

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 23 januari 1997 *

Innehåll

I — Inledning	I - 3972
II — Tillämpliga bestämmelser och faktiska omständigheter	I - 3972
Gemenskapsbestämmelser	I - 3972
Bakgrund	I - 3975
Frågorna i begäran om förhandsavgörande	I - 3978
III — Huruvida begäran om förhandsavgörande skall avvisas	I - 3980
Den första frågan	I - 3980
Den andra frågan	I - 3981
Den tredje frågan	I - 3981
IV — Saken	I - 3983
Villkoren för att korrekt genomföra direktivet när införlivandet sker för sent	I - 3983
Retroaktivt genomförande	I - 3988
Fullständigt genomförande	I - 3989
Tydligt genomförande	I - 3991
Kontrollen av det retroaktiva genomförandet	I - 3992
Direktiv 80/987	I - 3994
Betydelsen av artikel 4.2	I - 3995
Giltigheten av artikel 4.2	I - 4000
Minimigarantin i direktivet	I - 4000
Innehållet i det skadestånd som skall utges vid underlåtenhet att införliva direktivet	I - 4002
Artikel 4.3 i direktivet	I - 4004
V — Förslag till avgörande	I - 4005

* Originalspråk: grekiska.

I — Inledning

1. I förevarande mål har domstolen ombetts att meddela ett förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget, angående tre frågor från Pretura circondariale di Bassano del Grappa om tolkningen och giltigheten av bestämmelserna i rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.¹

2. Det fall som har gett upphov till frågorna i begäran om förhandsavgörande är nytt och har följande bakgrund. En medlemsstat som har underlåtit att införliva ett direktiv med nationell rätt (fördragsbrottet har fastställts genom domstolens dom) och som på grund av denna underlåtenhet har ådragit sig skadeståndsskyldighet (på de villkor som domstolen också har fastslagit) gentemot skadelidande personer åtar sig, genom att vidta åtgärder för att följa direktivet, att direkt fastställa skadeståndets omfattning och nivå.

3. Den nationella domstol vid vilken skadeståndstalan grundad på nationella åtgärder har väckts har anmodat EG-domstolen att lämna sådana uppgifter om direktivets tolkning som den nationella domstolen behöver för

att kunna bedöma i vilken utsträckning, och i synnerhet på vilket sätt, de nationella åtgärder genom vilka skadeståndet som ovan nämnts har fastställts är förenliga med gemenskapsrätten.

4. Det svar som skall lämnas den hänskjutande domstolen kommer således att utsträcka och komplettera domstolens rättspraxis beträffande medlemsstaternas skadeståndsskyldighet när gemenskapsrätten har åsidosatts. Denna skyldighet fastslogs för första gången i domstolens dom av den 19 november 1991 i målet Francovich m. fl. (nedan kallat rättsfallet Francovich I).²

II — Tillämpliga bestämmelser och faktiska omständigheter

Gemenskapsbestämmelser

5. Avsnitt I (rubricerat Räckvidd och definitioner) i direktiv 80/987/EEG (nedan kallat

1 — EGT L 283, 1980, s. 23.

2 — Förenade målen C-6/90 och C-9/90 (Rec. 1991, s. 5357).

direktivet), närmare bestämt artikel 1 i detta, innehåller följande bestämmelser:

b) när den enligt dessa lagar och andra författningar behöriga myndigheten

— antingen har beslutat att inleda förfarandet,

”1. Detta direktiv skall tillämpas på arbetstäckares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden gentemot arbetsgivare som är att anse som insolventa enligt artikel 2.1.”

— eller har fastställt att arbetsgivarens företag eller verksamhet definitivt har upphört och att befintliga tillgångar är otillräckliga för att förfarandet skall kunna inledas.

6. Artikel 2 i samma avsnitt i direktivet har följande lydelse:

2. Detta direktiv berör inte medlemsstaternas nationella lagar beträffande definitionen av termerna ’arbetstäckare’, ’arbetsgivare’, ’lön’, ’omedelbar rätt till’, och ’framtida rätt till’.”

”1. Såvitt gäller detta direktiv skall en arbetsgivare anses vara insolvent

7. Avsnitt II (rubricerat Bestämmelser om garantiinstitutioner), närmare bestämt artikel 3 i detta, innehåller dessutom följande bestämmelser:

a) när en ansökan har inlämnats om att det i enlighet med respektive medlemsstats lagar och andra författningar skall inledas ett förfarande som innebär att arbetsgivarens tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar och som gör det möjligt att ta hänsyn till fordringarna enligt artikel 1,

”1. Medlemsstaterna skall, om inte annat följer av artikel 4, vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att garantiinstitutioner garanterar betalning av arbetstäckarnas utestående fordringar som grundar sig på anställningsavtal eller anställningsförhållanden och som gäller lön för tiden före ett visst datum.

2. Efter medlemsstaternas val skall detta datum vara

2. Om medlemsstaterna utnyttjar valmöjligheten enligt punkt 1 skall de

— antingen den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde,

— eller den dag då arbetstagaren fick besked om uppsägning på grund av arbetsgivarens insolvens,

— eller den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde eller då anställningsavtalet eller anställningsförhållandet med den berörde arbetstagaren upphörde på grund av arbetsgivarens insolvens.”

8. Artikel 4 i samma avsnitt har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna får välja att begränsa garantiinstitutionernas betalningsansvar enligt artikel 3.

— i det fall som avses i artikel 3.2, första strecksatsen, säkerställa att betalning sker av utestående fordringar som gäller lön för de sista tre månaderna av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som har pågått inom en tidsperiod av sex månader före den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde,

— i det fall som avses i artikel 3.2, andra strecksatsen, säkerställa att betalning sker av utestående fordringar som gäller lön för de sista tre månaderna av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande före den dag då arbetstagaren fick besked om uppsägning på grund av arbetsgivarens insolvens,

— i det fall som avses i artikel 3.2, tredje strecksatsen, säkerställa att betalning sker av utestående fordringar som gäller lön för de sista 18 månaderna av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande före den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde eller då anställningsavtalet eller anställningsförhållandet med arbetstagaren upphörde på grund av arbetsgivarens insolvens. I detta fall får medlemsstaterna begränsa betalningsansvaret till lön motsvarande en tidsperiod om åtta veckor eller flera kortare perioder om sammanlagt åtta veckor.

3. För att undvika utbetalning av belopp som går utöver de sociala målen för detta direktiv får medlemsstaterna dock sätta en övre gräns för betalningsansvaret på grund av arbetstagarnas utestående fordringar.

b) vägra att ta på sig eller begränsa det ansvar som avses i artikel 3, eller den garanterade förpliktelsen som avses i artikel 7, om det visar sig att uppfyllandet av förpliktelsen är orimligt på grund av förekomsten av särskilda förbindelser mellan arbetstagaren och arbetsgivaren och gemensamma intressen som resulterat i hemliga överenskommelser mellan dem."

Om medlemsstaterna utnyttjar den sistnämnda valmöjligheten skall de till kommissionen meddela vilka metoder de valt för att fastställa denna gräns."

11. I artikel 11 föreskrivs slutligen att medlemsstaterna inom 36 månader efter dagen för anmälan skall sätta i kraft de bestämmelser som är nödvändiga för att följa direktivet.

9. Enligt artikel 9 i direktivet har medlemsstaterna dessutom rätt att tillämpa eller utfärda bestämmelser som är gynnsammare för arbetstagarna.

Bakgrund

10. Artikel 10 har följande lydelse:

12. Republiken Italien vidtog inte de åtgärder som var nödvändiga för att införliva direktivet med inhemsk rätt inom den tidsfrist som hade fastställts för medlemsstaterna i artikel 11 i direktivet och som gick ut den 23 oktober 1983. Efter det att kommissionen hade väckt talan fastställde domstolen fördragsbrottet i fråga genom dom av den 2 februari 1989 i målet kommissionen mot Italien.³

"Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas möjligheter att

13. Den 20 april 1989, då direktivet fortfarande inte hade införlivats med italiensk

a) vidta åtgärder för att förhindra missbruk,

3 — Mål 22/87, Rec. 1989, s. 143.

rättsordning, väckte Danila Bonifaci och 33 andra arbetstagare i företaget Gaia Confezioni Srl, som hade försatts i konkurs den 5 april 1985, talan mot italienska staten vid Pretura circondariale di Bassano del Grappa. De angav i sin ansökan att de vid den tidpunkt då deras anställningsförhållande upphörde hade fordringar som totalt uppgick till över 253 miljoner LIT och som godkänts som konkursboets skulder, men att de ännu fem år efter konkursen fortfarande inte hade erhållit någon utbetalning och att konkursförvaltaren hade meddelat dem att det var absolut osannolikt att deras fordringar ens delvis skulle komma att täckas. Med hänsyn till den italienska statens skyldighet att tillämpa direktivet yrkade sökandena följaktligen att staten skulle förpliktas att betala deras utestående lönefordringar och åtminstone de tre sista månadslöner eller att i andra hand betala dem skadestånd.

14. För tvistens lösning ställde den nationella domstolen, genom beslut att begära förhandsavgörande av den 9 juli 1989, en rad frågor till domstolen, vilka denna besvarade i ovannämnda dom i målet Francovich I.⁴ Domslutet i denna dom har följande lydelse:

”1) De bestämmelser i vilka arbetstagarnas rättigheter fastställs i rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas

lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens skall tolkas så, att de berörda inte kan göra gällande dessa rättigheter mot staten vid nationell domstol, när genomförandeåtgärder inte har vidtagits i tid.

2) En medlemsstat är skyldig att ersätta skada som vållas enskilda genom underlåtenhet att införliva direktiv 80/987/EEG.”

15. Efter det att domstolen hade avkunnat denna dom, antog den italienske lagstiftaren ett decreto legislativo nr 80 av den 27 januari 1992 för att införliva direktivet med italiensk rätt.⁵

I artikel 1.1 i detta decreto legislativo föreskrivs att för det fall ett förfarande för konkurs, ackord eller tvångslikvidation eller ett sådant förfarande för tvångsförvaltning som föreskrivs i decreto legge nr 26 av den 30 januari 1979 inleds mot en arbetsgivare, kan den arbetstagare som är anställd av sagde arbetsgivare, eller arbetstagarens rättsinnehavare, med stöd av specialbestämmelserna i artikel 2 begära att fordringar på grund av obetalda löner skall betalas ur den fond som har skapats genom lag nr 297 av den 29 maj 1982 och vars verksamhet är reglerad i samma lag.

4 — Se fotnot 2.

5 — *GURI* (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana) nr 36, av den 13 februari 1992.

16. Artikel 2.1—2.6 innehåller dessutom tillämpningsföreskrifter för bestämningen av de belopp som framdeles skall utbetalas till berättigade personer ur garantifonden i fråga (ordinarie system eller "regleringssystem" enligt beslutet om hänskjutande). I punkt 7 i samma artikel finns tillämpningsföreskrifter för bestämningen av den ersättning som skall betalas till dem som har lidit skada på grund av underlåtenheten att införliva direktivet, varvid det hänvisas till bestämmelserna om det system som beskrivs i föregående punkter.

17. Mer preciserat innehåller artikel 2.1 i decreto legislativo följande bestämmelse:

"Den betalning ur garantifonden som görs med tillämpning av artikel 1 avser fordringar på grund av anställningsavtal, andra än fordringar på ersättning på grund av att avtalet upphör, som avser de tre sista månaderna av ett anställningsförhållande som har pågått inom en tidsperiod av tolv månader före a) dagen för beslutet att inleda ett av de förfaranden som anges i artikel 1.1; b) ...; c) ...⁶."

