

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 20 september 2005<sup>1</sup>

1. Genom två skilda beslut om hänskjutande har Tribunale di Genova (Italien) begärt att Europeiska gemenskapernas domstol skall lämna ett förhandsavgörande om tolkningen av rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete under-tecknat av EFS, UNICE och CEEP (EGT L 175, s. 43).

### I — Rättsligt sammanhang och faktiska omständigheter

3. Omständigheterna i de ifrågakvarande två målen är enkla. Svårigheten, om det finns någon sådan, består i att fastställa vilken lag som skall anses tillämplig.

### A — Målet Marrosu och Sardino

2. Begäran har framställts inom ramen för tvister mellan Cristiano Marrosu, Gianluca Sardino och Andrea Vassallo och deras arbetsgivare Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate (San Martino-sjukhuset i Genua och de anslutna universitetsklinikerna) (nedan kallad "svarandeinrättningen") avseende tillämpningen av italiensk lagstiftning om visstidsarbete inom den offentliga förvaltningen.

4. Marrosu och Sardino var anställda som kökstekniker vid svarandeinrättningen under åren 1999–2002 med stöd av ett antal på varandra följande visstidskontrakt. Det sista av dessa kontrakt slöts med respektive anställd åtta dagar efter det att deras föregående kontrakt hade löpt ut. Strax innan detta kontrakt, som hade slutits för sex månader, skulle löpa ut tillkännagav generaldirektören för inrättningen de anställda ett beslut, enligt vilket det beslut som utgjorde grunden för deras nya anställning "vid behov skulle förstås som ett beslut om förlängning av visstidskontrakten eftersom de skäl som legat till grund för kontraktens upprättande fortfarande kvarstod". Det är detta beslut de

1 — Originalspråk: portugisiska.

två offentligt anställda bestämde sig för att väcka talan mot vid Tribunale di Genova med motiveringen att beslutet står i strid med lagstiftningsdekret nr 368 av den 6 september 2001 om genomförande av direktiv 1999/70 i den italienska rättsordningen (GURI nr 235, av den 9 oktober 2001, s. 4) (nedan kallat dekret nr 368).

5. Oaktat att, som det föreskrivs i artikel 1.1 i nämnda dekret, "anställningsavtal kan slutas på begränsad tid med hänvisning till tekniska skäl eller skäl som hör samman med produktion, organisation eller utbyte av anställda", föreskrivs följande i artikel 5.3 i samma dekret: "om arbetstagaren (åter) anställs på viss tid med stöd av artikel 1 inom tio dagar från den dag då ett avtal med en kontraktstid om sex månader eller understigande sex månader löper ut ..., skall det senare kontraktet anses gälla tills vidare".

6. På denna grund har Marrosu och Sardino begärt att den hänskjutande domstolen skall fastställa att det föreligger ett anställningsförhållande som gäller tills vidare från och med det första anställningsförhållandet som förelåg då nämnda dekret trädde i kraft, samt att arbetsgivaren med stöd av lag nr 300 av den 20 maj 1970 om löntagarstatutet (GURI nr 131, av den 27 maj 1970) skall förpliktas att betala utestående lön samt ersättning för den skada som arbetstagarna lidit.

7. Svarandeinrättningen har invänt mot dessa yrkanden och gjort gällande att ett annat lagstiftningsdekret skall tillämpas, nämligen dekret nr 165 av den 30 mars 2001 med "allmänna bestämmelser om arbetsorganisationen inom den offentliga förvaltningen" (ordinarie tillägg i GURI nr 106, av den 9 maj 2001) (nedan kallat dekret nr 165). Svaranden har till stöd för sitt argument särskilt åberopat artikel 36 i dekretet. Artikel 36 har följande lydelse:

"1. Offentliga arbetsgivare får, med iakttagande av bestämmelserna ovan om rekrytering av personal, använda de flexibla avtalsformer för anställning och sysselsättning av personal som föreskrivs i civillagen och i lagar om anställningsförhållanden i företag. Avtal om visstidsanställning, avtal om utbildning och arbete, andra utbildningsförhållanden och tillfälligt tillhandahållande av arbete skall regleras genom nationella kollektivavtal ... .

2. Under alla förhållanden kan offentliga arbetsgivares åsidosättande av tvingande bestämmelser om anställning av arbetstagare inte medföra att en tillsvidareanställning uppkommer hos dessa arbetsgivare. Detta påverkar dock inte arbetsgivarens ansvar härför eller de sanktioner som kan vidtas på grund härav. Berörd arbetstagare har rätt till ersättning för skada till följd av att han eller hon utfört arbete med åsidosättande av tvingande bestämmelser. Arbetsgivarna skall från ansvariga chefer återkräva de belopp

som betalats som sådan ersättning om åsidosättandet skett uppsåtligt eller av grov oaktsamhet."

visstidsanställningskontrakt eller -anställningsförhållanden". För detta ändamål innehåller avtalet klausul 5, med "[b]estämmelser för att förhindra missbruk", som har följande lydelse:

8. Därmed förefaller det som om målen vid den nationella domstolen huvudsakligen skulle utgöras av konflikten om vilken nationell lagstiftning som skall anses tillämplig. Enligt den hänskjutande domstolen måste man emellertid också beakta en mot-sättning av konstitutionell art. Den har för det första anført att Corte costituzionale genom ett avgörande av den 13 mars 2003 skulle ha bekräftat att artikel 36.2 i dekret nr 165 skall anses förenlig med artiklarna 3 och 97 i italienska konstitutionen, vilka syftar till att garantera allas likhet inför lagen och en opartisk offentlig förvaltning. Det förhåller sig emellertid så att nämnda avgörande fattades utan hänsyn till konstitutionella bestämmelser i den italienska rättsordningen om skyldigheten att uppfylla förpliktelser som följer av gemenskapsrätten. En eventuell tillämpning av detta dekret på omständigheterna i förevarande fall aktualiserar därför, enligt domstolens uppfattning, frågan om förenligheten med direktiv 1999/70.

