt än mer komplex. Dessutom framgår det av redogörelsen nedan att svensk rätt inte ger alla sjukfrånvarande arbetstagare en rätt till årlig betald semester. Eftersom rätten till årlig betald semester utgör en grundläggande rättighet ifrågasätter jag om sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester verkligen skyddas i svensk rätt.

5.3 Svensk rätts överensstämmelse med EU-rätten avseende sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester

5.3.1 Inledning

Alla arbetstagare har enligt artikel 7 i arbetstidsdirektivet rätt till fyra veckors årlig betald semester som inte får utbytas mot kontant ersättning i andra fall än när anställningen avslutas. Av EU-domstolens tolkning av artikeln framgår att även sjukfrånvarande arbetstagare har en rätt till årlig betald semester. Sverige är som medlem i EU skyldig att implementera arbetstidsdirektivet på ett korrekt sätt. Enligt regeringen är detta uppfyllt genom regleringen i semesterlagen. Kommissionen har inte antytt att Sverige kan ha lagstiftning som strider mot arbetstidsdirektivet.³⁴⁸ Viktigare är dock att det för närvarande inte finns någon fördragsbrottstalan mot Sverige för dess implementering av artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Det är emellertid först under de senaste åren som EU-domstolens rättspraxis har utvecklats kring sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester.

Efter en jämförelse mellan EU-domstolens tolkning av artikel 7 i arbetstidsdirektivet och semesterlagens reglering framgår det enligt min mening att semesterlagens innehåller flera regler som står i strid med direktivet. Det handlar om frågor som direkt eller indirekt påverkar sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester. Flera av semesterlagens regler är dock semidispositiva. För en förståelse av hur semesterrätten ser ut i Sverige krävs därför även en uppfattning om hur rätten till semester är reglerad i kollektivavtal. Av de olika undersökta kollektivavtalen framgår att avtalens regler i flera fall är förmånligare för sjukfrånvarande arbetstagare än semesterlagens reglering. EU-domstolen har emellertid fastslagit att arbetstidsdirektivets minimikrav inte kan

³⁴⁸ Se SEC (2010) 1611 final, s. 126-135.

införlivas genom kollektivavtal som inte omfattar alla arbetstagare. Även om minimikraven i direktivet inte måste införlivas i nationell rätt med en regel som exakt överensstämmer med direktivet, så måste det fastställas en rättslig ram som garanterar att direktivets minimikrav blir tillämpliga på alla.

Svenska kollektivavtal omfattar inte alla arbetstagare utan har en täckningsgrad på ca 88 %. Eftersom kollektivavtal inte heller kan allmängiltigförklaras i Sverige kan avtalen därför inte tillämpas på alla arbetstagare på ett sätt som lever upp till EU-rättens krav. Även om de svenska kollektivavtalen således är centrala vid en redogörelse för svensk semester rätt saknar kollektivavtalen betydelse vid en bedömning av om svensk rätt är i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Istället anser jag att kollektivavtalsbestämmelserna kan ses som en källa för inspiration vilka kan ge förslag på alternativa lösningar på de områden där semesterlagen strider mot arbetstidsdirektivet.

EU-domstolen använder i sina domar olika benämningar på sjukfrånvaron. Exempelvis frånvaro pga. sjukdom, sjukledighet, sjukskrivning i vederbörlig ordning, oberoende av dennes hälsotillstånd, inte varit i tjänst pga. sjukdom och sjukdom som leder till arbetsoförmåga. Det framgår därmed inte av domarna hur en arbetstagarens sjukfrånvaro ska fastslås, dvs. om arbetstagaren måste vara sjukskriven enligt nationell rätt för att de i praxis utvecklade reglerna ska bli tillämpliga eller om det räcker att arbetstagaren är frånvarande pga. sjukdom, oavsett om arbetstagaren har rätt till ersättning från staten under sjukfrånvaron eller inte. Bevis på arbetsoförmågan under frånvaron regleras emellertid i nationell rätt.

Med de nya sjukförsäkringsreglerna är den tid under vilken en arbetstagare är sjukskriven enligt svensk rätt inskränkt. Följden av regleringen i socialförsäkringsbalken tillsammans med lagen om anställningsskydd kan bli att en arbetstagare bedöms ha arbetsförmåga i förhållande till ett annat arbete på arbetsmarknaden och därmed inte längre har rätt till sjukpenning. Är arbetstagaren sjukfrånvarande på heltid innebär detta att arbetsgivaren, efter att ha fullgjort sin omplacerings- och rehabiliteringsskyldighet, kan säga upp arbetstagaren. Är nedsättningen av arbetsförmågan däremot inte stadigvarande och arbetstagaren bedöms kunna utföra arbete av någon betydelse ska arbetstagaren ha rätt att behålla sin tjänst. Istället kan arbetsgivaren försöka omreglera anställningsavtalet. Det finns dock de personer som till följd av svåra sjukdomar är sjukskrivna under flera år. Oavsett vad EU-domstolen avser med en sjukfrånvaro omfattas i vart fall dessa arbetstagare av den rättspraxis som har utvecklats kring sjukfrånvarande arbetstages rätt till årlig betald semester.

5.3.2 Villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester

Av EU-domstolens praxis framgår att rätten till semester och rätten att få betalt under denna semester är två delar av samma rättighet. Alltså lever

nationell rätt inte upp till artikel 7 i arbetstidsdirektivet om arbetstagaren enbart beviljas semester utan rätt till betalning under denna. Av EU-domstolens dom i *BECTU* och *Dominguez* framgår även att nationell rätt inte får uppställa några som helst villkor för uppkomsten av rätten till årlig betald semester. I svensk rätt har alla arbetstagare enligt 4 § semesterlagen rätt till 25 semesterdagar eller fem veckors semester varje semesterår, med undantag från de arbetstagare som påbörjar sin anställning efter den 31 augusti vilka enbart har rätt till fem semesterdagar att ta ut under resterande del av semesteråret. En arbetstagare kan alltså arbeta heltid från september till och med mars med enbart rätt till fem semesterdagar. Eftersom semesterlagen enligt 3 § tillämpar skilda intjänande- och semesterår är rätten till semester och rätten till semesterlön under ledigheten dessutom åtskilda.