⁶ — Som framgår av beslutet om hänskjutande, jämfört med de yttranden som parterna i målet vid den nationella domstolen har framfört, skall — enligt de italienska domstolarnas rättspraxis — den dag då den ovan nämnda tolv månadersfristen börjar löpa, det vill säga "den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde" i den mening som avses i direktivet, sammanfalla med den dag då konkursbeslutet meddelas.

18. Punkt 2 i samma artikel lyder enligt följande:

"Den utbetalning som fonden gör med tillämpning av artikel 1 får inte överstiga ett belopp som motsvarar tre gånger det övre gränobeloppet för den ersättning som undantagsvis betalas som komplement till månadslönen med avdrag för sociala avgifter."

19. Punkt 7 i samma artikel har slutligen följande lydelse:

"Den ersättning som eventuellt skall utbetalas i samband med de förfaranden som föreskrivs i artikel 1.1 såsom gottgörelse för skada som vållats genom underlåtenhet att införliva direktiv 80/987/EEG, skall bestämmas i enlighet med de frister, åtgärder och tillämpningsföreskrifter som anges i punkterna 1, 2 och 4. Skadeståndstalan skall väckas inom ett år från den dag då detta decreto legislativo träder i kraft."

20. Efter det att decreto legislativo hade utfärdats, väckte Danila Bonifaci m. fl. (sökande i det mål vid den nationella domstolen som har gett upphov till mål C-94/95) skadeståndstalan vid Pretura circondariale di Bassano del Grappa mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), med stöd av

artikel 2.7 i decreto legislativo.⁷ Vid samma domstol väcktes dessutom en liknande talan av Wanda Berto och 133 andra arbetstagare i olika företag som hade konkursförklarats efter den 23 oktober 1983 och före ikraftträdandet av decreto legislativo nr 80/92 (sökande i det mål vid den nationella domstolen som har gett upphov till mål C-95/95). Av yttrandena från parterna i målet vid den nationella domstolen framgår det att de ansökningar om ersättning som sökandena hade framställt till INPS i många fall helt hade avslagits, eftersom sökandena inte hade varit anställda under den tolv månadersperiod som föregick konkursbeslutet. I andra fall hade ansökningarna bifallits till en del, eftersom ersättningen till sökandena för de anställningsperioder som omfattades av ovannämnda tolv månadersperiod antingen hade begränsats till tre månader, i enlighet med artikel 2.1 i decreto legislativo nr 80/92 eller begränsats genom den övre gräns som fastställs i artikel 2.2 i samma rättsakt.

Frågorna i begäran om förhandsavgörande

21. Mot bakgrund av ovan beskrivna faktiska och rättsliga omständigheter har den

italienska domstol vid vilken skadeståndstalan väckts hyst allvarliga tvivel beträffande huruvida de bestämmelser i decreto legislativo som den skall tillämpa är förenliga med bestämmelserna i direktivet och med domstolens ställningstaganden i rättsfallet Francovich I, medan tolkningen av dessa ställningstaganden också vållar svårigheter.

22. I beslutet om hänskjutande påpekas för det första att den italienska lagstiftaren har utnyttjat sin möjlighet enligt artikel 4.2 i direktivet och begränsat garantiinstitutionens betalningsansvar, inte bara för framtiden (som den har rätt till) utan även för förfluten tid. Skadeståndet för underlåtenhet att införliva direktivet har således begränsats "retroaktivt", och det i dubbel bemärkelse, eftersom en sammantagen tolkning av punkt 1—7 i artikel 2 i decreto legislativo innebär att ersättningen skall motsvara fordringar som a) hänför sig till de tre sista månaderna av ett anställningsavtal, b) omfattas av en tidsperiod av tolv månader före den dag då beslutet att inleda förfarandet för att tillgodose borgenärernas fordringar meddelades (i detta fall dagen för konkursbeslutet). Denna begränsning kan dock utmynna i att arbetstagarna omöjligt kan få ersättning, eftersom det på grund av den i Italien senfärdiga handläggningen av konkurser finns risk för att konkursbeslutet fattas över ett år efter det att borgenärerna ingav konkursansökan. På grund av förseningen i rättskipningen, det vill säga på grund av en orsak som arbetstagarna inte råder över, är det möjligt att ingen av de anställningsperioder som dessa har

⁷ — Enligt dom nr 285/1993 från Corte costituzionale italiana, som det hänvisas till i beslutet om hänskjutande och som parterna i målet vid den nationella domstolen har åberopat i sina yttranden, är det INPS som förvaltar garantifonden och det är mot INPS som ansökan om ersättning enligt artikel 2.7 i förordning nr 80/92 bör riktas.

fullgjort kommer att omfattas av den referensperiod på tolv månader som föregick dagen för konkursen, såsom här är fallet. Mot denna bakgrund har den nationella domstolen genom sin första tolkningsfråga ombett domstolen att uttala sig om huruvida artikel 4.2 i direktivet tillåter den nationelle lagstiftaren att begränsa ersättningen även i ett sådant fall som det som har beskrivits ovan.

23. Den italienska domstolen har dessutom anmärkt att en sådan tolkning skulle leda till att arbetstagare som befinner sig i samma ställning (det vill säga arbetstagare som har utestående fordringar gentemot sin arbetsgivare) behandlas olika, eftersom beviljandet av den garanti som föreskrivs i direktivet beror på slumpmässiga faktorer, det vill säga beroende på om konkursbeslutet meddelas i rätt tid eller inte. Detta har föranlett den hänskjutande domstolen att — om den första frågan besvaras jakande — genom sin andra fråga vilja få klarhet i om artikel 4.2 i direktivet är giltig med hänsyn till principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

24. Slutligen har den nationella domstolen påpekat att den italienske lagstiftaren, genom att grunda sig på artikel 4.3 i direktivet, först har fastställt en övre gräns för den garanti som tillförsäkras arbetstagarna *för framtiden* (artikel 2.2 i decreto legislativo) och sedan har infört samma övre gräns för den ersättning som skall utbetalas på grund av att direktivet inte har införlivats med den inhemska rättsordningen i rätt tid (punkt 7 i samma artikel, i vilken det hänvisas till ovan nämnda punkt 2). Den har dessutom anmärkt att den italienska rättsordningens regler om utomobligatoriskt ansvar (artikel 2042 och följande i civilbalken) är

utformade enligt principen om att skada skall ersättas fullt ut utan någon begränsning av skadeståndsbeloppet. I punkt 43 i Francovich I har dock domstolen redan förklarat att ”de formella och materiella förutsättningar som fastställts i de olika nationella rättsordningarna i fråga om skadestånd⁸, inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande anspråk av nationell karaktär”. Mot denna bakgrund har den nationella domstolen ställt följande fråga: Vilka är de ”liknande anspråk av nationell karaktär” vars förutsättningar skall vara föremål för jämförelse vid fastställelsen av den ersättning som avses i detta fall? Utgörs de av den garanti som arbetstagarna genom decreto legislativo tillförsäkras för framtiden eller av det skadestånd till följd av utomobligatoriskt ansvar som enligt gemenskapsrätten skall utgå vid underlåtenhet att införliva direktivet?

25. Frågorna har avfattats på följande sätt:

”1) Skall artikel 4.2 i direktiv 80/987/EEG tolkas på så sätt att medlemsstaterna kan utnyttja möjligheten att begränsa garantiorganens betalningsansvar till löner som omfattas av en viss period — i detta fall tolv månader —, även för det fall att

8 — Det rörde sig som bekant om den skada som arbetstagarna hade lidit på grund av att Republiken Italien inte hade antagit de åtgärder som var nödvändiga för att införliva det omtvistade direktivet.

överskridandet av denna tidsperiod inte beror på bristande initiativ från den berörde arbetstagarens sida, och särskilt i de fall då det yrkas skadestånd på grund av att direktivet inte har införlivats eller har införlivats för sent?

III — Huruvida begäran om förhandsavgörande skall avvisas

Den första frågan

- 2) Om den första frågan besvaras jakande, skall då artikel 4.2 i direktivet anses vara giltig med hänsyn till principerna om likabehandling och icke-diskriminering?

26. INPS har i huvudsak gjort gällande att den första frågan i begäran om förhandsavgörande skall avvisas, eftersom det önskade svaret saknar betydelse för tvistens lösning. Enligt INPS avser artikel 4.2 i direktivet bestämmningen av den garanti som skall betalas till arbetstagarna från den tidpunkt då direktivet har införlivats i inhemsk rätt och inte bestämmningen av den ersättning som skall betalas vid underlåtenhet att införliva direktivet, såsom här är fallet.

Vidare har INPS anfört att direktivet inte gör betalningen av garanti beroende av arbetstagarnas uppträdande, vilket den nationella domstolen tycks tro.

- 3) Skall punkt 43 i domstolens dom av den 19 november 1991 tolkas på så sätt att de formella och materiella förutsättningar som fastställts i de olika medlemsstaternas inhemska rätt för talan om ersättning för skada som vållats genom underlåtenhet att införliva ett gemenskapsdirektiv skall vara desamma som (eller i varje fall inte mindre förmånliga än) de förutsättningar som den nationella lagstiftaren har uppställt när han har införlivat samma direktiv för sent?"

Av dessa skäl har INPS hävdat att domstolen saknar behörighet att besvara den första frågan.

27. I det avseendet bör understrykas att enligt fast rättspraxis skall det, inom ramen för det samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 177 i fördraget, endast

ankomma på de nationella domstolar vid vilka talan väckts och vilka skall ta ansvar för det kommande rättsliga avgörandet att med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje mål bedöma såväl behovet av ett förhandsavgörande för att kunna avgöra målet som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.⁹ Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande, när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten.¹⁰ En begäran från en nationell domstol kan endast avvisas om det "på ett uppenbart sätt framgår att den tolkning eller bedömning av en gemenskapsrättslig regels giltighet som den nationella domstolen har begärt saknar allt samband med den verkliga beskaffenheten av eller syftet med tvisten vid den nationella domstolen".¹¹

28. Så är här inte fallet. För att avgöra om det med avseende på artikel 4.2 i direktivet är på goda grunder som den nationella lagstiftaren har infört vissa begränsningar av skadeståndet, har den nationella domstolen ansett det vara nödvändigt att begära EG-domstolens tolkning av denna bestämmelse. En sådan tolkning är för övrigt nödvändig för att besvara den andra frågan i begäran om förhandsavgörande, angående sagda bestämmelses giltighet. Den nationella domstolen har således uppenbar användning av det önskade svaret, och EG-domstolen är därmed behörig att besvara frågan.

29. INPS har i ovannämnda synpunkter berört saken, på så vis att den anser det vara självklart hur den nationella domstolens fråga skall besvaras, det vill säga hur artikel 4.2 i direktivet skall tolkas. Synpunkterna kan således tas i beaktande i samband med själva tolkningen, men de saknar betydelse för domstolens behörighet och för huruvida frågan skall avvisas, och de bör således förkastas.¹²

Den andra frågan

30. Kommissionen har ifrågasatt relevansen av den andra frågan, eftersom den anser att den nationella domstolen har lämnat otillräckliga upplysningar i fråga om den faktiska och rättsliga bakgrunden. Denna invändning bör förkastas eftersom de uppgifter som har lämnats av den nationella domstolen är tillräckligt detaljerade för att frågan skall kunna besvaras.