"1. För att förhindra missbruk som uppstår genom användandet av på varandra följande vistidsanställningskontrakt eller vistidsanställningsförhållanden, så skall medlemsstaterna, efter samråd med arbetsmarknadens parter i enlighet med nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis, och/eller arbetsmarknadens parter, där det inte finns likvärdiga lagliga åtgärder för att förhindra missbruk, på ett sätt som tar hänsyn till behoven i särskilda branscher och/eller till kategorier av arbetstagare, införa en eller fler av följande åtgärder:

a) Bestämmelser om objektiva grunder för förnyad vistidsanställning.

b) Bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande vistidsanställningar.

c) Bestämmelser om hur många gånger en vistidsanställning får förnyas.

9. Låt mig, vad gäller nämnda direktiv som har antagits med stöd av artikel 139.2 EG, erinra om följande: "[s]yftet med detta direktiv är att genomföra ... ramavtalet om vistidsarbete, som den 18 mars 1999 ingicks mellan de allmänna branschövergripande organisationerna (EFS, UNICE och CEEP)". Med beaktande av att "tillsvidareanställning är det generella anställningsförhållandet", syftar detta ramavtal särskilt till att "upprätta ett ramverk för att förhindra missbruk genom tillämpning av på varandra följande

2. Medlemsstaterna, efter samråd med arbetsmarknadens parter, och/eller arbetsmarknadens parter, där så är lämpligt, fastställa under vilka förutsättningar visstidsanställningar

a) skall betraktas som på varandra följande,

b) skall betraktas som tillsvidareanställningar."

10. Mot bakgrund av dessa förhållanden har Tribunale di Genova ställt följande tolkningsfråga till Europeiska gemenskapernas domstol:

"Skall direktiv 1999/70/EG (artikel 1 samt klausulerna 1.b och 5 i ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP ) tolkas så att det utgör hinder för att det i en nationell lagstiftning (som gällde före nämnda direktivs införlivande) görs åtskillnad mellan anställningskontrakt ingångna med offentliga arbetsgivare och sådana som slutits med privata arbetsgivare på ett sätt som medför att de förstnämnda kontrakten inte omfattas av det skydd som en tillsvidareanställning innebär vid åsidosättande av tvingande regler om på varandra följande visstidsanställningskontrakt?"

B — *Målet Vassallo*

11. Andrea Vassallo var anställd som kock vid samma sjukhusinrättning. Hans anställningsförhållande grundades på två på varandra följande visstidskontrakt. Det första av dessa avsåg perioden den 5 juli 2001 till och med den 4 januari 2002, och i och med det andra som trädde i kraft den 1 januari 2002 förlängdes denna period till och med den 11 juli 2002. Efter det att kontraktet hade löpt ut väckte Andrea Vassallo talan vid Tribunale di Genova mot att hans kontrakt hade upphört. Andrea Vassallo yrkade att det skulle fastställas att han genom sitt ursprungliga kontrakt hade kommit i åtnjutande av ett kontrakt om tillsvidareanställning. Grunderna liknar på alla punkter dem som förts fram i målet Marrosu och Sardino.

12. Emellertid framgår det av besluten om hänskjutande att domarna vid Tribunale di Genova är oense om vilken lag som skall tillämpas. Domaren i målet Marrosu och Sardino förefaller inte stå på punkten att dekret nr 368, genom vilket direktiv 1999/70 införlivats, i vart fall skall äga företräde framför de äldre bestämmelserna i dekret nr 165. Domaren i målet Vassallo förefaller tvärtom utesluta att detta direktiv, enligt gällande italienska bestämmelser vid tiden för målet i den nationella domstolen, skulle äga tillämpning på anställningsförhållanden inom den offentliga förvaltningen. Till stöd för sina respektive ståndpunkter åberopar domarna olika grunder. Medan den förstnämnde hävdar gemenskapsrättens företräde som innebär att nationella bestämmelser som strider mot bestämmelserna i direktiv 1999/70 inte får tillämpas, åberopar

den andre konstitutionell rättspraxis, enligt vilken specialregler som innebär avvikelser från allmän lagstiftning om visstidsanställningar skall godtas. Medveten om att sådan reglering emellertid måste vara godtagbar med avseende på gemenskapsrätten fann den sistnämnde domaren det nödvändigt att ställa följande tolkningsfrågor till Europeiska gemenskapernas domstol:

"1) Skall – mot bakgrund av icke-diskrimineringsprincipen och effektivitetsprincipen med avseende på, vad särskilt avser Italien, de åtgärder som denna stat har vidtagit i fråga om anställningsförhållanden för anställda hos icke-offentliga arbetsgivare – rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 (artikel 1 samt klausulerna 1 b och 5 i det ramavtal mellan EFS, UNICE och CEEP som fastställs genom direktivet) förstås så, att det utgör hinder för en nationell ordning, såsom den enligt artikel 36 i lagstiftningsdekret nr 165 av den 30 mars 2001, i vilken det inte fastställs "under vilka förutsättningar visstidsanställningar kan betraktas som tillsvidareanställningar" och enligt vilken det tvärtom är helt och undantagslöst utslutet att missbruk av denna sorts anställningar och förhållanden kan medföra att tillsvidareanställningar uppkommer?