Den svenska regleringen leder till att en arbetstagare som påbörjar sin anställning efter den 1 april, enligt 7 § semesterlagen, inte får rätt till betald semester förrän efter ett helt år. Endast i de fall då anställningen inleds i början av året kommer arbetstagaren att få betald semester redan under innevarande år, dock inte under så långt tid som fyra veckor. Dessutom har arbetstagaren möjlighet att avstå från de obetalda semesterdagarna vilket är lönemässigt fördelaktigt eftersom arbetstagaren då istället kan arbeta och få lön. Väljer arbetstagaren att avstå även från dessa dagar kan det leda till att arbetstagaren inte ens har obetald semester under sitt första anställningsår.

Kommissionen kritiserade medlemsländernas implementering av artikel 7 i arbetstidsdirektivet i en rapport från 2000. Kommissionen ansåg det inte förenligt med arbetstidsdirektivet att medlemsländerna föreskrev om en intjänandeperiod för rätten till årlig betald semester.³⁴⁹ Av ett motiverat yttrande skickat från kommissionen 2002 till regeringen framgår att kommissionen ansåg att semesterlagen stred mot artikel 7 i arbetstidsdirektivet eftersom inte alla arbetstagare får rätt till fyra veckors årlig betald semester redan första anställningsåret. När kommissionen sedan väckte talan mot Sverige nämns inte artikel 7 utan fördragsbrottsstalan rörde istället artiklarna 3, 6 och 8 i arbetstidsdirektivet.³⁵⁰ Vad som ledde till att kommissionen ändrade uppfattning är oklart. I kommissionens rapport från 2010 angående införlivandet av arbetstidsdirektivet framgår att flera medlemsländer fortfarande uppställer hinder som medför att en arbetstagare kan behöva vänta i upp till ett år innan denne får rätt till någon betald semester. Enligt kommissionen är detta inte förenligt med direktivet.³⁵¹ Sverige nämns dock inte i rapporten.

Även om arbetstagaren kan få semesterlön i förskott anser jag att semesterlagens 3-4 och 7 §§ kan anses strida mot artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet eftersom lagen inte ger alla arbetstagare rätt till fyra veckors årlig betald semester. Denna reglering kan indirekt påverka även en

³⁴⁹ KOM (2000) 787 slutlig, s. 25.

³⁵⁰ Mål C-287/04 Kommissionen mot Sverige.

³⁵¹ KOM (2010) 802 slutlig, s. 8.

sjukfrånvarande arbetstagares rätt till semester när denne blir sjuk under sitt första anställningsår.

5.3.3 Beräkningen av antalet betalda semesterdagar och semesterlörens storlek vid sjukfrånvaro

Av EU-domstolens dom i *Schultz-Hoff* och *Dominguez* framgår klart och tydligt att rätten till fyra veckors årlig betald semester omfattar alla arbetstagare. Direktivet gör alltså inte någon skillnad på de arbetstagare som har arbetat eller varit frånvarande pga. sjukdom. En arbetstagare tjänar därför in årlig betald semester oberoende av sitt hälsotillstånd. Motsvarande gäller enligt artikel 5.4 i ILO:s konvention nr 132.

Enligt semesterlagen är enbart 180 dagar per intjänandeår semesterlönegrundande vilket innebär att semesterlagen gör skillnad på de som arbetat och de som istället varit frånvarande pga. sjukdom. Arbetstagarens sjukdomsperiod under övriga delen av året likställs alltså inte med en tjänstgöringsperiod. Efter att arbetstagaren varit frånvarande ett helt intjänandeår likställs ingen sjukfrånvaro med en tjänstgöringsperiod. Att semesterlagen möjliggör för en arbetstagare att räkna fler dagar som semesterlönegrundande om denne återgår i arbetet under mer än fjorton dagar lever inte upp till arbetstidsdirektivets krav. Det är fortfarande enbart 180 av årets dagar som är semesterlönegrundande vilket påverkar både antalet betalda semesterdagar och storleken på semesterlönen. För att frånvaron ska vara semesterlönegrundande krävs inte att arbetstagaren uppstår sjukpenning från Försäkringskassan. Utbetalning av sjukpenning utgör dock ett starkt stöd för att frånvaron ska anses vara semesterlönegrundande.

Vid intjänandet av betalda semesterdagar kan den svenska regleringen anses vara i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet om arbetstagaren enbart är sjukfrånvarande kortare perioder. All frånvarotid är då semesterlönegrundande och arbetstagaren tjänar in betalda semesterdagar precis som om han arbetat. Detsamma gäller om arbetstagaren enbart är sjukskriven del av dag eftersom arbetstagaren även då tjänar in betalda semesterdagar i samma omfattning som om han istället arbetat enligt sitt normala arbetstidsmått. För en långtidssjukskriven leder regleringen däremot till ett annat resultat. En arbetstagare som under ett helt intjänandeår är sjukfrånvarande på heltid tjänar enbart in 13 betalda semesterdagar jämfört med de 25 dagar som en arbetande arbetstagare tjänar in. Fortsätter sjukskrivningen därefter upphör intjänandet av ytterligare betalda semesterdagar. Eftersom semesterlagen tillämpar skilda intjänande- och semesterår leder denna reglering till att en arbetstagare som blir sjuk strax efter att anställningen påbörjats, enbart har 13 dagars betald semester att ta ut under det första året tillbaka i tjänst.

Vad gäller storleken på den semesterlön som ska utgå under de betalda semesterdagarna framgår av EU-domstolens praxis att arbetstagaren under sin semester, lönemässigt ska befinna sig i en motsvarande situation som då arbetstagaren faktiskt arbetar. Eftersom arbetstidsdirektivet inte gör någon skillnad på de arbetstagare som arbetat och de som varit frånvarande pga. sjukdom följer att en sjukfrånvarande arbetstagare inte enbart ska tjäna in betalda semesterdagar utan även ska tjäna in semesterlön precis som om arbetstagaren arbetat. I semesterlagen ger enbart semesterlönegrundande frånvaro rätt till semesterlön. Efter att frånvaron upphört att vara semesterlönegrundande tjänar arbetstagaren inte längre in någon semesterlön. Detta gäller oavsett om sammalöne- eller procentregeln tillämpas.