Den tredje frågan

31. INPS har hävdatt att domstolen saknar behörighet att besvara den tredje frågan, som enligt INPS avser huruvida artikel 2.7 i

9 — Se dom av den 21 mars 1996 i mål C-297/94, *Bruyère m. fl.* (REG 1996, s. I-1551), punkt 19.

10 — Se särskilt dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman* (REG 1995, s. I-4921), punkt 59, av den 5 oktober 1995 i mål C-125/94, *Aprile* (REG 1995, s. I-2919), punkterna 16 och 17, och av den 18 oktober 1990 i förenade målen C-297/88 och C-197/89, *Dzodzi* (Rec. 1990, s. I-3763), punkt 35.

11 — Se domen i målet *Bosman* (se hänvisning i ovanstående fotnot).

12 — Se dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, *SAT Fluggesellschaft* (Rec. 1994, s. I-43), punkterna 11 och 14.

decreto legislativo är förenlig med de principer som har fastslagits i rättsfallet *Franco-vich*, eftersom domstolen har till uppgift att tolka gemenskapsrätten och inte att pröva de nationella åtgärder som vidtas för att säkerställa gemenskapsrättens tillämpning, en uppgift som uteslutande ankommer på de nationella domstolarna.

Denna invändning om rättegångshinder skall ogillas.

I det avseendet kan erinras om, att även om domstolen inte är behörig att inom ramen för artikel 177 i fördraget uttala sig om huruvida en nationell regel är förenlig med gemenskapsrätten, är den ändå — enligt fast rättspraxis — behörig att lämna den nationella domstolen alla uppgifter om hur gemenskapsrätten skall tolkas som denna kan anses behöva för att bedöma om regeln är förenlig med gemenskapsrätten vad avser avgörandet av det anhängiga målet.¹³

32. I detta fall har den nationella domstolen inte anmodat EG-domstolen att direkt uttala sig om huruvida den nationella bestämmelsen är förenlig med gemenskapsrätten, vilket INPS oriktigt har påstått, utan har bett EG-domstolen om sådana uppgifter om hur gemenskapsrätten skall tolkas som den anser sig behöva för att kunna avgöra målet. EG-domstolen är följaktligen behörig att besvara denna fråga.

33. INPS:s övriga anmärkningar, enligt vilka den italienska Corte costituzionale redan har prövat eller kommer att pröva om artikel 2.7 i decreto legislativo och lagen om bemyndigande är förenliga med italiensk grundlag eller gemenskapsrätten, saknar relevans för frågan om huruvida begäran om förhandsavgörande skall avvisas eller för frågan om domstolens behörighet.

34. Slutligen har INPS gjort gällande att, i den mån svaret på den tredje frågan förutsätter en tolkning av bestämmelserna i direktiv 80/987, vilka inte är direkt tillämpliga, domstolen saknar behörighet att svara, eftersom dess behörighet enligt artikel 177 andra stycket i fördraget är begränsad till tolkningen av de gemenskapsbestämmelser som är direkt tillämpliga.

Denna invändning skall under alla omständigheter ogillas, eftersom det är fastslaget i rättspraxis att "domstolen är behörig att meddela förhandsavgöranden angående tolkningen av de rättsakter som antagits av gemenskapens institutioner, oberoende av om de är direkt tillämpliga eller inte".¹⁴

13 — Se dom av den 1 februari 1996 i mål C-177/94 (REG 1996, s. I-161), punkt 9, och av den 27 oktober 1993 i mål C-338/91, *Steenhorst-Neerings* (Rec. 1993, s. I-5475), punkt 25.

14 — Se dom av den 20 maj 1976 i mål 111/75, *Mazzalai* (Rec. 1976, s. 657), punkt 7.

IV — Saken

35. Den första frågan, såsom den har förtydligats genom ovannämnda uppgifter i beslutet om hänskjutande, omfattar två problem. Det rör sig för det första om huruvida medlemsstaterna i princip kan tillämpa de begränsningar som avses i artikel 4.2 i direktivet även på ersättning som skall utgå för underlåtenhet att införliva direktivet inom föreskriven tidsfrist. Det andra problemet avser huruvida det är uteslutet att ersätta arbetstagare som, av orsaker som inte kan skyllas på bristande initiativ från deras sida, inte har haft ett faktiskt arbetsförhållande under den referensperiod som anges i ovannämnda direktiv.

36. Den tredje frågan har även den förtydligats genom skälen i beslutet om hänskjutande och omfattar också två problem. Det gäller för det första om en medlemsstat under ovannämnda omständigheter kan begränsa ersättningen med tillämpning av artikel 4.3 i direktivet. Det andra, mer allmängiltiga, problemet avser vad som ur gemenskapsrättslig synvinkel är förhållandet mellan den ersättning som bestäms i samband med att direktivet har införlivas för sent och den ersättning som skall utgå på grund av att direktivet inte har införlivats inom föreskriven frist.

37. Ovan angivna problem uppstod när medlemsstaten försökte — om än senkommet — följa direktivet och avhjälpa följderna av att direktivet inte hade införlivats med

den inhemska rättsordningen inom den föreskrivna fristen. Av denna anledning bör det först undersökas vilka villkor en medlemsstat måste uppfylla för att korrekt följa ett direktiv för det fall att införlivandet sker för sent. Jag kommer därefter att behandla de ställda frågorna, och av metodiska skäl kommer jag att besvara dem i följande ordning: först den andra delen av den tredje frågan, därpå den första och den andra frågan och slutligen den första delen av den tredje frågan.

Villkoren för att korrekt genomföra direktivet när införlivandet sker för sent

38. Av artikel 5, i vilken principen om samarbetsskyldighet är fastslagen, jämförd med artikel 189 tredje stycket i fördraget, följer att de medlemsstater till vilka ett direktiv är riktat skall, före utgången av den frist som föreskrivs i direktivet, vidta alla lämpliga åtgärder för att fullt ut uppnå det med direktivet åsyftade resultatet.

39. Det kan hända att den medlemsstat till vilken direktivet är riktat underlåter att uppfylla sin skyldighet genom att inte vidta någon införlivandeåtgärd inom den föreskrivna fristen eller genom att inom den föreskrivna fristen vidta åtgärder som ändå är inkorrekta eller genom att för sent vidta genomförandeåtgärder, oavsett om dessa åtgärder är korrekta eller inte.

40. I samtliga fall av fördragsbrott som just har uppräknats uppstår en lucka och en abnormitet i gemenskapens rättsordning när fristen för att följa direktivet går ut, oavsett om domstolen har eller inte har fastställt fördragsbrottet i dom — en dom som endast är av konstaterande karaktär. Så länge som detta "abnorma" förhållande varar kommer det att strida radikalt mot det grundläggande kravet på en samtidig och enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten inom hela gemenskapens territorium,¹⁵ och det krävs att detta avhjälpas.

41. Det är naturligtvis självklart att den medlemsstat som gjort sig skyldig till fördragsbrott skall, om än för sent, under alla omständigheter och snarast möjligt vidta lämpliga åtgärder för att möjliggöra en framtida tillämpning av direktivet. Ett problem uppkommer dock när det gäller medlemsstatens skyldigheter med hänsyn till gemenskapens rättsordning och till de enskilda som tillerkänts rättigheter genom denna rättsordning¹⁶, under den tid som fördragsbrottet varade och i synnerhet under den tid då direktivet inte var införlivat (eller var felaktigt införlivat).

42. Först och främst skall påpekas att domstolen har fastslagit att "fördraget syftar till

att medlemsstaternas fördragsbrott och de följder som dessa *har haft eller kan få* verkligen skall undanröjas".¹⁷ Vad beträffar de skyldigheter som åligger medlemsstaterna enligt artikel 5 i fördraget har domstolen vidare fastslagit att "dessa skyldigheter innefattar skyldigheten att undanröja de otillåtna följderna av att gemenskapsrätten har överträtts".¹⁸

43. Då fördraget inte innehåller några bestämmelser som på ett klart och uttryckligt sätt reglerar följderna av att medlemsstaterna överträder gemenskapsrätten, har domstolen funnit att den — när den fullgör sin uppgift att enligt artikel 164 i fördraget säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget — bör avgöra en sådan fråga enligt allmänt erkända tolkningsmetoder, i synnerhet genom att tillämpa de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning och, i förekommande fall, de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.¹⁹

44. Som medel till skydd för enskilda som vållats skada genom en medlemsstats överksamhet har i rättspraxis först och främst fastslagits den principen att, trots att genom-

15 — Se dom av den 5 mars 1996 i mål C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur (REG 1996, s. I-1029), punkt 33, av den 21 februari 1991 i mål C-143/88 och C-92/89, Zuckerfabrik (Rec. 1991, s. I-415), punkt 26, av den 27 mars 1980 i mål C-61/79, Denkavit (Rec. 1980, s. 605), punkt 18, och av den 13 juli 1972 i mål 48/71, kommissionen mot Italien (Rec. 1972, s. 529), punkt 8.

16 — Vid sidan av medlemsstaterna anses som bekant även enskilda vara rättssubjekt i gemenskapens rättsordning, vilket ger dem rättigheter som följer av de väl definierade skyldigheter som åligger medlemsstaterna enligt fördraget (se särskilt domen i målet Francovich, nämnd i fotnot 2 ovan, punkt 31, och dom av den 31 april 1968 i mål C-28/67, Molkerici, Rec. 1968, s. 211, punkt 1 A).

17 — Dom av den 12 juli 1973 i mål 70/72, kommissionen mot Tyskland (Rec. 1973, s. 813), punkt 13, min kursivering.

18 — Domen i målet Francovich (nämnd i punkt 2 ovan), punkt 36. Se även, beträffande motsvarande bestämmelse i EKSG-fördraget, dom av den 16 december 1960 i mål 6/60, Humblet (Rec. 1960, s. 1125).

19 — Se domen i målet Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 27.

förandeåtgärder inte har vidtagits, enskilda ändå skall kunna åberopa de bestämmelser i direktivet som är ovillkorliga och tillräckligt precisa, antingen mot en nationell bestämmelse, som är oförenlig med direktivet eller som sådana, när de medför rättigheter som de enskilda kan göra gällande mot staten.²⁰ Domstolen har understrukt att "denna rättspraxis bygger på att direktiven är tvingande för medlemsstaterna och på det övervägandet att en medlemsstat, som har underlåtit att inom föreskriven frist vidta de genomförandeåtgärder som krävs enligt direktivet, inte gentemot enskilda kan åberopa sin egen underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet".²¹

45. För det andra har domstolen, med utgångspunkt i artikel 5 i fördraget jämförd med principen om gemenskapsreglernas fulla verkan och principen om ett verksamt skydd för de rättigheter som följer av dessa regler, fastslagit principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelse av gemenskapsrätten som kan tillskrivas medlemsstaterna. Denna princip utgör en väsentlig del av fördragets system.²²

46. Då staten bär ansvar enligt gemenskapsrätten beror dock förutsättningarna för att en rätt till skadestånd skall uppkomma för enskilda på vilket slag av överträdelse av gemenskapsrätten som har förorsakat skadan²³, det vill säga vad som kännetecknar varje enskilt fall.²⁴

47. I rättspraxis görs åtskillnad mellan olika fall beroende på om den medlemsstat som handlar på ett område som regleras av gemenskapsrätten har en vid befogenhet att företa skönsmässig bedömning, kan välja lagstiftning eller har ett stort handlingsutrymme, eller om dessa möjligheter tvärtom är obefintliga eller avsevärt begränsade.²⁵

48. I det första fallet har de enskilda rätt till skadestånd om a) syftet med den gemenskapsrättsliga norm som har överträtts är att tillförsäkra enskilda rättigheter, b) överträdelsen är tillräckligt klar²⁶ och c) det finns

20 — Dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker (Rec. 1982, s. 53), punkt 25.