2) Om den första frågan besvaras jakande, skall, mot bakgrund av att tiden för att

genomföra rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 har löpt ut, detta direktiv (i synnerhet klausul 5 i detta) och tillämpliga gemenskapsrättsliga principer – även med hänsyn till lagstiftningsdekret nr 368/2001, särskilt artikel 5 i vilken omvandling till tillsvidareanställning anses som en normal följd av missbruk av visstidsanställning – anses ge enskilda en rätt, aktuell och omedelbart verkställbar i enlighet med nationella bestämmelser avseende näraliggande fall (således enligt bestämmelserna i lagstiftningsdekret nr 368/2001), till en tillsvidareanställning?

3) Om den första frågan besvaras jakande och den andra frågan nekande, skall, mot bakgrund av att tiden för att genomföra rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 har löpt ut, detta direktiv (i synnerhet klausul 5 i detta) och tillämpliga gemenskapsrättsliga principer anses ge enskilda endast en rätt till ersättning för den skada som de eventuellt åsamkats genom Republiken Italiens underlåtenhet att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra missbruk avseende användning av visstidsanställning för offentligt anställda?"

## II — Tolkningsfrågorna

att direktiv 1999/70 inte äger tillämpning i de ifrågavarande tvisterna.

13. Även om frågorna som har ställts i förevarande mål inte är identiskt formulerade berör de samma problemställning om gemenskapsrättens tolkning. Därmed borde målen lämpligen kunna prövas tillsammans.

*A — Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning*

14. Invändningar om rättegångshinder har framförts i båda målen.

15. För det första åberopar svarandeinrättningen i de ifrågavarande två målen domstolens rättspraxis, enligt vilken ett direktiv i sig inte kan skapa förpliktelser gentemot en enskild och därmed i detta hänseende heller inte göras gällande gentemot svaranden. Eftersom svarandeinrättningen varken är avhängig den italienska staten eller något ministerium har man därav dragit slutsatsen

16. Detta argument kan inte godtas. Det bör i själva verket erinras om att ett direktivs verkan inte inskränks till att skapa rättigheter som direkt kan göras gällande av enskilda. Även om vi antog att, såsom har gjorts gällande av svarandeinrättningen, det var enskilda som tvistade i de ifrågavarande målen, medför detta inte att det aktuella direktivet helt skulle sakna tillämpning. Visserligen får det anses fastställt att enskilda inte har rätt att göra gällande bestämmelser i ett direktiv som uppfyller villkoren för direkt effekt gentemot andra enskilda. Av fast rättspraxis följer emellertid att den nationella domstolen under sådana omständigheter i princip är skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet.<sup>2</sup> Av detta följer att en begäran om förhandsavgörande om tolkningen av bestämmelserna i direktiv 1999/70, under sådana omständigheter som de förevarande, åtminstone inte kan anses helt obefogad.

17. Under alla förhållanden kan man svårli-  
gen sluta sig till att yrkandena inte skall tas

<sup>2</sup> — Se dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01 Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 113.

upp till sakprövning med motiveringen att de ifrågavarande tvisterna står mellan enskilda och att nämnda direktiv inte alls skall tillämpas eftersom svarandeinrättningen utgörs av ett offentligt organ. Av domstolens praxis framgår att det är uppenbart att dessa två ståndpunkter som svarandeinrättningen parallellt har åberopat är motstridiga. Låt oss erinra om att ett direktiv kan åberopas inte bara gentemot statliga myndigheter utan också gentemot "organ eller enheter som är underställda staten, står under tillsyn av denna eller har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda, såsom lokala myndigheter eller organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att fullgöra en tjänst av allmänintresse under statens tillsyn."<sup>3</sup> Med ledning av omständigheterna i förevarande fall har det visats att den berörda inrättningen är ett organ som hör till den offentliga förvaltningen. Således föreligger inget hinder mot att enskilda skall kunna göra gällande direktiv 1999/70 gentemot svaranden.

18. För det andra har den italienska regeringen i sina skriftliga yttranden i målet Vassallo gjort gällande att den första frågan som ställts av den hänskjutande domstolen saknar relevans, eftersom den avser två på varandra följande kontrakt varav det första slöts innan fristen för genomförandet av direktiv 1999/70 hade löpt ut. Vid den

muntliga förhandlingen utsträckte den italienska regeringen denna grund för att talan inte skall tas upp till sakprövning till att omfatta den begäran som har framställts av den domstol vid vilken talan hade anhängigjorts i målet Marrosu och Sardino.

19. I detta hänseende är det tillräckligt att erinra om att den begäran som har framställts avser tolkningen av ett direktivs bestämmelser om förlängning av visstidsanställningskontrakt.<sup>4</sup> Den förlängning som var föremål för prövning i målet Vassallo ägde rum den 1 januari 2002. I målet Marrosu och Sardino ägde förlängningarna av de sista kontrakten med de två berörda arbetstagarna rum den 10 respektive den 11 januari 2002. Vid den tidpunkten hade den frist för genomförandet av direktiv 1999/70 som hade fastställts till den 10 juli 2001 löpt ut. Således hade direktivet fått full verkan.