För en arbetstagare som är sjukskriven på heltid under ett helt intjänandeår leder beräkningsmetoderna för intjänandet av semesterlön till att arbetstagaren endast anses ha arbetat med sin normala sysselsättningsgrad i 180 av frånvarodagarna. Eftersom procentregeln ska tillämpas i detta fall utgör semesterlönen, vid utbetalning under nästa semesterår, enbart 12 % av den under de 180 frånvarodagarna beräknade lönen under intjänandeåret. Fortsätter sjukskrivningen därefter på heltid upphör arbetstagaren helt att tjäna in mer semesterlön enligt semesterlagen. Även om arbetstagaren enbart är sjukskriven del av dag under ett helt intjänandeår minskar storleken på den semesterlön som ska utgå under semesteråret. Arbetstagaren anses enbart arbeta enligt sitt normala arbetstidsmått i 180 dagar. Fortsätter sjukskrivningen därefter på halvtid tjänar arbetstagaren fortfarande in 25 betalda semesterdagar men kommer enbart att få ut semesterlön beräknat på deltidstjänstgöringen.

Inför den svenska semesterlagsutredningens förslag att sammanföra alla frånvarogrunder vid beräkningen av de 180 dagarna menade regeringen att det med hänsyn till EU-domstolens praxis inte skulle vara lämpligt att införa ett system som innebär att sjukfrånvarande arbetstagare inte tjänar in semester under sin frånvaro. Semesterlagen innehåller emellertid redan ett sådant system i 17 § tillsammans med 7 och 16-16 b §§. Här framstår det därför som att semesterlagen strider mot artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet.³⁵²

5.3.4 Överföring av semester

En arbetstagare som inte har velat eller inte har fått lov att enligt nationell rätt ta ut semester under sin sjukfrånvaro har enligt EU-domstolens tolkning av artikel 7 i arbetstidsdirektivet, i *Schultz-Hoff, KHS AG* och *Neidel*, rätt att spara den outtagna semestern för att ta ut vid ett senare tillfälle när arbetstagaren åter är i tjänst. Nationell rätt får nämligen inte uppställa krav som medför att rätten till årlig betald semester förfaller innan arbetstagaren har kunnat utnyttja semestern. Detta gäller oavsett om arbetstagaren är sjuk under hela eller endast under en del av beräkningsperioden. Trots detta ska en arbetstagare inte obegränsat kunna kumulera sin rätt till den outtagna

³⁵² Jämför Malmberg, 2009 och European Labour Law Network, 24-01-2012.

semestern under flera på varandra följande beräkningsperioder. Nationell rätt får därmed uppställa regler som medför att den outtagna semestern förfaller vid utgången av en i nationell rätt uppställd period för överföring av semester. Varje period för överföring av semester måste dock avsevärt överstiga den beräkningsperiod för vilken den beviljas.

Artikel 7.2 utgör hinder mot att semestern byts mot kontant ersättning när den överförs till ett senare år. Efter utgången av perioden för överföring förfaller däremot de outtagna semesterdagarna. Vad detta innebär framgår inte uttryckligen av EU-domstolens praxis. Förfaller de outtagna dagarna har arbetstagaren emellertid inte längre möjlighet att förfoga över dem. Detta kan enligt nationell rätt innebära att arbetstagaren inte längre har rätt att lägga ut dem och inte heller har rätt till kontant ersättning för de outtagna dagarna. Till viss del stämmer svensk rätt överens med dessa krav i artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

Att årlig betald semester enligt artikel 7.2 enbart får ersättas med pengar när anställningen avslutas hindrar enligt regeringen inte att viss semester utbyts med pengar. Det måste enligt regeringen finnas en gräns för hur många outtagna semesterdagar en sjukfrånvarande arbetstagare kan spara för att arbetstagaren inte ska kunna ta ut en stor mängd betald semester när denne åter är i tjänst. I semesterlagen ska därför alla de dagar som tillsammans med de under året intjänade semesterdagarna som överstiger 25, ersättas med semesterlön vid semesterårets utgång. Resterande semesterdagar ska föras vidare till det semesterår arbetstagaren åter är i tjänst. Denna rätt till överföring av semester är, precis som EU-domstolen föreskriver, inte knuten till en period understigande beräkningsperioden dvs. intjänandetiden.

Av EU-domstolens praxis framgår att nationell rätt kan uppställa andra villkor för det antal semesterdagar som överstiger arbetstidsdirektivets minimikrav på fyra veckors årlig betald semester. Eftersom det endast är det antal semesterdagar som överstiger 25 som ska ersättas med semesterlön är därmed semesterlagen i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet i detta hänseende. Tillsammans med reglerna om semesterlönegrundande frånvaro i semesterlagen leder emellertid även denna reglering till följder som inte är förenliga med arbetstidsdirektivet.

De semesterdagar som enligt semesterlagen ska ersättas med semesterlön vid semesterårets slut beräknas enligt samma regler som den ordinarie semestern som därvid tar hänsyn till hur många sjukfrånvarodagar arbetstagaren har haft. Eftersom 26 a § inte begränsar arbetstagarens rätt att överföra fyra veckors semester är denna beräkning i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Semesterlagen säger emellertid inget om hur semesterlönen ska beräknas när de överförda semesterdagarna väl tas ut. Inte heller EU-domstolen har tagit ställning i frågan. Ska beräkningen ske på samma sätt som för sparade semesterdagar i semesterlagen ska de uttagna semesterdagarna anses vara intjänade under det närmast föregående intjänandeåret. Har arbetstagaren emellertid varit sjukfrånvarande under hela eller delar av det intjänandeåret leder denna beräkning till att

arbetstagaren får mindre, eller ingen semesterlön alls. Eftersom sjukfrånvaro ska likställas med arbetad tid kan denna beräkning anses vara i strid med artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