21 — Dom av den 24 mars 1987 i mål 286/85, McDermott och Cotter (Rec. 1987, s. 1453), punkt 12. Se även dom av den 4 december 1986 i mål 71/85, FNV (Rec. 1986, s. 3855), punkt 14, och domen i målet Becker (nämnd i ovanstående fotnot), punkt 22—24.

22 — Se domen i målet Francovich I (nämnd i fotnot 2 ovan), punkt 31—36, och Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan) punkt 31—36, samt dom av den 26 mars 1996 i mål C-392/93, British Telecommunications (REG 1996, s. 1-1631), punkt 38, och av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, Hedley Lomas (REG 1996, s. 1-2553), punkt 24, av den 8 oktober 1996 i förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94, Dillenkofer m. fl. (REG 1996, s. 4845), punkt 20, och av den 17 oktober 1996 i mål C-283/94, Denkavit m. fl. (REG 1996, s. 5063), punkt 47.

23 — Domarna i målen Francovich m. fl. (nämnd i fotnot 2 ovan), punkt 38, Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 38, och Hedley Lomas (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 24.

24 — Se domen i målet Dillenkofer (nämnd i fotnot 22), punkt 24.

25 — Domen i målet Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan), punkterna 43 och 44.

26 — I den mening att staten uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sina befogenheter. Se domarna i målen Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan) punkterna 45 och 55, British Telecommunications (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 42, och Dillenkofer (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 25.

ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som de enskilda har lidit.²⁷

vara fråga om en tillräckligt klar överträdelse, även om den inte nämdes i den ovan nämnda domen Francovich m. fl., likväl uppenbart var uppfylld genom omständigheterna i det målet" (punkt 23).

49. I det andra fallet, när, som i målet Francovich I, direktivet föreskriver ett resultat men staten underlåter att vidta åtgärder för införlivande med inhemsk rätt, har de enskilda rätt till skadestånd, om a) det resultat som föreskrivs i direktivet innebär att enskilda tillförsäkras rättigheter, b) innehållet i dessa rättigheter kan fastställas på grundval av bestämmelserna i direktivet och c) det finns ett orsakssamband mellan åsidosättandet av den skyldighet som åligger staten och den skada som förfördelade personer har lidit.²⁸

50. Bortsett från de terminologiska skillnaderna är dessa fall inte helt olika. I domen i målet Dillenkofer (nämnd i fotnot 22 ovan) har domstolen nämligen förklarat följande:

— "Det är i själva verket samma förutsättningar som har angivits i dessa domar, eftersom förutsättningen att det måste

— Skälet till detta är att "[n]är en medlemsstat, såsom i målet Francovich m. fl. ... inte vidtar någon av de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som föreskrivs i direktivet inom den i direktivet fastställda tidsfristen, missbedömer den följaktligen uppenbart och allvarligt gränserna för utövandet av sina befogenheter" (punkt 26).

— Denna underlåtenhet "utgör i sig en klar överträdelse av gemenskapsrätten" (punkt 29), och den ger upphov till en rätt till skadestånd i enlighet med vad som ovan angivits "utan att några andra förutsättningar behöver föreligga" (punkt 27).

51. De förutsättningar som anges ovan är nödvändiga och tillräckliga för att ge upphov till en rätt till skadestånd för enskilda, utan att de för den skull utesluter att statens ansvar kan göras gällande enligt mindre restriktiva villkor i den nationella rätten.²⁹ Det är för övrigt inom ramen för den nationella

27 — Se domarna i målen Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan), punkterna 50 och 51, British Telecommunications (nämnd i fotnot 22 ovan), punkterna 39 och 40, Hedley Lomas (nämnd i fotnot 22 ovan), punkterna 25 och 26, Dillenkofer (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 21, och Denkavit (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 48.

28 — Domarna i målen Francovich m. fl. (nämnd i fotnot 2 ovan), punkterna 39 och 40, och Dillenkofer (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 22, samt dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (Rec. 1994, s. I-3325), punkt 27, och av den 7 mars 1996 i mål C-192/94, El Corte Ingles (REG 1996, s. I-1281), punkt 22.

29 — Domen i målet Brasserie du pêcheur (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 66.

rätten som staten skall gottgöra följderna av den vållade skadan, fortfarande "med förbehåll" för den rätt till skadestånd som är direkt grundad på gemenskapsrätten, när de förutsättningar som anges i föregående punkt är uppfyllda.³⁰

52. Vad slutligen beträffar de förutsättningar som har fastställts i nationell skadeståndslagstiftning, har domstolen vid flera tillfällen understrukit att de "inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande nationella ersättningsanspråk eller utformas på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd".³¹

53. Även om det är fastställt i rättspraxis att enskilda har ovannämnda rättigheter för det fall att staten är överksam, kvarstår ovannämnda problem (punkt 41). Frågan är således fortfarande denna: För det fall att ett direktiv inte har införlivats med inhemsk rätt eller har införlivats efter fristens utgång, innebär då den omständigheten att gemenskapsrätten ger de skadelidande rätt att åberopa de bestämmelser i direktivet som är direkt tillämpliga och/eller rätt till skadestånd från staten att staten befrias från varje annan skyldighet med avseende på den tid som fördragsbrottet har varat?

54. Svaret kan inte vara annat än nekande. Det finns många skäl härtill. Det rör sig bland annat om följande:

— För det första finns det av naturliga skäl endast en begränsad möjlighet att åberopa direkt tillämpliga direktivbestämmelser, eftersom det endast finns ett fåtal sådana bestämmelser.³²

— Det andra skälet, som kommer att utvecklas närmare nedan, är att under hela den tid som direktivet inte är korrekt införlivat med inhemsk rätt är detta okänt för berörda personer, som följaktligen inte kan utnyttja sina rättigheter enligt direktivet.

— Det är för det tredje ytterst svårt att utnyttja ovannämnda möjligheter, eftersom det förutsätter kännedom om att de har bekräftats i domstolens rättspraxis och kännedom — som inte kan vara annat än ofullständig — om det direktiv som fastställer rättigheterna samt, slutligen, att talan väcks vid domstol för att göra rättigheterna gällande. Det är således få innehavare av sagda rättigheter som åtnjuter de förmåner som följer av direk-

30 — Domen i målet *Brasserie du pêcheur* (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 67. Se även domarna i målen *Francovich I* (nämnd i fotnot 2 ovan), punkterna 41 och 42, och *Faccini Dori* (nämnd i fotnot 28 ovan), punkt 29.

31 — Se särskilt domarna i målen *Brasserie du pêcheur* (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 67, och *Francovich I* (nämnd i fotnot 2 ovan), punkt 43.

32 — Beträffande möjligheten att åberopa direkt tillämpliga bestämmelser i fördraget kan noteras att domstolen konsekvent har förklarat att denna möjlighet "endast utgör ett minimiskydd och inte är tillräcklig för att ensam säkerställa en riktig och fullständig tillämpning av fördraget" (se bland annat dom av den 26 februari 1991 i mål C-120/88, kommissionen mot Italien (Rec. 1991, s. I-621), punkt 10).

tivet, vilket äventyrar det faktiska resultat som direktivet var avsett att uppnå.

skall tillkomma enskilda, skall denna förmån således beviljas dem med retroaktiv verkan.

55. De ovan nämnda möjligheter som har fastställts i domstolens rättspraxis utgör således ett *substitut*³³ för ett korrekt genomförande av direktivet. För det fall att direktivet införlivas efter fristens utgång, måste detta korrekta genomförande enligt min uppfattning — som jag strax skall utveckla — vara *retroaktivt, fullständigt och tydligt*.

Retroaktivt genomförande

56. Jag anser att det retroaktiva genomförandet av direktivet utgör ett krav enligt gemenskapens rättsordning. Enligt artikel 5 och artikel 189 tredje stycket i fördraget har staten nämligen skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder för att följa direktivet från den dag som har fastställts i detta³⁴. Vidare kräver gemenskapens rättsordning att gemenskapsrätten tillämpas samtidigt och enhetligt³⁵. Av detta följer att, oavsett vid vilken tidpunkt staten införlivar direktivet med den nationella rättsordningen, detta införlivande skall ha en retroaktiv verkan som går tillbaka till den dag som fastställts i direktivet. När det i direktivet föreskrivs att en viss förmån

57. Denna uppfattning finner stöd i domstolens rättspraxis. Karakteristiska är vissa domar om tolkningen av direktiv 79/7/EEG³⁶, särskilt artikel 4, som innehåller principen om likabehandling av kvinnor och män och artikel 8, enligt vilken medlemsstaterna var skyldiga att anta de bestämmelser som är nödvändiga för att följa direktivet före en viss dag, nämligen den 23 december 1984. En tolkningsfråga om huruvida det senkomna antagandet av nationella tillämpningsbestämmelser³⁷ med retroaktiv verkan utgjorde en korrekt tillämpning av den senare artikeln besvarades på följande sätt i domstolens dom av den 8 mars 1988 i målet Dik m. fl.:³⁸

”Om de nationella genomförandeåtgärderna vidtas för sent, det vill säga efter utgången av ifrågavarande frist, skall — som kommissionen med rätta har understrukt — det samtidiga ikraftträdandet av direktiv 79/7 i samtliga medlemsstater säkerställas genom att dessa åtgärder ges retroaktiv verkan från den 23 december 1984 (punkt 13).”

33 — En liknande tanke har uttryckts i punkt 77 i generaladvokaten P. Légers förslag till avgörande i målet Hedley Lomas (nämnt i fotnot 22 ovan).

34 — Se punkt 38 ovan.

35 — Se punkt 40 ovan.

36 — Rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (EGT L 6, s. 24).

37 — Det rörde sig närmare bestämt om en övergångsbestämmelse som innebar en diskriminering av kvinnor.

38 — Mål 80/87, Rec. 1988, s. 1601. Se även dom av den 25 juli 1991 i mål C-208/90, Emmott (Rec. 1991, s. I-4269), punkt 4 jämförd med punkt 24.

58. Även om denna retroaktivitet uppfyller gemenskapsrättsliga krav, är den rättsligt giltig endast under vissa förutsättningar. I domen i målet *Dik* har domstolen kompletterat sitt svar på den hänskjutna frågan med följande precisering:

”Det bör emellertid preciseras att de för sent vidtagna genomförandeåtgärderna fullt ut måste tillgodose de rättigheter som artikel 4.1 ger upphov till för enskilda i en medlemsstat från och med utgången av den frist som medlemsstaterna har fått för att följa direktivet (punkt 14).³⁹

Svaret på den ställda frågan blir således att artikel 8 i direktiv 79/7 skall tolkas på så sätt att en medlemsstat, som vidtar genomförandeåtgärder först efter utgången av den frist som föreskrivs i direktivet, retroaktivt kan fastställa dagen för ikraftträdelse till den dag då sagda frist gick ut, under förutsättning att den tillgodoser alla rättigheter som artikel 4.1 i direktivet ger upphov till för enskilda i medlemsstaterna från och med utgången av sagda frist (punkt 15).”