20. En sista invändning gjordes gällande i målet Marrosu och Sardino. I detta mål hävdade den italienska regeringen att den ställda frågan saknade föremål eftersom den endast berörde nationell rätt, och att det i detta hänseende inte rädde några tvivel om tillämplig lag. Med ledning därav drog den italienska staten slutsatsen att begäran om förhandsavgörande skulle bli rent hypotetisk.

3 — Se särskilt dom av den 4 december 1997 i de förenade målen C-253/96–C-258/96, Kampelmann m.fl. (REG 1997, s. I-6907), punkt 46.

4 — I detta avseende se punkterna 38–40 i det förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i mål C-144/04, Mangold, dom av den 22 november 2005 (REG 2005, s. I-9981, s. I-9985).

21. Det kan inte förnekas att domstolen inom ramen för ett förfarande enligt artikel 234 EG saknar behörighet att uttala sig om tolkningen av nationell rätt eller giltigheten av nationella ordningar för att lösa konflikter mellan motstridiga bestämmelser.<sup>5</sup> Eftersom det emellertid uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken ifrågasvarande tvist anhängiggjorts att, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål, bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen<sup>6</sup>, är det tillräckligt att den begäran om förhandsavgörande som den hänskjutande domstolen framställer berör tolkningen av gemenskapsrätten och att den inte på ett uppenbart sätt saknar samband med de faktiska omständigheterna i eller föremålet för nämnda tvist, för att domstolen i princip skall vara skyldig att ta upp målet till prövning.<sup>7</sup>

23. I förevarande fall har den hänskjutande domstolen ställts inför en situation där tvisten rör tillämpningen av två till synes relevanta bestämmelser, varav den ena särskilt syftar till att genomföra en gemenskapsrättsakt. En begäran om förhandsavgörande om tolkningen av denna rättsakt kan inte ses som rent hypotetisk.

24. Jag anser således att de tolkningsfrågor som har ställts av Tribunale di Genova i dessa två mål skall tas upp till sakprövning.

22. Av det ovan sagda följer att även om det, enligt gemenskapsrätten, inte ankommer på domstolen att pröva den normkonflikt som uppkommer mellan de lagstiftningsdekret som åberopats i målen, ankommer det emellertid på denna domstol att förse den nationella domstolen med det gemenskapsrättsliga tolkningsunderlag som denne behöver för att kunna fastställa vilken bestämmelse som skall tillämpas på den tvist som anhängiggjorts vid den nationella domstolen.

## B — *Prövning i sak*

### 1. Inledande överväganden

5 — Vad gäller domstolens avsaknad av behörighet att lämna förhandsavgöranden om tolkningen av bestämmelser i nationell rätt se dom av den 19 mars 1964 i mål C-75/63, Unger (REG 1964, s. 347). Domstolen har emellertid all rätt att komma med erinran mot nationella domstolar om de sistnämndas skyldighet att bruka tolkningsmetoder som är tillåtna enligt nationell rätt och som möjliggör att de resultat som uppställs i direktiv 1999/70 uppnås på det mest effektiva sättet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan nämnda målet Pfeiffer m.fl., punkt 116).

6 — Se dom av den 12 april 2005 i mål C-145/03, Keller (REG 2005, s. I-2529), punkt 33.

7 — Se dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 59.

25. Jag skulle vilja inleda med att avfärda det argument som har förts fram av den italienska regeringen i målet Vassallo och enligt vilket direktiv 1999/70 endast skulle vara tillämpligt på förhållanden mellan arbetstagare och privata arbetsgivare. Till stöd för sitt argument har den italienska regeringen åberopat den omständigheten att ett avtal mellan organisationer som företräder arbets-

tagare i privata företag ligger till grund för detta direktiv.

## 2. Den första tolkningsfrågan

26. Den sistnämnda punkten är omtvistad mellan parterna. Utan att behöva gå in på vilka organisationer som var parter i detta avtal bör det förtydligas att det dokument som är föremål för tolkning har den juridiska formen av ett direktiv som har antagits av rådet.<sup>8</sup> Direktivets tillämpningsområde framgår klart av klausul 2 i ramavtalet om dess genomförande. Bestämmelsen lyder: "detta avtal gäller visstidsanställda som har ett anställningskontrakt eller ett anställningsförhållande, enligt definitionerna i lagar, kollektivavtal eller praxis i varje medlemsstat". Definitionen av dessa anställda återfinns i nästföljande klausul: "en person som har ett anställningskontrakt eller ett anställningsförhållande och vars längd har fastställts" och som uppfyller de villkor som fastställs i bestämmelsen. Såsom framgår av klausul 2 finns det enligt direktivet ingen möjlighet för medlemsstaterna att göra undantag från bestämmelserna i avtalet annat än beträffande "inledande yrkesutbildning och lärlingsutbildning" och "anställningskontrakt eller anställningsförhållanden som har ingåtts inom ramen för särskild offentlig eller offentligt finansierad utbildning, integrering och program för yrkesomskolning". Det förefaller således inte ha varit meningen att visstidsanställningskontrakt eller -anställningsförhållanden som har slutits med ett offentligt organ skulle undantas från direktivets tillämpningsområde.

27. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan, som i huvudsak är gemensam för båda målen, för att få klarhet i huruvida klausulerna 1 och 5 i ramavtalet, såsom det har genomförts genom direktiv 1999/70, skall anses vara oförenliga med nationell lagstiftning som utesluter att offentliga organs missbruk av på varandra följande kontrakt om visstidsanställning kan medföra att tillsvidareanställning uppkommer, medan detta är möjligt i fråga om privata arbetsgivares missbruk av visstidsanställningar.

28. För att kunna avgränsa föremålet för och räckvidden av den ställda frågan kan det vara på sin plats att erinra om vilket sammanhang frågan har ställts i.

29. Klausul 5 i ramavtalet innehåller "bestämmelser för att förhindra missbruk" av visstidsanställningskontrakt. Den skall tolkas mot bakgrund av syftet med detta avtal, vilket kan utläsas ur klausul 1: "upp-rätta ett ramverk för att förhindra missbruk som uppstår vid tillämpningen av på varandra följande anställningskontrakt eller anställningsförhållanden". I detta ramverk ingår två slags bestämmelser: bestämmelser om förebyggande av missbruk som återfinns i klausul 5.1 samt bestämmelser om sanktionsåtgärder med avseende på missbruk vilka bland annat framgår av klausul 5.2 b.

8 — Se, analogt, förstainstansrättens dom av den 17 juni 1998 i mål T-135/96, UEAPME mot rådet (REG 1998, s. II-2335), punkterna 66 och 67.

30. Av ordalydelsen i nämnda bestämmelse kan det emellertid utläsas att dessa två slags bestämmelser regleras enligt skilda ordningar. Medan det i klausul 5.1 föreskrivs en *skyldighet* för medlemsstaterna att, där det i den berörda medlemsstaten inte redan finns likvärdiga lagliga åtgärder, införa en eller flera av de åtgärder som anges i klausul 5.1 a–c, förfogar medlemsstaterna enligt klausul 5.2 över en *rätt* att lagstifta om att sådant missbruk skall medföra att dessa kontrakt omvandlas till tillsvidareanställningar. I själva verket är det bara "där så är lämpligt" som medlemsstaterna, och/eller parterna på arbetsmarknaden, får agera med stöd av klausul 5.2 b. Det kan således konstateras att medlemsstaterna och arbetsmarknadens parter, gemensamt eller separat, har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när de, med beaktande av förevarande sociala och rättsliga sammanhang, skall bestämma huruvida det kan vara lämpligt att anta bestämmelser om omkvalificering av kontrakt.

31. Det är i förevarande fall styrkt att Republiken Italien genom dekret nr 368 har antagit bestämmelser om att missbruk av på varandra följande visstidsanställningskontrakt skall medföra att dessa omvandlas till tillsvidarekontrakt. Därmed återstår endast frågan om huruvida de medlemsstater som antar sådana bestämmelser skall anses ha rätt att skilja mellan missbruk av visstidsanställningsförhållanden så att offentliga organs missbruk inte skall omfattas av möjligheten till omkvalificering till tillsvidareanställning.

a) Har en medlemsstat rätt att undanta vissa visstidsanställningsförhållanden från att omfattas av omkvalificering till följd av missbruk?

32. Jag anser att man för att kunna besvara frågan bör ta ställning till följande punkter.

33. I enlighet med klausul 5.2 b i det ramavtal genom vilket direktiv 1999/70 har genomförts skall medlemsstaterna: "fastställa *under vilka förutsättningar* visstidsanställningar skall betraktas som tillsvidareanställningar".<sup>9</sup> Av det sätt på vilket denna klausul har formulerats framgår det tydligt att dessa medlemsstater förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning inte bara vad gäller huruvida man skall anta bestämmelser om omkvalificering utan också, där sådana bestämmelser redan har antagits, vad gäller tillämpningsområdet och villkoren för när omkvalificering skall ske.

34. En sådan tolkning styrks av det sammanhang bestämmelsen tillämpas i. I enlighet med ramavtalets allmänna överväganden skall den nationella tillämpningen av klausulerna i avtalet ske så att hänsyn tas till "*varje medlemsstats specifika situation och till förhållanden inom enskilda sektorer och yrken*". I samma andemening görs följande

9 — Min kursivering.

förtydligande i avtalets ingress: *"I detta avtal fastställs allmänna principer och minimikrav för visstidsarbete. Vid den detaljerade tillämpningen av dessa måste hänsyn tas till specifika nationella, bransch- och säsongförhållanden"*. Jag skulle vidare vilja erinra om att avtalet har sin uttryckliga grund i det avtal om socialpolitik, som är fogat till protokollet om socialpolitik till Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen där följande stadgas: *"...gemenskapen och medlemsstaterna [skall] genomföra åtgärder som tar hänsyn till skillnaderna i nationell praxis, särskilt när det gäller avtalsförhållanden"*.<sup>10</sup> Det är också sådana hänsyn som hamnar i fokus i samband med den klausul vi har att tolka. Enligt klausul 5.1 får medlemsstater och/eller arbetsmarknadens parter genomföra åtgärder för förebyggande av missbruk *"på ett sätt som tar hänsyn till behoven i särskilda branscher och/eller till kategorier av arbetstagare"*. Detta bör således *a fortiori* falla inom ramen för punkt 2 i denna bestämmelse, enligt vilken medlemsstaterna förfogar över ett stort utrymme för skönmässig bedömning vad gäller vidtagande av de åtgärder som avses.

att beakta särskilda förhållanden i vissa branscher när medlemsstaten fastställer villkoren för när omkvalificering av visstidsanställningskontrakt till tillsvidareanställningskontrakt inte skall vara tillåten. Det är tillräckligt att anställningsförhållandena i de aktuella branscherna styrs av egna behov eller speciella regler. Det är utrett att detta är fallet vad beträffar den italienska förvaltningen.