5.3.5 Sjukfrånvaro under semesterledighet

Om det inträffar ett sjukdomstillstånd innan eller under semestern följer av EU-domstolens dom i *Vicente Pereda, ANGED* och *Maestre* att arbetstagaren enligt artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet, har rätt att ta ut sin semester under en annan period som inte sammanfaller med sjukfrånvaron. Det framgår emellertid inte hur stor del av dagen en arbetstagare måste vara sjuk för att få avräkna sjukdagen från semestern. Arbetsgivaren bestämmer när den nya semesterperioden ska förläggas vilket även kan ske utanför den aktuella beräkningsperioden. Arbetsgivaren får däremot aldrig neka arbetstagaren dennes rätt att ta ut semestern under en annan period. Här överensstämmer semesterlagen med artikel 7 i arbetstidsdirektivet.³⁵³

Enligt 15 § semesterlagen har en arbetstagare som blir sjuk under en hel dag av sin semester rätt att avräkna sådana sjukdagar från semesterledigheten. De avräknade semesterdagarna ska istället tas ut vid ett senare tillfälle. Detta omfattar både betalda och obetalda semesterdagar och gäller även om arbetstagaren redan har förbrukat sina 180 semesterlönegrundande dagar. Arbetsgivaren bestämmer när ersättningssemestern ska förläggas. Om semestern pga. ytterligare sjukfrånvaro inte har kunnat läggas ut under semesteråret ska semesterdagarna överföras till det semesterår då arbetstagaren åter är i tjänst, med undantag för det antal semesterdagar som överstiger 25 vilka istället ska ersättas med semesterlön vid semesterårets slut.

Enligt EU-domstolens dom i *Schultz-Hoff* medför artikel 7.1 i arbetstidsdirektivet inte hinder för nationell rätt, varken att tillåta eller att inte tillåta, att semester tas ut under sjukfrånvaron. Det måste dock vara upp till arbetstagaren att välja om semester ska tas eller inte och får alltså inte vara något arbetsgivaren avgör. Oavsett måste arbetstagaren även ha möjlighet att ta ut semestern vid ett senare tillfälle. Semesterlagen behandlar inte frågan men av socialförsäkringsbalken framgår att sjukpenning kan betalas ut samtidigt som semesterlön. Dessutom sägs både i kommentarerna till Villkorsavtalet och AB att arbetstagaren har rätt att ta ut semesterledighet under sin sjukskrivning. Eftersom arbetstagaren enligt semesterlagen kan välja att avräkna semesterdagar som sammanfaller med sjukfrånvaro är det emellertid upp till arbetstagaren att bestämma om denne vill ta ut semester under sin sjukfrånvaro eller inte. Eftersom arbetstagaren därför har möjlighet att ta ut de avräknade dagarna vid ett senare tillfälle är svensk rätt, även i detta hänseende, i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

5.3.6 Kontant ersättning istället för betald

³⁵³ Jämför European Labour Law Network, 07-07-2012.

semester

Av artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet framgår uttryckligen att semestern enbart får utbytas mot kontant ersättning när anställningen avslutas. Dessutom har EU-domstolen i *BECTU* och *Dominguez* uttalat att nationell rätt inte får villkora rätten till årlig betald semester av att arbetstagaren har varit anställd under en viss tid.

Enligt 5 § semesterlagen får det i enskilt avtal eller i kollektivavtal avtalas om att semesterledigheten inte ska läggas ut vid en anställning som inte avser att pågå i mer än 3 månader. I sådana fall ska arbetstagaren istället få semesterersättning. Regeringen anser att denna reglering är i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet eftersom rätten till årlig betald semester inte beskärs.

Enligt min mening är regleringen vid korttidsanställningar i semesterlagen tveksam. Även om argumentet kan framföras att det är upp till arbetstagaren att själv välja om denne vill avstå från semesterledigheten kan motsvarande villkor föreskrivas i kollektivavtal vilket därmed blir tillämpligt på arbetstagaren även utan dennes vetskap. Dessutom anser EU-domstolen att arbetstagare med korta anställningstider befinner sig i en mer utsatt situation än de med längre anställningstider. Därför är det ännu viktigare att dessa skyddas. Därmed anser jag att det är oklart om semesterlagen överensstämmer med artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet i detta hänseende eftersom rätten till årlig betald semester trots allt beskärs. Redan av att semesterlagen tillämpar skilda intjänande- och semesterår följer dock att en arbetstagare som enbart anställs på tre månader i de flesta fall inte kommer att ha tjänat in någon betald semester utan enbart har rätt att ta ut obetalda semesterdagar. När anställningen sedan avslutas har denne istället rätt till semesterersättning. Även detta förhållande kan anses stå i strid med artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Enligt regleringen i semesterlagen har en arbetstagare som blir sjuk under denna tid inte heller möjlighet att ta ut betald semester när denne är tillbaka i tjänst.

De arbetstagare som pga. sjukfrånvaro inte har tagit ut sin semester har enligt EU-domstolens dom i *Maestre*, *Schultz-Hoff* och *Neidel*, när anställningen avslutas, rätt till kontant ersättning i enlighet med artikel 7.2 i arbetstidsdirektivet. Beräkningen av ersättningen ska utgå ifrån arbetstagarens ordinarie lön, dvs. som om arbetstagaren verkligen kunnat utöva sin rätt till årlig betald semester under anställningen. Enligt 28 § semesterlagen ska outtagna semesterdagar ersättas med semesterersättning när anställningen avslutas. Beräkningen av semesterersättningen ska ske på samma sätt som den ordinarie lönen och sparade semesterdagar ska anses ha tagits ut under det semesterår anställningen avslutas. Detta innebär att arbetstagarens sjukfrånvaro under intjänande- och semesteråret då anställningen avslutas, vid beräkningen enligt sammalöne- och principregeln kommer att påverka storleken på semesterersättningen. Eftersom arbetstidsdirektivet inte gör någon skillnad på en arbetande och en

sjukfrånvarande arbetstagare kan denna reglering anses stå i strid med artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

5.4 Slutsatser och förslag på lösningar

Av de regler i semesterlagen som påverkar sjukfrånvarande arbetstagares rätt till årlig betald semester är en del av bestämmelserna i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet. För det första kan konstateras att arbetstidsdirektivet enbart innehåller minimikrav. Medlemsländerna får alltså ge sina arbetstagare rätt till mer än fyra veckors årlig betald semester. I nationell rätt får därmed uppställas de hinder, krav och beräkningsmetoder som medlemsstaten finner lämpligt för det antal semesterdagar som överstiger fyra veckor. De regler som jag anser kan stå i strid med arbetstidsdirektivet omfattar enbart semesterdagarna under fyra veckors semester. Eftersom semesterlagen föreskriver fem veckors semester omfattar mina slutsatser därför inte den sista femte veckan.