59. Av de båda sistnämnda punkterna framgår att för att retroaktiviteten skall vara

giltig måste de åtgärder varigenom retroaktiviteten fastställs vara giltiga i sig. De för sent vidtagna genomförandeåtgärderna har med andra ord giltig retroaktivitet, om de i sig är förenliga med direktivet. Detta innebär — vilket indirekt men klart framgår av ovan återgivna punkter — att den nationella domstol som skall avgöra om de retroaktiva åtgärder som har vidtagits för att följa direktivet är giltiga skall avstå från att tillämpa en retroaktiv bestämmelse som strider mot direktivet.⁴⁰

Fullständigt genomförande

60. För det andra måste det retroaktiva genomförandet vara *fullständigt*, på så sätt att de som har frångåtits sina rättigheter enligt direktivet försätts i den rättsliga och faktiska ställning som de skulle ha haft om direktivet hade införlivats med inhemsk rätt före fristens utgång.

61. Som domstolen har understrukit i ovan nämnda dom i målet *Dik* (punkt 15)⁴¹ skall för sent vidtagna genomförandeåtgärder ha giltig retroaktivitet under förutsättning att de tillgodoser ”alla rättigheter som ... direktivet ger upphov till ... från och med utgången av sagda frist [för införlivande]”.

39 — Denna andra punkt upprepas i dom av den 13 mars 1991 i mål C-377/89, *Cotter och McDermott* (Rec. 1991, s. I-1155), punkt 25, och av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, *Roks m. fl.* (Rec. 1994, s. I-571), punkt 20.

40 — Detta framgår än tydligare av domen i målet *Roks* (nämnd i ovanstående fotnot), punkterna 18, 20 och 25.

41 — Se punkt 57 ovan.

62. I målet *Dik*, liksom i målen *Cotter* och *Mc Dermott* samt *Roks*⁴², rörde det sig om rättigheter som kvinnor gick miste om genom att genomförandeåtgärderna vidtogs för sent och som männen åtnjöt under den tid då direktiv 79/7 fortfarande inte hade införlivats. Den direkta effekten av artikel 4 i direktiv 79/7⁴³ innebar i dessa fall att det faktum att tillämpningsåtgärden var oförenlig med direktivet avhjälpes genom att de regler som gällde för män automatiskt kunde tillämpas på kvinnor, eftersom "dessa regler utgör enda giltiga referensregler, så länge som direktivet inte är korrekt genomfört".⁴⁴

63. För det fall att direktivet ger upphov till en viss förmån, men dess bestämmelser saknar den direkta effekt som skulle göra det möjligt att åberopa dem under den tid då de ännu inte har införlivats⁴⁵, kan dock de personer som skulle ha varit berättigade till förmånen under denna tid endast göra gällande den rätt till ersättning som grundas på gemenskapsrätten och som har behandlats ovan.⁴⁶

Som framgår av domstolens rättspraxis måste denna ersättning vara adekvat, på så sätt att den gör det möjligt att fullständigt avhjälpa

den skada som de berättigade faktiskt har lidit på grund av underlåtenheten.⁴⁷ Enligt rättspraxis skall ersättningen således omfatta dels en "huvuddel", i form av den förmån som till sitt innehåll kan fastställas tillräckligt precist på grundval av enbart bestämmelserna i direktivet⁴⁸, dels härledda rättigheter, såsom räntor⁴⁹, utebliven vinst⁵⁰ eller andra mer specifika former av skadestånd som eventuellt föreskrivs i den nationella rätten⁵¹, vilka utgör ersättning för den ytterligare skada som de berörda har lidit under den tid då staten var överksam.

64. När staten genom de för sent vidtagna genomförandeåtgärderna preciserar den i direktivet fastställda förmånen och ser till att den retroaktivt och faktiskt beviljas berättigade personer, utgör detta endast "huvuddelen" av den ersättning som dessa personer har rätt till för den period då direktivet ännu inte var införlivat. Denna ersättning garanteras dock i full utsträckning av gemenskapsrätten.

Som en första konsekvens av vad som ovan har anförts måste det retroaktiva genomförandet — för att bli "fullständigt" på det sätt

42 — Se fotnot 39.

43 — Se domen i målet *Dik* (nämnd i fotnot 38 ovan), punkt 8, och *Roks* (nämnd i fotnot 39 ovan), punkt 18.

44 — Domen i målet *Cotter* och *McDermott* (nämnd i fotnot 39 ovan), punkt 18, och *Roks* (nämnd i fotnot 39 ovan), punkt 8.

45 — I förevarande mål är detta fallet med bestämmelserna i direktiv 80/897 (se domen i målet *Francovich I*, nämnd i fotnot 2 ovan, punkt 26).

46 — Se punkt 46 och följande punkter ovan.

47 — Se dom av den 2 augusti 1993 i mål C-271/91, *Marshall II* (Rec. 1993, s. I-4367), punkterna 31 och 32, och dom i målet *Brasserie du pêcheur* (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 82.

48 — Se domen i målet *Francovich I* (nämnd i fotnot 2 ovan), punkt 17. Se även punkt 51 ovan.

49 — Se domen i målet *Marshall* (nämnd i fotnot 47 ovan), punkterna 31 och 32.

50 — Se domen i målet *Brasserie du pêcheur* (nämnd i fotnot 15 ovan), punkt 87.

51 — Till exempel det skadestånd "av påföljdskaraktär" som föreskrivs i engelsk rätt (se domen i målet *Brasserie du pêcheur*, nämnd i fotnot 15 ovan, punkt 89).

som jag just har beskrivit — omfatta dels beviljandet med retroaktiv verkan av den förmån som fastställs i direktivet, dels ersättning till de berättigade för de ytterligare förluster som de har lidit på grund av att de inte har kunnat åtnjuta förmånen i rätt tid.

67. I detta hänseende vill jag erinra om domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken

”bestämmelser i ett direktiv ... enligt fast rättspraxis [skall] genomföras med obestridlig bindande verkan samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls”⁵²,

65. Den andra konsekvensen är i det förevarande målet, med hänsyn till den garanti för rätt till ersättning som avses ovan, att den förmån som nu beviljas med retroaktiv verkan inte får vara av mindre omfattning än ”huvuddelen” av den ersättning som skall utges vid underlåtenhet att införliva direktivet (det vill säga mindre än sagda förmån, så som denna skulle ha bestämts om det retroaktiva genomförandet inte hade ägt rum).

”så att, när dessa bestämmelser är avsedda att skapa rättigheter för enskilda, de berörda har möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och i förekommande fall göra dem gällande vid nationella domstolar.

...

Tydligt genomförande

66. För det tredje skall det retroaktiva och fullständiga genomförande som avses ovan vara *tydligt*, det vill säga det skall ske genom uttryckliga, klara och fullständiga bestämmelser som har samma rättsverkan som de åtgärder som den berörda medlemsstaten vidtar för att följa direktivet i framtiden.

Så länge som direktivet inte är korrekt införlivat med nationell rätt, har de enskilda nämligen inte möjlighet att skaffa sig full kännedom om sina rättigheter. Denna ovisshet för de enskilda består även efter en dom genom vilken domstolen har fastslagit att medlemsstaten i fråga inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt direktivet och även om domstolen har godkänt att den ena eller den andra av bestämmelserna i direktivet är tillräckligt

52 — Se domen i målet Dillenkofer m. fl. (nämnd i fotnot 22 ovan), punkt 48, och dom av den 30 maj 1991 i mål C-59/89, kommissionen mot Tyskland (Rec. 1991, s. I-2607), punkt 24.

precis och ovillkorlig för att kunna åberopas inför en nationell domstol.

Endast ett korrekt införlivande av direktivet kan få denna ovisshet att upphöra, och först vid tidpunkten för detta införlivande skapas den rättssäkerhet som är nödvändig för att kunna kräva av de enskilda att de gör sina rättigheter gällande.”⁵³

68. Av samma anledning bör identiska principer gälla för det retroaktiva genomförandet av direktivet. Det är enligt min mening uppenbart att om en medlemsstat inte genom uttryckliga och klara bestämmelser informerar samtliga medborgare om att direktivet är retroaktivt och fullständigt genomfört, kan berörda personer inte känna till de rättigheter de har enligt direktivet, och än mindre vad som är den exakta omfattningen av dessa rättigheter, så att de verkningsfullt kan göra dem gällande inför de nationella myndigheterna, antingen genom skadeståndstalan eller med andra medel.

69. Övervägandena ovan avser de grundläggande villkoren för ett korrekt retroaktivt genomförande. Villkoren för det förfarande genom vilket de berättigade görs skadeslösa följer av den nationella rätten, dock på det villkoret att de inte får var mindre förmånliga än de som avser liknande anspråk av

inhemsk natur och göra det omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd. Beslutet om hänskjutande innehåller ingenting som gör det nödvändigt att undersöka frågan mer ingående. Jag nöjer mig därför med denna allmänna anmärkning, men vill påpeka att jag utvecklar min syn på frågan i det förslag till avgörande i mål C-261/95, Palmisani, som avges samtidigt med förslaget i förevarande mål, eftersom det finns ett samband mellan de båda målen.

Kontrollen av det retroaktiva genomförandet

70. Det återstår att ta ställning till frågan om kontroll av de retroaktiva åtgärder som medlemsstaten har vidtagit för att följa direktivet, och då särskilt frågan om konsekvenserna av att ovannämnda principer inte har iakttagits. Om man medger att de principer som styr det retroaktiva genomförandet av direktivet är gemenskapsrättsliga principer, utgör konsekvenserna av att sagda principer inte har iakttagits ett gemenskapsrättsligt problem som domstolen är behörig att uttala sig om. Bortsett från detta är det den nationella domstolen som är behörig att pröva giltigheten av de nationella bestämmelser som har antagits för att följa direktivet.

71. Dessa konsekvenser, som till stor del redan har beskrivits i analysen av domen i

53 — Se domen i målet Emmott (nämnd i fotnot 38 ovan), punkterna 19, 21 och 22. Se även domen i målet Steehorst-Neerings (nämnd i fotnot 13 ovan), punkt 19, och dom av den 6 december 1994 i mål C-410/92, Johnson (Rec. s. I-5483), punkt 25.

målet Dik m. fl., beror på vilken princip som har åsidosatts. Om medlemsstaten antar bestämmelser för att tillämpa direktivet utan att uttryckligen ange att de har retroaktiv verkan, bör den nationella domstolen i första hand tolka dessa bestämmelser mot bakgrund av den ovan beskrivna gemenskapsrätten.⁵⁴ Om den nationella domstolen genom att utnyttja sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt nationell rätt finner att retroaktivitet är utesluten, skall de berättigade som berörs av perioden i fråga (det vill säga den tid som förflutit från det att fristen för genomförande gick ut fram till dess att införlivandeåtgärderna vidtogs) tillerkännas en rätt till ersättning på grund av att staten har underlåtit att vidta en åtgärd för genomförande, om de villkor som uppställts i rättsfallet Francovich I är uppfyllda.⁵⁵

72. Om staten beviljar den förmån som föreskrivs i direktivet (eventuellt genom att utöva sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning, att välja mellan olika lösningar, etcetera) och ger den retroaktiv verkan genom en tydlig bestämmelse, måste det kontrolleras att de båda övriga villkoren är uppfyllda.

73. Som jag redan har visat måste det först undersökas om den vidtagna åtgärden har giltig retroaktiv verkan. I det avseendet bör det kontrolleras om den vidtagna åtgärden är giltig i sig, det vill säga om den uppfyller bestämmelserna i direktivet.

I det första fallet har åtgärden i princip giltig retroaktiv verkan, i varje fall under förutsättning att den uttryckligen beviljade förmånen inte är av snävare omfattning än den som kan beviljas på grundval av enbart bestämmelserna i direktivet.⁵⁶

I det andra fallet, när den vidtagna åtgärden inte är förenlig med direktivet, kan den varken tillämpas med avseende på framtiden eller på det förflutna. Retroaktiviteten fyller därmed inte heller någon funktion.