36. Emellertid är det inte så att den frihet medlemsstaterna därigenom tillerkänns är absolut. Den skall utövas inom ramen för de begränsningar som gemenskapsrätten uppställer för medlemsstaternas tillämpning av bestämmelserna i ett direktiv. I förevarande fall blir två slags begränsningar tillämpliga. För det första måste den berörda medlemsstaten iakttä de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. För det andra är medlemsstaten skyldig att tillämpa bestämmelserna i direktivet på ett sätt som inte undergräver direktivets helhet.

b) Förenligheten med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna

35. I sammanhanget framstår det som klart för mig att en medlemsstat skall anses ha rätt

10 — Såsom framgår av första skälet i direktiv 1999/70 har avtalet om socialpolitik införlivats med artiklarna 136–139 EG i dess lydelse enligt Amsterdamfördraget. Den återgivna bestämmelsen återfinns i andra stycket i artikel 136 EG.

37. Enligt domstolens fasta rättspraxis skall medlemsstaterna, vid genomförandet av gemenskapsrättsliga bestämmelser, iakttä de krav som uppställs enligt gemenskapsrättens

allmänna principer.<sup>11</sup> Denna skyldighet följer särskilt av nödvändigheten att iaktta den grundläggande principen om likabehandling, enligt vilken det är förbjudet att behandla lika situationer olika och att behandla olika situationer lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.<sup>12</sup> Således måste den i de ifrågavarande målen berörda medlemsstaten så långt som möjligt tillämpa direktivet utan att åsidosätta nämnda princip.

38. Det får medges att arbetstagare som är knutna till en offentlig förvaltning genom ett visstidsanställningskontrakt, vid första anblicken, förefaller befinna sig i en situation som med avseende på syftet med direktiv 1999/70 är jämförbar med den för arbetstagare som på samma villkor är knutna till en privat arbetsgivare. Huruvida detta direktiv skall tillämpas eller inte är nämligen inte beroende av vad för slags arbetsgivare det rör sig om utan genom vilket slags anställningsförhållande som arbetstagaren är bunden till arbetsgivaren. Så länge detta förhållande, i enlighet med klausulerna 2 och 3 i ramavtalet, grundas i ett anställningskontrakt eller ett anställningsförhållande "vars längd fastställts på grundval av objektiva kriterier som att det gäller fram till ett visst datum, till dess en viss uppgift har utförts eller med anledning av en särskild händelse", borde det skydd som föreskrivs enligt nationell lagstift-

ning som antagits i enlighet med direktivet, i princip kunna äga giltighet. En skillnad i behandling som grundas enbart på vad för slags arbetsgivare det är fråga om kan således inte godtas utan ytterligare motivering. Därför måste jag söka fastställa om den skillnad som kunnat konstateras i förevarande fall grundas på ett objektivt godtagbart skäl.

39. Den italienska regeringen och den hänskjutande domstolen har i samband med målet Vassallo förklarat skillnaden i behandling med nödvändigheten att följa konstitutionella föreskrifter, nämligen de krav som syftar till att säkerställa förvaltningens opartiskhet och effektivitet. Den italienska regeringen och den hänskjutande domstolen har därvid hänvisat till ett avgörande från Corte costituzionale av den 27 mars 2003 där ett sådant skäl skall ha godtagits.

40. Vilken vikt skall då skälet tillmätas? Utan tvivel bör nationella myndigheter, och i synnerhet konstitutionella domstolar, få besluta om vilka särskilda nationella omständigheter som skall kunna föranleda särbehandling. Dessa myndigheter är i själva verket de bäst lämpade för att definiera medlemsstaternas konstitutionella identitet som Europeiska unionen har föresatt sig att respektera.<sup>13</sup> Det ankommer emellertid ändå på domstolen att pröva huruvida denna bedömning kan anses förenlig med grund-

11 — Dom av den 13 juli 1989 i mål C-5/88 (Wachauf, REG 1989, s. 2609), punkt 19.

12 — I detta avseende se dom av den 14 december 2004 i mål C-434/02, Arnold André (REG 2004, s. I-11825), punkt 68.

13 — I artikel 6.3 EU föreskrivs det följande: "Unionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater."

läggande rättigheter och målsättningar vars efterlevnad domstolen har att säkerställa enligt gemenskapsrätten.