Av semesterlagens regler är 15 § om avräkning av semesterdagar i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet. Enligt dagens reglering är även 26 a § till viss del i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet. Detta är dock oklart vad gäller beräkningen av den semesterlön som ska utgå när de outtagna dagarna läggs ut. Även 28 § om ersättning när anställningen avslutas är förenlig med arbetstidsdirektivet. Däremot är det tveksamt om beräkningen av semesterersättningen kan anses stå i strid med direktivet.

Svensk rätt kan kritiseras i förhållande till EU:s arbetstidsdirektiv i flera avseenden. För det första ger inte semesterlagen varje arbetstagare rätt till fyra veckors årlig betald semester. Undantag görs både för nyanställda arbetstagare enligt 3-4 och 7 §§ semesterlagen och genom avtal för de som anställs för kortare tid än tre månader enligt 5 § semesterlagen. Dessutom är inte all sjukfrånvaro semesterlönegrundande i semesterlagen vilket påverkar både antalet betalda semesterdagar och storleken på semesterlönen i 7, 16-16 b och 17 §§. Detsamma gäller vid beräkningen av den semesterersättning som ska betalas ut när anställningen avslutas i 29 §. Hur de överförda semesterdagarna ska beräknas är oklart men sker beräkningen som vid uttag av sparade semesterdagar enligt 22 § leder det även i detta fall till en beräkning i strid med arbetstidsdirektivet.

Att regler uppställs i kollektivavtal som till viss del lever upp till arbetstidsdirektivets krav är inte tillräckligt för att svensk rätt ska anses vara i överensstämmelse med direktivet. Skulle semesterlagen därför komma upp till prövning i EU-domstolen skulle de aktuella bestämmelserna, enligt min mening, med stor sannolikhet anses strida mot artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Tillämpas dessa regler i en tvist mellan enskild och offentligt organ har artikel 7 i arbetstidsdirektivet direkt effekt och svensk domstol måste åsidosätta den svenska regleringen till förmån för arbetstidsdirektivet. Artikel 7 har emellertid inte direkt effekt i tvist mellan enskilda. Är det inte möjligt för svensk domstol att tolka semesterlagen på

ett sätt som överensstämmer med arbetstidsdirektivet får den enskilde istället begära ersättning från staten för den skada arbetstagaren lidit.

Med relativt enkla förändringar av semesterlagen kan svensk rätt leva upp till arbetstidsdirektivets krav och därmed ge alla arbetstagare deras grundläggande rätt till en årlig betald semester. Detta kan åstadkommas utan att den rädsla för bl.a. ökade kostnader för arbetsgivaren som förarbetena ger uttryck för förverkligas. Genom att tillämpa sammanfallande intjänande- och semesterår precis som Villkorsavtalet och AB gör för sina anställda, tjänar arbetstagaren in betald semester proportionerligt till hur lång tid arbetstagaren har varit anställd under året. En arbetstagare får då betald semester redan under sitt första anställningsår oavsett när anställningen inleds. Därmed bör även den reglering avvecklas som stadgar att arbetstagaren enbart har rätt till fem semesterdagar vid en anställning som påbörjas efter den 31 augusti. Dessutom får även korttidsanställda rätt till betald semester. För att vara i överensstämmelse med arbetstidsdirektivet bör därför även 5 § i semesterlagen tas bort så att parterna inte längre kan avtala bort semesterledigheten vid kortare anställningar.

Genom att även låta all sjukfrånvaro vara semesterlönegrundande, utan någon tidsgräns, kommer arbetstagaren att tjäna in fullt antal betalda semesterdagar och hel semesterlön precis som om arbetstagaren arbetat. Därmed kommer även semesterlönen för de outtagna semesterdagarna och semesterersättningen vid anställningens slut beräknas utan att hänsyn tas till eventuell sjukfrånvaro. För att minska på arbetsgivarens lönebörd kan semesterlagen istället utnyttja den möjlighet som utvecklats i EU-domstolens praxis, dvs. att föreskriva en längsta period varefter rätten till den outtagna årliga betalda semestern förfaller. Om semesterlagen ändras kommer en sjukfrånvarande arbetstagare nämligen ha rätt till minst fyra veckors årlig betald semester direkt när denne åter är i tjänst eftersom all sjukfrånvaro kommer att vara semesterlönegrundande. Samtidigt tjänar arbetstagaren in betald semester att ta ut redan under första året arbetstagaren är tillbaka i tjänst. Beroende på hur 26 a § utformas kan detta till och med leda till förmånligare resultat för arbetsgivaren eftersom denne inte behöver ersätta de outtagna semesterdagarna med semesterlön, efter att perioden för överföringen av semesterdagarna har löpt ut. I semesterlagen bör även införas en bestämmelse om att de i detta kapitel nämnda paragraferna är semidispositiva med EU-spärr. Kollektivavtal får därmed föreskriva om andra regler än semesterlagen. Dessa regler får däremot inte innebära att mindre förmånliga regler tillämpas än vad som följer av artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