74. Slutligen kan det hända att medlemsstaten, för att ombesörja det försenade genomförandet av direktivet, väljer den metod som består i att fastställa ett skadestånd för den period då direktivet ännu inte hade införlivats. Vad som i detta fall är viktigt är att bestämma skadeståndets "huvuddel" i förhållande till den förmån som direktivet är avsett att skänka, eftersom de härledda rättigheterna har sin utgångspunkt i denna grundläggande rättighet.⁵⁷ Det innebär att om man först tydligt bestämmer den förmån som avses i direktivet och sedan fastställer "huvuddelen" av ersättningen för att retroaktivt bevilja denna förmån, skall de villkor som anges i föregående punkt tillämpas i den mån de är relevanta.

54 — Se domarna i målen Francovich I (nämnd i fotnot 2 ovan), punkt 39, och Faccini Dori (nämnd i fotnot 28 ovan), punkt 27.

55 — Se punkt 49 ovan.

56 — Se punkt 65 ovan. Om direktivet föreskriver en miniminivå står dessa villkor i logisk överensstämmelse, eftersom åtgärdens giltighet under alla omständigheter är underkastad villkoret att den inte underskrider den miniminivå som föreskrivs i direktivet.

57 — Se punkt 63 ovan.

Av detta följer att det skadestånd som fastställs genom genomförandeåtgärderna inte kan vara av mindre omfattning än det skadestånd som skall utgå om direktivet inte införlivas.

75. Jag kommer nu till de omtvistade åtgärder genom vilka direktiv 80/987 har införlivats med italiensk rätt och skadestånd fastställts för den period då direktivet ännu inte var införlivat.

76. Som jag redan har visat ⁵⁸ har den italienske lagstiftaren genom dessa åtgärder först fastställt den garanti som framdeles skall utbetalas till arbetstagarna på grundval av direktivet (artikel 2.1—2.6 i decreto legislativo), vilket betyder att direktivet följs för framtiden. Lagstiftaren har sedan med hänvisning till dessa bestämmelser även fastställt det skadestånd som skall utgå för den period då direktivet ännu inte var införlivat (artikel 2.7), vilket innebär att direktivet följs retroaktivt. Eftersom det i sistnämnda bestämmelse hänvisas till de permanenta bestämmelser som avgör vilken garanti som skall betalas i framtiden, innebär den kort sagt att samma garanti beviljas de personer som var berättigade till förmånen under den period som underlåtenheten varade, vilket betyder att garantin beviljas retroaktivt.

77. För att detta sätt att fastställa skadeståndet skall vara giltigt måste garantin, som framgår av ovanstående resonemang, vara uttryckligen bestämd, och det skadestånd som fastställs på denna bas får inte vara lägre än skadeståndets "huvuddel" eller skadeståndet sett i sin helhet, såsom det kan fastställas på grundval av enbart bestämmelserna i direktivet. Följaktligen måste det först undersökas vilken garanti som föreskrivs i direktivet till arbetstagarnas förmån och vilket skadestånd dessa kan göra anspråk på om direktivet inte införlivas inom den föreskrivna fristen.

Direktiv 80/987

78. Ifrågavarande direktiv, vars viktigaste särdrag jag har redovisat ovan ⁵⁹, har till syfte att tillnärma medlemsstaternas lagstiftningar om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens, och i det avseendet föreskrivs särskilt om specifika garantier för betalning av arbetstagarnas utestående fordringar. ⁶⁰

För detta ändamål tillförsäkras arbetstagarna en rätt att garanteras betalning av utestående fordringar som gäller lön för tiden före ett visst datum (artikel 3.1).

58 — Se punkt 16 och följande punkter ovan.

59 — Se de relevanta bestämmelserna i punkt 5—10 ovan.

60 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-53/88, kommissionen mot Grekland (Rec. 1990, s. I-3917), punkt 2.

Alltefter medlemsstaternas val skall detta datum vara ett av de tre datum som uttömmande räknas upp i artikel 3.2.

Betydelsen av artikel 4.2

Medlemsstaterna har rätt att utifrån det datum de har valt begränsa garantiinstituti-
onernas betalningsansvar, genom att besluta
att de uteslutande skall säkerställa betalning
av fordringar som hänför sig till en viss tid-
rymd, som omfattas av en referensperiod
som föregår det valda datumet. Denna tid-
rymd, och den referensperiod som motsvarar
något av de datum som räknas upp i arti-
kel 3.2, skall ha en minsta varaktighet, som
fastställs i artikel 4.2.

I artikel 4.3 anges vidare att medlemsstaterna
dessutom kan sätta en övre gräns för betal-
ningsgarantin, för att undvika utbetalning av
belopp som går utöver de sociala målen för
direktivet.

79. Under normala omständigheter⁶¹ kan
medlemsstaten således fastställa garantin
genom en tillämpning av artikel 3.2 i före-
ning med artikel 4.2. För att bedöma om
dessa artiklar även kan tillämpas retroaktivt
måste man först behandla vissa frågor om
hur dessa bestämmelser skall tolkas.

80. Artikel 4.2 har ingen självständig funk-
tion, utan står i direkt samband med arti-
kel 3.2, och bestämmelserna bör därför
behandlas samtidigt.

Den gemensamma nämnaren för dessa båda
bestämmelser är den dag då arbetsgivarens
insolvens inträdde. Skälet till detta är att
denna dag dels är den dag som skall tas till
utgångspunkt för beräkningen av en refe-
rensperiod (se till exempel artikel 3.2 första
strecksatsen och artikel 4.2 första strecksat-
sen)⁶², dels är den dag från och med vilken
en referensperiod kan börja (se till exempel
artikel 3.2 andra strecksatsen och artikel 4.2
andra strecksatsen).⁶³

81. Av beslutet om hänskjutande framgår att
enligt de nationella bestämmelserna om
införlivande av direktivet, sådana som de har
tolkats av de italienska domstolarna, skall
den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde,
det vill säga utgångspunkten för beräkningen
av den garanti som skall betalas enligt arti-
kel 4.2 första strecksatsen i direktivet, anses
vara dagen för konkursbeslutet.

61 — Det vill säga när åtgärderna för att tillämpa direktivet antas
inom den föreskrivna fristen.

62 — I artikel 3.2 första strecksatsen fastställs också en referens-
period som har en utgångspunkt men ingen exakt gräns.
Den referensperiod som föreskrivs i artikel 4.2 första
strecksatsen, som har samma utgångspunkt som ovan-
nämnda period, skall däremot vara i minst sex månader.

63 — I detta fall utgör den dag då arbetsgivarens insolvens
inträdde slutet på referensperioden.

82. I sitt yttrande har parterna vid den nationella domstolen anfört att den italienske lagstiftaren härigenom har åsidosatt artiklarna 2, 3 och 4 i direktivet, enligt vilka inträdet av arbetsgivarens insolvens kännetecknas antingen av ett inställande av löneutbetalningarna, vilket äger rum långt innan dagen för konkursbeslutet, eller av inledandet av det domstolsförfarande som utmynnar i ett konkursbeslut. Parterna har tillagt att just på grund av den italienske lagstiftarens val, i förening med den senfärdighet med vilken sådana ärenden handläggs i Italien, kan det hända att arbetstagarna inte kommer att omfattas av den referensperiod som fastställts i den italienska lagen, utan att de själva bär ansvar härför.

83. Kommissionen har anslutit sig till denna ståndpunkt. Den har även åberopat punkt 25 i domstolens dom i målet kommissionen mot Grekland⁶⁴, och anfört att denna faktiska omständighet med nödvändighet inträder före konkursbeslutet.

84. Även om det inte uttryckligen tas upp i begäran om förhandsavgörande, är frågan om hur den dag då arbetsgivarens insolvens inträde skall fastställas direkt förbunden med de frågor som den nationella domstolen har ställt, och för att dessa frågor skall kunna besvaras är de nödvändigt att först lösa detta problem. Jag kommer följaktligen att ta ställning på denna punkt.

85. De ståndpunkter som hävdas av sökandena och kommissionen kan inte godtas.

86. Som kan utläsas av andra övervägandet i direktivet och som domstolen hade tillfälle att framhålla i sin dom av den 9 november 1995 i målet Francovich⁶⁵ (nedan kallat rättsfallet Francovich II), har gemenskapslagstiftaren vid antagandet av direktivet varit tvungen att övervinna de objektiva svårigheter som i allmänhet uppstår vid utfärdandet av gemenskrättsliga harmoniseringsregler, men som även — och i synnerhet — uppstår vid utformandet av gemensamma regler angående skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens. Detta följer av skillnaderna mellan de rättssystem som är i kraft i medlemsstaterna och av omöjligheten att utforma en definition av begreppet insolvens som alla kan acceptera. Av denna anledning har gemenskapslagstiftaren själv uttryckligen fastställt, i artikel 2.1 i direktivet, när en arbetsgivare skall anses vara "insolvent". Härigenom har den möjligheten uteslutits att medlemsstaterna och, rent allmänt, de myndigheter som skall tillämpa direktivet tar hänsyn till andra kriterier och ger begreppet insolvens en annan innebörd än den som definieras i artikel 2.1.⁶⁶ Det betyder att begreppet har en "specifik mening" i direktivet⁶⁷, såsom uttryckligen anges i artikel 2.2, enligt vilken begreppet skall ha denna

65 — C-479/93, REG 1995, s. I-3843, punkt 25—27.

66 — Se även artikel 2.2 i direktivet, som innehåller en uppräknings av de begrepp som medlemsstaterna kan ge en specifik innebörd.

67 — Se domen i målet Francovich II (nämd ovan i fotnot 65), punkt 19.

64 — Nämd i fotnot 60 ovan.

mening "såvitt gäller detta direktiv". I direktivet fastställs således *en* definition av insolvens, och denna definition lämnas i artikel 2.1. Uttrycken "insolvens" och "den dag då insolvensen inträder" avser följaktligen den dag då arbetsgivaren är "insolvent" i den mening som avses i artikel 2.1.

inledande av förfarandet har inlämnats. För det fjärde krävs att den enligt ovannämnda lagar och andra författningar behöriga myndigheten antingen har beslutat att inleda förfarandet eller har fastställt att arbetsgivarens företag eller verksamhet definitivt har upphört och att befintliga tillgångar är otillräckliga för att förfarandet skall kunna inledas" (punkt 18).

87. Denna uppfattning bekräftas av rättspraxis. Enligt ovannämnda domar i målen Francovich I (punkt 14) och Francovich II (punkt 17) skall den nationella domstolen, för att avgöra om en person skall anses ha rättigheter enligt direktivet, pröva dels om den berörde är att anse som arbetstagare och inte utesluten från direktivets tillämpningsområde, "dels om någon av de möjliga insolvenssituationer som anges i artikel 2 i direktivet föreligger". Domen i målet Francovich II innehåller följande fortsättning:

88. Av artikel 2.1 i direktivet, såsom den har tolkats i ovannämnda punkt i domen i målet Francovich II, kan man dra slutsatsen att insolvensbegreppet är ett juridiskt begrepp som definieras i direktivet och inte skall likställas med ett faktiskt förhållande, såsom betalningsinställelse⁶⁸ eller arbetsgivarens oförmåga att fullgöra sina förpliktelser.⁶⁹

"Det framgår av lydelsen av den sistnämnda bestämmelsen att det, för att en arbetsgivare skall anses vara insolvent, för det första krävs att det enligt respektive medlemsstats lagar och andra författningar finns ett förfarande som innebär att arbetsgivarens tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. För det andra krävs att det under detta förfarande är möjligt att ta hänsyn till arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden. För det tredje krävs att en ansökan om

68 — Jag noterar att det uttryck som används i det förslag till direktiv som kommissionen framlade för rådet (förslag av den 13 april 1978, EGT C 135, s. 2) är inte "insolvens", utan "betalningsinställelse". Det faktum att det förra uttrycket övergavs i den slutgiltiga texten i direktivet stöder den uppfattning som förespråkas i detta förslag till avgörande. Se även punkt 15 i mitt förslag till avgörande i målet Francovich II.