41. Genom beslut nr 89 av den 27 mars 2003 har Corte costituzionale haft tillfälle att uttala sig om huruvida artikel 36 andra stycket i dekret nr 165 kan anses förenlig med den italienska konstitutionen, och i synnerhet artiklarna 3 och 97.<sup>14</sup> Avgörandet fattades inom ramen för en tvist som liknar de två målen i den nationella domstolen.<sup>15</sup> Konstitutionsdomstolen erinrade därvid om att "den grundläggande principen om hur ett anställningsförhållande uppkommer i den offentliga förvaltningen – och denna är helt främmande för den ordning som tillämpas i fråga om privata arbetsförhållanden – är att

tillträde sker genom det uttagningsförfarande som föreskrivs i artikel 97 tredje stycket i konstitutionen". Uttagningsförfarandet beskrivs i den italienska konstitutionen som "den metod för rekrytering av personal som normalt sett är den mest lämpliga för att garantera att den offentliga förvaltningens verksamhet är opartisk och effektiv". "Den omständigheten att det finns en princip som syftar till att garantera efterlevnaden av de krav på en opartisk och välfungerande förvaltning som uppställs i artikel 97 tredje stycket i konstitutionen tydliggör, i det aktuella avseendet, skillnaden mellan den situation som anställda i den offentliga förvaltningen befinner sig i och den för anställda i den privata sektorn. Därmed framstår också lagstiftarens val att vidta sanktionsåtgärder avseende åsidosättande av tvingande bestämmelser om rekrytering och anställning av arbetstagare i offentlig förvaltning med enbart skadestånd, i stället för att tillämpa omvandling till en tillsvidareanställning som godtagbart."

14 — Artikel 3: "Alla medborgare har lika socialt värde och är lika inför lagen, oavsett kön, ras, språk, religion, politisk åskådning, personliga och sociala förhållanden. Det är en skyldighet för republiken att undanröja hinder av ekonomisk och social art som genom att *de facto* inskränka medborgarnas frihet och jämlikhet hindrar individen från att utvecklas fullt ut samt att säkerställa att arbetstagare får utöva verkligt inflytande över den politiska, ekonomiska och sociala ordningen i landet." Artikel 97: "Offentliga organ skall organiseras enligt lag så att de fungerar väl och är opartiska. I instruktionerna för de olika offentliga organen skall bestämmas behörighetsområden, befogenheter och ansvar för de anställda. Anställning vid offentliga organ sker efter uttagningsförfaranden, förutom i lag angivna fall."

15 — Det rörde sig om en tvist mellan den offentliga förvaltningen och arbetstagare som yrkat att deras anställningsförhållanden skulle likställas med dem för arbetstagare i den privata sektorn för att, med stöd av lag nr 230 av den 18 april 1962 om visstidsanställningskontrakt, därigenom få till stånd en omvandling av dessa kontrakt till tillsvidarekontrakt. Trots att avgörandet fattades med stöd av en lag som upplävdes genom dekret nr 368, kan det fortfarande anses äga giltighet som referens. I själva verket skiljde sig den upphävda lagen, i det avseende som är intressant för oss, inte från nämnda dekret som är i kraft i dag. I lagen stadfästes nämligen i, i stort sätt, identiska ordalag som i dekretet, principen om tillsvidareanställningskontrakt samt att missbruk av förlängning av visstidsanställningskontrakt skall medföra en omkvalificering. Att bestämmelserna i denna lag är förenliga med de förpliktelser som följer av direktiv 1999/70 har dessutom bekräftats av Corte costituzionale som i beslut nr 40 av den 7 februari 2000 mot denna bakgrund kom fram till att ingen folkomröstning skulle behöva hållas om upphävande av nämnda lag.

42. Det är uppenbart att avgörandet är ägnat att skydda den särskilda ordning som tillämpas för tillträde till anställning vid den italienska offentliga förvaltningen. Man kan i själva verket frukta att en systematisk omvandling av visstidsanställningskontrakt som slutits med den offentliga förvaltningen till tillsvidareanställningskontrakt skulle kunna begränsa räckvidden för den konstitutionella bestämmelse enligt vilken tillträde till anställning vid offentlig förvaltning i princip skall ske genom ett uttagningsförfarande.

43. Det förefaller, enligt min uppfattning, inte vara oförenligt med gemenskapsrätten

att en sådan ordning beaktas. För det första framstår det för mig som om gemenskapsrätten inte borde få inkräkta på de val medlemsstaterna gör vad gäller förfaranden som tillämpas för urval och rekrytering av anställda till den offentliga förvaltningen.<sup>16</sup> För det andra kan det inte uteslutas att en genomgående omkvalificering skulle kunna innebära att principen om att fasta tjänster vid den offentliga förvaltningen skall tillsättas med tjänstemän som rekryterats genom uttagningsförfaranden ifrågasätts. Under sådana omständigheter kan behovet av att bevara uttagningsförfarandet som ett särskilt förfarande för tillträde till den offentliga förvaltningen anses utgöra ett sakligt skäl till att, i denna sektor, utesluta möjligheten att omvandla visstidsanställningskontrakt till tillsvidarekontrakt.

44. Emellertid kan vi inte nöja oss med att fastslå att en differentierad anställningsordning skall anses berättigad av sakliga skäl. Därutöver måste det undersökas huruvida genomförandet av den ordning som gäller för den offentliga förvaltningen kan anses förenlig med proportionalitetsprincipen. En åtgärd genom vilken en godtagbar särskilnad införs kan inte anses förenlig med den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling annat än om de medel som används kan anses vara ändamålsenliga och nödvändiga för att uppnå det legitima mål som eftersträvas.<sup>17</sup>

16 — Enligt min uppfattning kan ett sådant undantag indirekt men klart utläsas ur domen av den 9 september 2003 i mål C-285/01, *Burbaud* (REG 2003, s. I-8219), där domstolen erinrar om att det enligt gemenskapsrätten inte ankommer på domstolen att utöva tillsyn över vilka rekryteringsförfaranden som väljs utan endast att säkerställa att dessa inte tillämpas på ett sätt som innebär ett åsidosättande av de grundläggande friheter som garanteras genom EG-fördraget (punkterna 91 till 101).