Rätten till årlig betald semester är en grundläggande rättighet för arbetstagaren, som inte enbart följer av EU-rätten, utan även av flera andra internationella rättsakter. Trots att Sverige är bunden av dessa skyddas inte arbetstagarens rätt till årlig betald semester i svensk rätt. Istället tillämpas ett system där sjukfrånvarande arbetstagare inte har en rätt till årlig betald semester. Att kommissionen inte har valt att väcka en fördragsbrottstalan har enligt min uppfattning politiska förklaringar. Flera medlemsländer kan

exempelvis ha regler som liknar eller motsvarar den svenska semesterlagen. Att väcka talan mot alla dessa länder är emellertid en väg kommissionen inte har valt att ta. Det är även min åsikt att Sveriges regering redan vid den senaste reformen var medveten om att semesterlagen på flera punkter kunde anses stå i strid med artikel 7 i arbetstidsdirektivet. Istället för att införa lagstiftning som överensstämde med arbetstidsdirektivet valde regeringen att blunda för problemet och tillämpa devisen ”går det så går det”. Sedan den senaste ändringen av semesterlagen har rättspraxisen från EU-domstolen kring sjukfrånvarande arbetstagare utvecklats än mer. Därför är det nu ännu viktigare att Sverige genomför en reform av semesterlagen med syftet att lagen ska vara i överensstämmelse med artikel 7 i arbetstidsdirektivet.

Avslutningsvis följer av granskningen att svensk rätt inte i alla avseenden är i överensstämmelse med EU-rätten vad gäller sjukfrånvarade arbetstagares rätt till årlig betald semester. Rätten till årlig betald semester vid frånvaro pga. sjukdom är därför en rättighet som inte erkänns i Sverige. Därför krävs en förändring av semesterlagen. Om och hur arbetstidsdirektivet kommer att förändras i framtiden återstår att se.

Käll- och litteraturförteckning

Rapporter, dokument mm från övriga internationella organisationer

Council of Europe, *Sweden and the European Social Charter*, www.coe.int, hämtad 2013-02-08.

Working Party on Policy regarding the revision of standards (Cartier Working Party), *Follow-up decisions by the Governing Body*, june 2002, www.ilo.org, hämtad 2013-02-07.

Offentligt tryck - EU

COM (89) 568 final, *Communication from the Commission concerning its action programme relating to the implementation of the community charter of basic social rights for workers*.

KOM (2000) 787 slutlig, *Lägesrapport för genomförandet av rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden*.

KOM (2010) 106 slutlig, *Översyn av arbetstidsdirektivet, första etappen i samrådet med arbetsmarknadens parter på EU-nivå enligt artikel 154 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*.

KOM (2010) 801 slutlig, *Översyn av arbetstidsdirektivet, andra etappen i samrådet med arbetsmarknadens parter på EU-nivå enligt artikel 154 i EUF-fördraget*.

KOM (2010) 802 slutlig, *Rapport från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén om medlemsstaternas tillämpning av direktiv 2003/88/EG (arbetstidsdirektivet)*.

OJ L 199, 30.06.1975, *Recommendation of the Council of 22 July 1975 on the principle of the 40-hour week and the principle of four weeks' annual paid holiday*.

OJ C 254, 9.10.1990, *Proposal for a Council Directive concerning certain aspects of the organization of working time*.

OJ C 303/17, 14.12.2007, *Explanation relating to the Charter of Fundamental Rights*.

SEC (2010) 1610, *Commission staff working paper. Detailed overview of the replies received from the social partners at European level to the first-phase consultation under Article 154 TFEU on Reviewing the Working Time Directive*.

SEC (2010) 1611, *Commission staff working paper. Detailed report on the implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time ('The Working Time Directive')*.

Offentligt tryck – Sverige

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2009/10:AU4, *En förenklad semesterlag, m.m.*

Kommittédirektiv 2007:162, *Översyn av semesterlagen i förenklings syfte.*

Prop. 1976/77:90, *Om semesterlag m.m.*

Prop. 1995/96:162, *EG:s arbetstidsdirektiv.*

Prop. 2003/04:180, *Tydligare genomförande av EG:s arbetstidsdirektiv.*

Prop. 2007/08:136, *En reformerad sjukskrivningsprocess för ökad återgång i arbete.*

Prop. 2008/09:200, *Socialförsäkringsbalk.*

Prop. 2009/10:4, *En förenklad semesterlag, m.m.*

Prop. 2009/10:45, *Kompletterande förändringar i sjukförsäkringen, m.m. i samband med förstärkta insatser för återgång i arbete.*

Socialdepartementet, S2006/1910/SK, *Sveriges rapportering kring efterlevandet av FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.*

SOU 2008:95, *Enklare semesterregler.*

Litteratur

Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, fourth edition, 2012.

Bercusson, Brian, The European Community's Charter of Fundamental Social Rights of Workers, *The Modern Law Review*, Volume 53, Issue 5, September 1990, s. 624-642.

Bercusson, Brian, *European Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, second edition, 2009.

Blanpain, Roger, The holiday with Pay Convention of the ILO (No. 132): a Commentary, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2000, 16 (part 4), s. 359-386.

Blanpain, Roger, *European Labour Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, thirteenth edition, 2012.

Bogg, Alan, The right to paid annual leave in the Court of Justice: the eclipse of functionalism, *European Law Review*, 2006, 31(6), s. 892-905.

- Bogg, Alan, Of holidays, work and humanisation: a missed opportunity?, *European Law Review*, 2009, 34(5), s. 738-753.
- Capper, Rosanne, The Right to Have Holiday Pay whilst off Sick, *Business Law Review*, June 2009, s. 134-138.
- Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- Dauses, Manfred A., *The Protection of Fundamental Rights in the Legal Order of the European Union*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2010.
- Davies, A.C.L., *EU Labour Law*, Elgar, Cheltenham, 2012.
- Eide, Asbjørn och Alfredsson, Gudmundur, Introduction, I: Eide, Asbjørn och Alfredsson, Gudmundur (red.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, andra upplagan, 1993, s. 5-16.
- Ericson, Bo och Eriksson, Kurt, *Semesterlagen. En handbok*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.
- Garpe, Bengt, *Semesterlagen 2010. En lag- och rättsfallskommentar till den ändrade semesterlagen*, Lars Åhnberg AB, Uppsala, 2010.
- Gomien, Donna, Harris, David och Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996.
- Grimheden, Jonas, Sweden: underestimation of rights, I: Jaichand, Vinodh och Suksi, Markku (red.), *60 Years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2009, s. 111-133.
- Harris, David och Darcy, John, *The European Social Charter*, Transnational Publisher, Ardsley, second edition, 2001.
- Hettne Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik, Stockholm, andra upplagan, 2011.
- Isacsson, Bert, Article 24, I: Alfredsson, Gudmundur och Eide, Asbjørn (red.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 511-521.
- Kenner, Jeff, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- Kilpatrick, Claire, The European Court of Justice and Labour Law in 2009, *Industrial Law Journal*, September, 2010, s. 287-292.
- Källström, Kent och Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, Iustus, Uppsala, tredje upplagan, 2013.