69 — Dessa förhållanden kan dessutom variera väsentligt från fall till fall och beroende på medlemsstat, vilket omöjliggör en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten — just den konsekvens som gemenskapslagstiftaren har velat undvika. Bortsett från fall av simulerad konkurs motsvaras inte heller ett "faktiskt förhållande" av ett precist datum som kan tas till utgångspunkt för bestämningen av arbetstagarnas rättigheter, vilket är en källa till bristande rättssäkerhet. Frågan om huruvida den nationella rättens villkor för att inleda ett förfarande för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar är uppfyllda (till exempel betalningsinställelse) skall avgöras av behörig myndighet i enlighet med artikel 2.1 i direktivet.

I övrigt är förekomsten av sådana faktiska förhållanden som jag just har nämnt ett naturligt förstadium till den begäran som syftar till "inledandet av ett förfarande för att kollektivt tillgodose borgenärerna", vilket i sin tur utgör en av förutsättningarna för att insolvens skall inträda enligt artikel 2.1.

Eftersom försäljning på auktion, såsom en åtgärd avsedd att kollektivt tillgodose borgenärerna, med nödvändighet måste äga rum inte bara efter betalningsinställelsen, utan även efter beslutet om att inleda detta förfarande (det är i grekisk rätt fråga om ett konkursbeslut), finner kommissionens uppfattning inte något stöd i denna punkt.

89. Den motsatta uppfattningen finner inte något stöd i punkt 25 i domen i målet kommissionen mot Grekland, som kommissionen har återopat.⁷⁰ För att besvara ett argument från den grekiska regeringen, enligt vilken artikel 205 i den privaträttsliga sjörättsbalken⁷¹ säkerställer ett skydd som motsvarar det skydd som följer av bestämmelserna i direktiv 80/987, har domstolen i ovannämnda punkt uttryckt sig i följande ordalag:

"Det skydd som föreskrivs i artikel 205 ... kan endast tillämpas i fråga om försäljning på auktion och inte, som direktivet kräver, då arbetsgivarens insolvens inträder, vilket kan ske långt tidigare."

70 — Se fotnot 60 ovan. Denna dom meddelades efter det att kommissionen hade väckt talan mot Republiken Grekland angående underlåtenhet att vidta åtgärder för att genomföra direktiv 80/987 inom föreskrivna frister.

71 — Om fartyg säljs på auktion skall, enligt denna artikel, sjömans fordringar vara sjörättsliga fordringar med förmånsrätt av lägre prioritet, vilka tillgodoses efter, i synnerhet, fordringar på rättegångskostnader och skattefordringar.

90. För det andra framgår det av samma artikel att de villkor som uppställs i denna skall uppfyllas *kumulativt*. Det är följaktligen inte tillräckligt att det har ansökts om att ett förfarande för att kollektivt tillgodose borgenärerna skall inledas, utan det krävs dessutom att den myndighet som är behörig enligt nationell rätt har beslutat att inleda ett sådant förfarande. Om den behöriga myndigheten enligt nationell rätt är en domstol, vilket här är fallet, kan medlemsstaten inte anses åsidosätta direktivet när den beslutar att det föreligger "insolvens" eller att "insolvens inträder" vid den tidpunkt då konkursbeslutet i fråga meddelas.

91. Det är riktigt, som sökandena vid den nationella domstolen har anförat, att den tid som förflyter från det att utbetalningarna inställs fram till dess att den behöriga myndigheten meddelar sitt beslut (till exempel en konkursförklaring) kan få till följd att *vissa* arbetstagare inte kommer att omfattas av

den referensperiod som har fastställts av medlemsstaten.⁷²

92. Detta argument saknar relevans i förevarande mål. Sagda händelser skulle vara avgörande om de, i enlighet med direktivet, hade egna rättsliga verkningar och i synnerhet om de markerade början eller slutet på referensperioden. Så är dock inte fallet. De markerar varken början (se punkterna 88 och 90 ovan) eller slutet på referensperioden, eftersom slutet på referensperioden i det aktuella fallet (artikel 4.2 första strecksatsen) utgörs av ett visst datum som inte har något samband med ovannämnda händelser.

93. Det som sökandena vid den nationella domstolen i själva verket gör gällande är att de under referensperioden inte hade något anställningsförhållande till arbetsgivaren som gav upphov till utestående fordringar, vilka skulle ha kunnat täckas av garantin. För att garantin skall utbetalas krävs nämligen enligt direktivet att det finns ett faktiskt anställningsförhållande till arbetsgivaren, varvid detta förhållande är ursprunget till arbetstagarnas utestående fordringar. Frågan om huruvida det har funnits ett anställningsförhållande eller inte behöver dock inte vara knuten till betalningsinställelsen eller konkursansökan — omständigheter som sökandena och den hänskjutande domstolen anser ha betydelse. Det framgår nämligen inte av någon uppgift i handlingarna i målet att dessa händelser automatiskt innebär att

anställningsförhållandet upphör.⁷³ Som sökandena själva har angivit i sina yttranden inom ramen för förfarandet vid den nationella domstolen, finns det däremot utestående fordringar som omfattas av den referensperiod som har fastställts i italiensk rätt och som till och med sträcker sig längre än tre månader.⁷⁴

94. Frågan om huruvida vissa arbetstagare omfattas eller inte omfattas av referensperioden beror till slut på slumpen. Det är också en nödvändig följd av valet av ett datum eller en period som referens för uppkomsten av vissa rättsverkningar. Detta val är resultatet av en avvägning mellan motstridiga intressen och utgör en kompromisslösning som oundvikligen är fördelaktig för vissa och ofördelaktig för andra.

95. Av vad som ovan anförts följer att frågan om huruvida arbetstagarna känner till eller är okunniga om att utomstående har inlett ett förfarande för att få deras arbetsgivare försatt i konkurs, det faktum att detta förfarande genom en slump varar så länge att referensperioden eventuellt löper ut samt frågan om huruvida arbetstagarna bär ansvar för varaktigheten av detta förfarande eller inte, är utan relevans i förevarande mål.

73 — Det är enbart i detta fall som det kan vara av betydelse att känna till om sagda händelser ägde rum under referensperioden eller inte.

74 — Se punkt 20 ovan. Det kan för övrigt noteras att sökanden i det konnexa målet C-261/95, *Palmissani* (se punkt 69 ovan), har haft ett anställningsförhållande till sin arbetsgivare till och med den dag då denne genom domstolsbeslut förklarades i konkurs.

72 — Se punkt 82 ovan.

Giltigheten av artikel 4.2

96. Ovannämnda omständigheter har närmare bestämt inte någon inverkan på giltigheten av artikel 4.2 i direktivet med avseende på respekten för principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

97. Som domstolen har fastslagit i domen i målet Francovich II och med beaktande av svårigheterna att utarbeta gemensamma regler på området för arbetstagskydd vid arbetsgivarens insolvens⁷⁵, utgör direktivet ett första steg i en harmonisering och har således begränsade mål. Det faktum att det bara skyddar en viss kategori av arbetstagare (nämligen dem vars arbetsgivare kan bli föremål för förfaranden avsedda att kollektivt tillgodose borgenärers fordringar) och följaktligen gör skillnad mellan arbetstagarna innebär således inte att likabehandlingsprincipen åsidosätts, eftersom denna skillnad är motiverad av objektiva omständigheter.⁷⁶

98. Samma lösning bör tillämpas i förevarande mål. Det faktum att det i artikel 4.2 i direktivet föreskrivs en referensperiod som

kan komma att omfatta vissa arbetstagare, medan andra — av orsaker som de inte råder över — inte omfattas härav, är en källa till differentiering mellan arbetstagarna. Denna differentiering är dock motiverad av behovet av en gradvis harmonisering, och då särskilt behovet av att ge medlemsstaterna möjlighet att gradvis införa tidigare okända bestämmelser i inhemsk rätt.

Minimigarantin i direktivet

99. Eftersom artikel 4.2 får tillämpas vid bestämningen av den garanti som föreskrivs i direktivet, bör det undersökas vad denna garanti består av.

Som fastslaget är, och som den italienska och den brittiska regeringen samt INPS så riktigt har framhållit, skall direktivet säkerställa ett

⁷⁵ — Se punkt 86 ovan.

⁷⁶ — Se punkt 22—24 i domen.

minimiskydd för arbetstagarna⁷⁷ i form av en minimigaranti som kan fastställas på grundval av bestämmelserna i direktivet.⁷⁸

100. I domen i målet *Francovich I* fastslogs nämligen följande:

”Den minimigaranti som föreskrivs i direktivet kan bestämmas på grundval av det datum som innebär den minst tyngande förpliktelsen för garantiinstitutionen. Detta datum är den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde, eftersom de två andra datumen — det vill säga den dag då arbetstagaren fick besked om uppsägning på grund av arbetsgivarens insolvens eller den dag då anställningsavtalet eller anställningsförhållandet upphörde — enligt villkoren i artikel 3 med nödvändighet måste infalla senare än den dag då insolvensen inträdde, vilket innebär att den period för vilken betalningen av fordringar skall säkerställas blir längre” (punkt 19).

”Vad beträffar möjligheten att enligt artikel 4.2 begränsa denna garanti bör påpekas att en sådan möjlighet inte utesluter att minimigarantin kan fastställas. Av lydelsen av denna bestämmelse framgår nämligen att medlemsstaterna får begränsa de garantier som beviljas arbetstagarna till bestämda perioder som infaller före den dag som avses

i artikel 3. Dessa perioder skall fastställas i förhållande till någon av de tre dagar som anges i artikel 3, och det är därför under alla omständigheter möjligt att fastställa i vilken utsträckning medlemsstaten skulle ha kunnat begränsa den garanti som föreskrivs i direktivet, med hänsyn till den dag som den skulle ha valt om den hade införlivat direktivet” (punkt 20).

101. Domstolen har dock i denna dom fastslagit att även om de berörda bestämmelserna i direktivet är tillräckligt precisa och ovillkorliga vad avser bestämmandet av vilka personer som har rätt till garantin och innehållet i denna garanti, är detta inte tillräckligt för att enskilda skall kunna åberopa bestämmelserna vid nationella domstolar, eftersom det ”dels inte preciseras i dessa bestämmelser vem som skall betala garantin, dels inte kan anses att medlemsstaten skall betala denna endast av det skälet att den inte har vidtagit åtgärder för införlivande inom föreskriven frist” (punkt 26). Domstolen besvarade därför den nationella domstolens fråga om huruvida en enskild direkt kan åberopa klara och ovillkorliga bestämmelser i ett direktiv gentemot staten för att erhålla den garanti som staten bör tillförsäkra honom, på så sätt att ”de bestämmelser i direktiv 80/987 som definierar arbetstagarnas rättigheter skall tolkas så, att de berörda personerna inte kan göra gällande dessa rättigheter gentemot staten vid nationella domstolar, när åtgärder för att genomföra direktivet inte har vidtagits inom den föreskrivna fristen” (punkt 27).