17 — I detta avseende, se domen av den 19 mars 2002 i målet C-476/99, *Lommers* (REG 2002, s. I-2891), punkt 39.

45. Att pröva huruvida detta är fallet, ankommer normalt på respektive hänskjutande domstolar när det gäller de mål som anhängiggjorts vid dessa. Däremot åligger det domstolen, när den tillställts en begäran om förhandsavgörande, att tillhandahålla alla de tolkningsuppgifter som är nödvändiga för att den nationella domstolen skall kunna avgöra om nationell lagstiftning kan anses förenlig med gemenskapsrätten. Efter att, med stöd av den redogörelse som lämnats i samband med begäran om förhandsavgörande, ha analyserat omständigheterna i de aktuella målen skulle jag vilja göra följande förtydligande. Den differentiering som har kunnat konstateras kan endast godtas om den är välgrundad, det vill säga i ett fall då principen om uttagningsförfarande har företräde. Eftersom undantag från nämnda princip medges enligt lag, med stöd av artikel 97 tredje stycket i den italienska konstitutionen, är det uppenbart att en differentiering inom ramen för ett sådant undantag inte längre tjänar något syfte.

#### c) Förenligheten med direktiv 1999/70

46. Sedan detta fastställts återstår nu att undersöka huruvida den berörda medlemsstaten, då bestämmelsen om möjlighet att föreskriva omkvalificering till följd av missbruk av visstidsanställningskontrakt antogs, gjorde sig skyldig till åsidosättande av det regelverk och de syften som fastställts i direktiv 1999/70. Klausul 5.2 b i ramavtalet är utformad som en kompletterande klausul vilken medlemsstaten kan använda som ett komplement till det regelverk av bestämmelser som syftar till att förhindra missbruk av

på varandra följande visstidsanställningskontrakt eller visstidsanställningsförhållanden. Därmed kan det inte godtas att åtgärder som antas med stöd av en sådan bestämmelse leder till att direktivet åsidosätts.

ning. Vad som återstår att fastställa är huruvida dessa bestämmelser verkligen omfattar missbruk av visstidsanställningskontrakt samt om de tillämpliga sanktionsåtgärderna är effektiva.

47. Av detta följer att, även om det kan vara motiverat att utesluta omkvalificering av vissa kontrakt i den offentliga sektorn, man åtminstone måste säkerställa att de förebyggande åtgärder som avses i klausulerna 1 och 5 i nämnda avtal uttryckligen anges och att effektiva sanktionsåtgärder kan vidtas. Att beröva arbetstagare som är anställda vid den offentliga förvaltningen allt skydd mot missbruk av visstidsanställningskontrakt skulle tydligt överskrida vad som är tillåtet enligt klausul 5.2 i ramavtalet, och det skulle även vara oförenligt med det ramverk som har satts upp genom nämnda lagstiftning.

50. Med ledning av ovanstående överväganden drar jag slutsatsen att direktiv 1999/70 inte utgör något hinder mot lagstiftning enligt vilken det är uteslutet att offentliga organs missbruk av på varandra följande visstidsanställningskontrakt kan medföra att en tillsvidareanställning uppkommer trots att detta är möjligt i fråga om kontrakt som slutits med privata arbetsgivare, under förutsättning att detta är berättigat med hänsyn till de särskilda villkoren i denna sektor, såsom behovet av att garantera den konstitutionella principen om att tillträde till offentlig anställning sker genom ett uttagningsförfarande, och under förutsättning att det finns effektiva förebyggande åtgärder och sanktionsåtgärder att tillgå med avseende på missbruk av visstidsanställningskontrakt inom nämnda sektor.

48. Att krav som uppställs enligt en nationell ordning erkänns utesluter inte att de minimikrav som uppställs enligt gemenskapsordningen måste iakttas. Detta är, enligt min uppfattning, innebörden av den hänvisning som finns i direktiv 1999/70 till specifika nationella och sektoriella förhållanden.

3. Den andra och den tredje frågan i målet Vassallo

49. I detta hänseende har den hänskjutande domstolen hänvisat till nationell lagstiftning enligt vilken de offentliga organen skall bära ansvaret för och också vidta sanktionsåtgärder avseende åsidosättande av tvingande bestämmelser om rekrytering eller anställ-

51. Då den andra och tredje tolkningsfrågan i målet Vassallo ställdes till domstolen för det fall den första frågan skulle besvaras jakande, anser jag det inte nödvändigt att besvara dessa.

### III — Förslag till avgörande

52. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall lämna ett likalydande svar på de frågor som Tribunale di Genova har ställt inom ramen för de aktuella två målen:

Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP utgör inte något hinder mot nationell lagstiftning enligt vilken det är uteslutet att offentliga organs missbruk av på varandra följande visstidsanställningskontrakt kan medföra att en tillsvidareanställning uppkommer trots att detta är möjligt i fråga om kontrakt som slutits med privata arbetsgivare, under förutsättning att detta är berättigat med hänsyn till de särskilda villkoren i denna sektor, såsom behovet av att garantera den konstitutionella principen om att tillträde till offentlig anställning sker genom ett uttagningsförfarande, och under förutsättning att det finns effektiva förebyggande åtgärder och sanktionsåtgärder att tillgå avseende missbruk av visstidsanställningskontrakt inom nämnda sektor.