Lenaerts, Koen, Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review*, 2012, volume 8, issue 3, s. 375-403.

Lundin, Arne och Englund, Thomas, *Semester: lön, ledighet, ersättning*, Tholin och Larssons förlag, Göteborg, sjätte upplagan, 2010.

Malmberg, Jonas, Sjukskriven ska också ha rätt till semester och semesterersättning, *EU & arbetsrätt*, 1 2009.

Mannelqvist, Ruth, *Arbetsförmågan i sjukförsäkringen. Rätt och tillämpning*, Iustus, Uppsala, 2012.

Medlingsinstitutets årsrapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2012*, www.mi.se, hämtad 2013-04-19.

Melander, Göran, Article 24, I: Eide, Asbjørn och Alfredsson, Gudmundur (red.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, andra upplagan, 1993, s. 379-383.

Melin, Mats och Nergelius, Joakim, *EU:s konstitution. Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

de Mol, Mirjam, Dominguez: A deafening silence Court of Justice of the European Union (Grand Chamber). Judgement of 24 January 2012, Case C-282/10, Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la region Centre, *European Constitutional Law Review*, volume 8, issue 02, June 2012, s. 280-303.

Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting & Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999.

Norberg, Per, The Swedish Social Security Reforms of 2008 and their Impact on the National Sickness Insurance System: Some Reflections from an EU Law and Flexicurity Perspective, I: Rönnmar, Mia, *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2011, s. 199-226.

Nyström, Birgitta, *EU och Arbetsrätten*, Norstedts Juridik, Stockholm, fjärde upplagan, 2011.

Pech, Laurent, Between judicial minimalism and avoidance: The Court of Justice's sidestepping of fundamental constitutional issues in *Römer* and *Dominguez*, *Common Market Law Review*, 49, 2012, s. 1841-1880.

Peczenik, Alexander, *Juridikens teori och metod*, Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1995.

Ricci, Giancarlo, BECTU: An Unlimited Right to Annual Paid Leave, *Industrial Law Journal*, Vol. 30, No. 4, December 2001 s. 401-408.

Riesenhuber, Karl, Joined Cases C-350/06 and C-520/06, *Gerhard Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund and Mrs C. Stringer and Others v. Her Majesty's Revenue and Customs*, Judgement of the Court (Grand Chamber) of 20 January 2009, not yet reported, *Common Market Law Review*, 46, 2009, s. 2107-2115.

Rydberg-Welander, Lotti, *Socialförsäkring. Om ersättning i samband med sjukdom*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Sandgren, Claes, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, *Tidskrift för Rettsvetenskap* 04-05/2005, s. 648-656.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.

Spaventa, Eleanore, The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law, I: Arnull, Anthony m.fl. (red.), *A constitutional order of states?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, s. 199-218.

Ssenyonjo, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, second edition, 2006.

Westregård, Annamaria, De nya sjukpenningreglerna i ett arbetsrättsligt perspektiv, *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, årg 15, nr 4, vintern 2009, s. 57-76.

Wikrén, Gerhard, *Semesterlagen. Med kommentarer*, Norstedts Juridik, Stockholm, sjätte upplagan, 2010.

Internetkällor

European Commission, *Social partners agree to negotiate on EU Working Time rules*, 2011-11-15. Hämtad 2013-03-04 från:
<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=en&newsId=1116&furtherNews=yes>.

European Commission, *Working Conditions – Working Time Directive*. Hämtad 2013-03-04 från:
<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&intPageId=205&langId=en>.

European Labour Law Network, *ECJ Case C-282/10 Dominguez regarding paid annual leave in relation to the Swedish regulation on annual leave in the (1977:480) Annual Leave Act (24-01-2012)*. Hämtad 2013-02-22 från:
http://www.labourlawnetwork.eu/national_labour_law_latest_country_reports/national_court_rulings/court_decisions/prm/64/cs__11/v__detail/id__1832/category__1/index.html.

European Labour Law Network, *ECJ Case C-78/11 (ANGED) (07-07-2012)*. Hämtad 2013-02-22 från:
http://www.labourlawnetwork.eu/national_labour_law_latest_country_repor

ts/implications_of_ecj_rulings/_implications_of_ecj_rulings/prm/191/v__de
tail/id__2195/category__1/index.html.

ILO, *Ratifications of C132 – Holidays with Pay Convention (Revised)*,
1970 (No. 132). Hämtad 2013-02-07 från:
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_I
NSTRUMENT_ID:312277](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_I
NSTRUMENT_ID:312277).

United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3; *depository notification*
C.N.781.2001.TREATIES-6 of 5 October 2001 [Proposal of correction to
the original of the Covenant (Chinese authentic text) and
C.N.7.2002.TREATIES-1 of 3 January 2002 [Rectification of the original of
the Covenant (Chinese authentic text)]. Hämtad 2013-02-04 från:
[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV
-3&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV
-3&chapter=4&lang=en#EndDec).

Kollektivavtal och kommentarer

AB

Allmänna bestämmelser från 2012-05-01, www.skl.se, hämtad 2013-04-04.

Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommentarer till Allmänna*
bestämmelser, 2012, www.skl.se, hämtad 2013-04-05.