77 — Se domen i målet *kommissionen mot Italien* (nämnd i punkt 12 ovan), punkt 23.

78 — Se domen i målet *Francovich I* (nämnd i punkt 2 ovan), punkt 19.

Innehållet i det skadestånd som skall utges vid underlåtenhet att införliva direktivet

102. Om skadeståndet förutsätter att det finns rättigheter som kan bestämmas på grundval av direktivet och att de rättigheter som föreskrivs i direktiv 80/987 kan bestämmas på grundval av reglerna i direktivet, men att enskilda inte kan göra dem gällande vid nationella domstolar, återstår dock frågan enligt vilka kriterier sistnämnda domstolar skall fastställa skadeståndet. Detta följer av att domstolen i samma dom, efter att ha upprepat att "det resultat som föreskrivs i detta direktiv är att arbetstagarna skall ha rätt att garanteras betalning av utestående lönefordringar" och att "innehållet i denna rätt kan fastställas på grundval av bestämmelserna i direktivet" (punkt 44), även har angivit följande:

"Mot denna bakgrund ankommer det på den nationella domstolen att inom ramen för nationell skadeståndsrätt säkerställa arbetstagarnas rätt till ersättning för den skada de har lidit till följd av underlåtenheten att genomföra direktivet" (punkt 45).

103. Generaladvokaten J. Mischo har, i punkt 80 i sitt förslag till avgörande i målet Francovich I, i detta hänseende gjort gällande att beträffande direktiv vars bestämmelser inte är direkt tillämpliga, såsom direktiv 80/987, "har den nationella domstolen, inom ramen för en skadeståndstalan, ett utrymme för skönsmässig bedömning som den saknar när direktivet har direkt effekt.

När det står klart att sökanden ingår i den kategori av personer vars intressen direktivet är avsett att skydda, skall den nationella domstolen kunna fastställa skadestånd 'ex aequo et bono' (i överensstämmelse med rätt och billighet), allt under det att den tar så stor hänsyn som möjligt till bestämmelserna i direktivet. Den skall undersöka de alternativ som föreskrivs i artikel 3 och de möjligheter till undantag som uppräknas i artikel 4 och skall vinnlägga sig om att därigenom fastställa ett skadeståndsbelopp som förefaller vara skäligt".

104. Jag ansluter mig i princip till denna ståndpunkt, men vill samtidigt göra följande påpekande. Jag anser att den nationella domstolen har en befogenhet att företa skönsmässig bedömning, men att denna befogenhet inte är obegränsad. Direktivet innehåller minimibestämmelser⁷⁹ och binder därigenom både medlemsstaten — som inte tillåts att avvika från denna miniminivå, ens när genomförandet sker inom fristen — och den nationella domstolen. Dessa minimibestämmelser måste motsvaras av en minimirättighet för arbetstagarna, och skadeståndet skall säkerställa att denna rättighet respekteras. Om man medgav att skadeståndet fick sättas lägre än denna miniminivå, skulle medlemsstaten gynnas av den omständigheten att den inte har tillämpat direktivet och uppmuntras att upprepa denna underlåtenhet, vilket inte kan accepteras. Om skadeståndet inte säkerställer denna miniminivå, skulle det dessutom bli enbart *symboliskt*. Följaktligen bör

79 — I fråga om metoden för beräkning av garantin.

skadeståndet som *minst* säkerställa denna miniminivå.

105. Dessa minimibestämmelser står att finna i artikel 4.2. Här har gemenskapslagstiftaren fastslagit den minimigaranti som medlemsstaterna skall säkerställa beroende på vilken dag de väljer som utgångspunkt för referensperioden. Artikel 4.2 (i motsats till artikel 3.2) avser dock inte fastställande av *en* minimigaranti (det vill säga en garanti som a priori utgör ett mindre tyngande ansvar än de andra), utan av *tre* möjliga minimigarrantier.⁸⁰

80 — Detta beror på att garantin enligt artikel 3.2 följer av en variabel, det vill säga den dag som är utgångspunkt för referensperioden. En kortare referensperiod innebär mindre fordringar för arbetstagarna och därmed ett mindre tyngande ansvar för garantiinstitutionen. Eftersom den kortaste referensperioden är den som har sin utgångspunkt i den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde, leder detta val till den garanti som a priori är mest begränsad.

Enligt artikel 4.2 är däremot den garanti som följer av var och en av de tre beräkningsmetoderna resultatet av tre variabler (nämligen den dag då referensperioden börjar, varaktigheten av denna period och varaktigheten av det anställningsförhållande som har givit upphov till utestående fordringar) utan några konstanta värden som kan tillämpas i samtliga fall.

Av denna anledning är det, beaktat de kriterier som fastställts i artikel 4.2, inte a priori uppenbart att valet av den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde som utgångspunkt för referensperioden (första fallet) medför ett mindre tyngande ansvar för garantiinstitutionen än till exempel valet av den tredje möjligheten. I det första fallet är referensperioden kortast (sex månader), men den garanti som skall betalas är mer anseelig (garanti som omfattar en tremånadersperiod). I det tredje fallet är referensperioden längst, men garantin är mindre anseelig (garanti som omfattar en åtta-veckorsperiod, det vill säga två månader).

106. Dessa tre garantier är *likvärdiga*, eftersom de alla tre är tillåtna enligt direktivet. Eftersom de är resultatet av olika beräkningsmetoder går det inte heller att *jämföra* dem för att avgöra vilken som är minst omfattande av de tre. Detta betyder att den nationella domstolen, genom att beakta den minimigaranti som följer av tillämpningen av var och en av dessa tre möjligheter, skall fastställa ett skäligt skadestånd i varje enskilt fall och göra en riktig och rättvis bedömning inom ramen för den nationella skadeståndsrätten. Det behöver naturligtvis inte sägas att om det enligt nationell rätt i motsvarande fall skall utgå ett större skadestånd (till exempel om det föreskrivs att den lösning skall väljas som är fördelaktigast för arbetstagaren, när det finns flera alternativ), skall skadeståndet beräknas på detta sätt.⁸¹

107. Den nationella domstolens uppgift underlättas under alla omständigheter när, som i förevarande fall, den nationella lagstiftaren retroaktivt har uttryckt sin vilja i fråga om valet av metod för beräkning av garantin på grundval av de kombinerade bestämmel-

81 — Se punkt 51 och fotnot 29 ovan.

serna i de båda ovan nämnda artiklarna.⁸² I enlighet med det ovan anförda⁸³ får den garanti som redan är uttryckligen fastställd (liksom det skadestånd som beräknas på samma sätt som garantin) inte vara lägre⁸⁴ än den garanti (och det skadestånd som är knutet till denna) som skulle följa av motsvarande val enligt själva bestämmelserna i direktivet.

period då direktivet inte var införlivat trots att fristen hade gått ut.⁸⁵

Artikel 4.3 i direktivet

108. Av vad som ovan har anförts följer att vilken av de tre möjligheterna i artikel 4.2 som den nationella lagstiftaren än väljer för att bestämma garantin vid införlivandet av direktivet, skall man betänka att han i princip följer direktivet. Även om bestämmelserna i denna artikel kan beaktas vid bestämmandet av det skadestånd som skall betalas på grund av att direktivet inte har införlivats inom fristen, är den nationella lagstiftaren i princip oförhindrad att ge retroaktiv verkan åt den garanti som redan är uttryckligen fastställd på grundval av ovannämnda bestämmelse och att besluta att denna garanti skall utgöra grundvalen för beräkningen av det skadestånd som gäldenären skall betala för den

109. Även om punkt 2 i artikel 4 i princip kan tillämpas retroaktivt, är detta inte fallet med punkt 3 i samma artikel. Denna sista punkt innehåller inte någon precis uppgift som gör det möjligt att bestämma arbetstagnas rättigheter på grundval av enbart denna bestämmelse. Utövandet av möjligheten att sätta en övre gräns för garantin i enlighet med denna bestämmelse förutsätter dessutom att medlemsstaten *redan* har utövat den möjlighet som föreskrivs i artikel 4.2. Följaktligen kan artikel 4.3 i direktivet varken göra det befogat att begränsa det förfallna beloppet med retroaktiv verkan eller att begränsa det skadestånd som kan fastställas på grundval av bestämmelserna i direktivet.⁸⁶

82 — Se, i detta hänseende, punkt 81 i generaladvokaten J. Mischos förslag till avgörande (ovan, punkt 103).

83 — Se punkterna 73 och 74.

84 — Och är logiskt nog inte lägre (se fotnot 56 ovan).

85 — Jag vill än en gång upprepa att detta endast gäller under förutsättning att det i den nationella skadeståndsrätten inte föreskrivs ett större skadestånd i jämförbara fall (se punkt 106 ovan). Detta betyder att om det i nationell rätt föreskrivs ett skadestånd som beräknas på grundval av ett högre kapitalbelopp, kan de retroaktiva bestämmelser som säkerställer införlivandet av direktivet i princip vara förenliga med lydelsen av direktivbestämmelserna men strida mot de gemenskapsrättsliga principer som påbjuder tillämpning av förmånligare bestämmelser i nationell skadeståndslagstiftning. I detta fall strider de retroaktiva bestämmelserna mot gemenskapsrätten, eftersom de medför en minskning av det skadestånd som redan garanteras genom denna, och de skall vika och ge plats för tillämpning av det enda "giltiga referenssystemet" i detta fall, det vill säga de nationella bestämmelserna om statens utomobligatoriska ansvar.

86 — Se domen i målet Marshall (nämnd i punkt 47 ovan), punkt 30.

V — Förslag till avgörande

Med hänsyn till vad som ovan har anförts föreslår jag att domstolen besvarar frågorna i begäran om förhandsavgörande enligt följande:

1. Om en medlemsstat vidtar åtgärder för genomförande av direktiv 80/987/EEG först efter det att den i artikel 11 föreskrivna tidsfristen har löpt ut, och i samband därmed bestämmer det skadestånd som skall utges för den tid då direktivet ännu inte var införlivat med den inhemska rätten, får denna ersättning inte vara lägre än den ersättning som kan fastställas på grundval av enbart bestämmelserna i direktivet.
2. Om en medlemsstat för sent vidtar åtgärder för genomförande av direktivet och i samband därmed bestämmer den garanti som tillkommer arbetstagarna genom att använda sig av den möjlighet som medlemsstaten har enligt artikel 4.2 i direktivet, skall denna bestämmelse tolkas på så sätt att medlemsstaten är oförhindrad att besluta att den på detta sätt bestämda garantin skall läggas till grund för beräkningen av den ersättning som skall betalas för den tid då direktivet ännu inte var införlivat, under förutsättning att själva garantin är förenlig med bestämmelserna i direktivet och med förbehåll för vad som sägs i föregående punkt. Medlemsstatens användning av den ovan nämnda möjligheten är inte kopplad till frågan huruvida arbetstagarna har förfarit culpöst eller inte.
3. Vid granskningen av artikel 4.2 i direktivet har, såsom bestämmelsen tolkats ovan, inte framkommit någon omständighet av sådan beskaffenhet att den påverkar bestämmelsens giltighet med hänsyn till likabehandlingsprincipen.
4. Artikel 4.3 i direktivet skall tolkas så, att den inte ger möjlighet att begränsa den ersättning som medlemsstaten, när den för sent vidtar åtgärder för att införliva direktivet, bestämmer skall betalas för den tid då direktivet ännu inte var införlivat.