Teknikavtalet IF Metall

IF Metall och Teknikarbetsgivarna, *Avtalsbekräftelsen*, skickad per mail
efter kontakt med Teknikföretagen 2013-04-05.

IF Metall och Teknikarbetsgivarna, *Gemensamma avtalskommentarer*
Teknikavtalet IF Metall, 2010 skickad per mail efter kontakt med
Teknikföretagen 2013-04-08.

Teknikavtalet IF Metall 2012-02-01 – 2013-03-31, www.teknikforetagen.se,
hämtad 2013-04-05.

Tjänstemannaavtalen

Teknikarbetsgivarna och Unionen, *Avtalsuppgörelsen 2013-2016*,
www.unionen.se, hämtad 2013-04-05.

Tjänstemannaavtalen 2012-02-01 – 2013-03-31, www.unionen.se, hämtad
2013-04-05.

Villkorsavtalet

Arbetsgivarverket, *Om semester – en vägledning för statliga arbetsgivare*,
2009:7, www.arbetsgivarverket.se, hämtad 2013-04-05.

Arbetsgivarverket, *Om sjukfrånvaro och rehabilitering – en vägledning för*
statliga arbetsgivare, 2011, www.arbetsgivarverket.se, hämtad 2013-04-05.

Villkorsavtalet från 2013-06-01, www.arbetsgivarverket.se, hämtad 2013-
04-04.

Rättsfallsförteckning

Domar och beslut från EU-domstolen

Mål 149/77 *Gabrielle Defrenne* mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, REG 1978 I-1365.

Mål 293/83 *Françoise Gravier* mot Ville de Liège, REG 1985 I-593.

Mål C-6/90 och C-9/90 *Andrea Francovich* och *Danila Bonifaci* m.fl. mot Italienska republiken, REG 1991 I-5357.

Mål C-84/94 Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europeiska unionens råd, REG 1996 I-5755.

Mål C-173/99 *The Queen* mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (*BECTU*), REG 2001 I-4881.

Mål C-397/01 till C-403/01 *Bernhard Pfeiffer* m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, REG 2004 I-8835.

Mål C-52/04 *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* mot Leiter der Feuerwehr Hamburg, REG 2005 I-7111.

Mål C-131/04 och C-257/04 *C. D. Robinson-Steele* mot *R. D. Retail Services Ltd*, *Michael Jason Clarke* mot *Frank Staddon Ltd* och *J. C. Caulfield* m.fl. mot *Hanson Clay Products Ltd*, REG 2006 I-2531.

Mål C-287/04 Kommissionen mot Sverige, ej refererad.

Mål C-124/05 *Federatie Nederlandse Vakbeweging* mot Staat der Nederlanden, REG 2006 I-3423.

Mål C-350/06 och C-520/06 *Gerhard Schultz-Hoff* mot Deutsche Rentenversicherung Bund och *Stringer* m.fl. mot *Her Majesty's Revenue and Customs*, REG 2009 I-179.

Mål C-555/07 *Seda Küçükdeveci* mot *Swedex GmbH & Co. KG*, REG 2010 I-365.

Mål C-277/08 *Francisco Vicente Pereda* mot *Madrid Movilidad SA*, REG 2009 I-8405.

Mål C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser *Tirols* mot Land Tirol, REG 2010 I-3527.

Mål C-428/09 *Union syndicale Solidaires Isère* mot Premier ministre m.fl., REG 2010 I-9961.

Mål C-519/09 *Dieter May* mot *AOK Rheinland/Hamburg*, REG 2011 I-2761.

Mål C-155/10 *Williams m.fl.* mot British Airways plc, ej refererad.

Mål C-214/10 *KHS AG* mot Winfried Schulte, ej refererad.

Mål C-282/10 Maribel *Dominguez* mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique och Préfet de la région Centre, ej refererad.

Mål C-337/10 Georg *Neidel* mot Stadt Frankfurt am Main, ej refererad.

Mål C-78/11 Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (*ANGED*) mot Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA) m.fl., ej refererad.

Mål C-194/11 Susana Natividad *Martínez Álvarez* mot Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Principado de Asturias, ej refererad.

Mål C-194/12 Concepción *Maestre* García mot Centros Comerciales Carrefour SA, ej refererad.

Generaladvokatens förslag till avgöranden

Förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano i mål C-173/99 The Queen mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (*BECTU*), REG 2001 I-4881.

Förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak i mål C-350/06 Gerhard *Schultz-Hoff* mot Deutsche Rentenversicherung Bund, REG 2009 I-179.

Förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak i mål C-520/06 *Stringer m.fl.* mot Her Majesty's Revenue and Customs, REG 2009 I-179.

Förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak i mål C-155/10 *Williams m.fl.* mot British Airways plc, ej refererad.

Förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak i mål C-214/10 *KHS AG* mot Winfried Schulte, ej refererad.

Förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak i mål C-282/10 Maribel *Dominguez* mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique och Préfet de la région Centre, ej refererad.

Begäran om förhandsavgörande

Mål C-194/11 framställd av Juzgado Contencioso-Administrativo nr 1 de Oviedo (Spanien), Susana Natividad *Martínez Álvarez* mot Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Principado de Asturias, ej refererad.

Mål C-539/12 framställd av Employment Tribunal (Förenade kungariket), *ZJR Lock* mot British Gas Trading Limited m.fl., ej refererad.

Tribunalen

Mål T-268/11 Europeiska kommissionen mot Guido *Strack*.

Personaldomstolen

Mål F-120/07 Guido *Strack* mot Europeiska kommissionen.

Europeiska kommittén för sociala rättigheter

Conclusion V, Austria, 1977-12-31.

Conclusion VII, Ireland, 1981-12-31.

Conclusion XIV-2, Malta, 1998-11-30.

Conclusion XIV-2, Norway, 1998-11-30.

Arbetsdomstolen

AD 1981 nr 25

AD 1982 nr 72

AD 1982 nr 162

AD 1983 nr 149

AD 1986 nr 133

AD 1987 nr 20

AD 1994 nr 55

AD 2005 nr 16

AD 2010 nr 3

AD 2012 nr 24