FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 20. september 2005 [1]

1. Tribunale di Genova (Italien) har ved to særskilte forelæggelsesafgørelser anmodet Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP (EFT L 175, s. 43).

2. Anmodningerne vedrører tvister mellem C. Marrosu, G. Sardino og A. Vassallo og deres arbejdsgiver, Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate (herefter »det sagsøgte hospital«), om den offentlige sektors anvendelse af de italienske bestemmelser om tidsbegrænset ansættelse.

1 — Originalsprog: portugisisk.

I — Retlige og faktiske omstændigheder

3. Omstændighederne i begge sager er ganske enkle. Af eventuelle vanskeligheder kan kun nævnes fastlæggelsen af de regler, der skal finde anvendelse.

A — *Marrosu og Sardino-sagen*

4. C. Marrosu og G. Sardino var i perioden 1999-2002 ansat som tekniske køkkenmedarbejdere på det sagsøgte hospital i henhold til en række tidsbegrænsede ansættelseskontrakter. For begges vedkommende blev den sidste af disse ansættelseskontrakter indgået otte dage efter udløbet af den foregående kontrakt. Kort før udløbet af denne, der var indgået for seks måneder, underrettede hospitalets direktør dem om en beslutning, hvorefter den beslutning, der lå til grund for deres nye ansættelse, »i enhver henseende skal forstås som en beslutning om forlængelse af de tidsbegrænsede kontrakter som følge af, at grundene til, at disse blev oprettet, fortsat foreligger«. Det er denne beslutning, de to køkkenmedarbejdere har besluttet at anfægte for Tribunale di Genova med den

begrundelse, at den er i strid med lovbekendtgørelse nr. 368 af 6. september 2001 om gennemførelse af direktiv 1999/70 i den italienske retsorden (GURI nr. 235 af 9.10.2001, s. 4, herefter »bekendtgørelse nr. 368«.

5. Ganske vist er det ifølge lovbekendtgørelsens artikel 1, stk. 1, »tilladt at fastsætte en udløbsdato for kontrakter vedrørende lønnet beskæftigelse, når der foreligger omstændigheder af teknisk, produktionsmæssig eller organisatorisk art, eller der er tale om et vikariat«, men i lovbekendtgørelsens artikel 5, stk. 3, hedder det, at »når en arbejdstager ansættes tidsbegrænset, som omhandlet i artikel 1, inden ti dage efter udløbet af en kontrakt af op til seks måneders varighed [...], anses den seneste kontrakt for at være indgået tidsubegrænset«.

6. På dette grundlag har C. Marrosu og G. Sardino for den forelæggende ret nedlagt påstand om, at det fastslås, at der foreligger et tidsubegrænset ansættelsesforhold, der løber fra datoen for begyndelsen af det første arbejdsforhold, der tidsmæssigt er omfattet af den nævnte lovbekendtgørelse, og om, at arbejdsgiveren tilpligtes at betale skyldig løn samt erstatning for den lidte skade i henhold til lov nr. 300 af 20. maj 1970 GURI nr. 131 af 27.5.1970).

7. Heroverfor har det sagsøgte hospital påberåbt sig en anden lovbekendtgørelse, nemlig bekendtgørelse nr. 165 af 30. marts 2001, hvorved der er indført »generelle bestemmelser om ansættelser inden for den offentlige sektor« (ordinært tillæg til GURI nr. 106 af 9.5.2001, herefter »bekendtgørelse nr. 165«. Hospitalet har bl.a. henvist til lovbekendtgørelsens artikel 36, som bestemmer:

»1. De offentlige myndigheder sikrer under respekt af bestemmelserne om antagelse af personale i de foregående artikler anvendelsen af de fleksible kontraktformer ved rekruttering og ansættelse af nyt personale, der er foreskrevet i civillovbogen og i lovene om lønnet beskæftigelse i virksomheder. I de landsdækkende kollektive overenskomster fastsættes regler om tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, om uddannelseskontrakter, om andre uddannelsesforhold med henblik på at lette adgangen til arbejdsmarkedet samt om udførelsen af midlertidigt arbejde [...].

2. Under alle omstændigheder kan offentlige arbejdsgiveres tilsidesættelse af bindende retsforskrifter vedrørende rekruttering og ansættelse af arbejdstagere ikke medføre, at den pågældende offentlige myndighed bliver part i et tidsubegrænset ansættelsesforhold, idet dette dog ikke berører spørgsmålet om ansvar og sanktioner. Den berørte arbejdstager har ret til erstatning for den skade, der følger af udførelsen af arbejde, der er i strid med de bindende retsforskrifter. Myndighederne har pligt til at inddrive de beløb, der

udredes i den anledning, hos de ansvarlige ledere, hvis tilsidesættelsen er sket med forsæt eller grov uagtsomhed.«

8. Tvisterne i hovedsagen synes således at vedrøre en konflikt om gældende national ret. Ifølge den forelæggende ret er der imidlertid også tale om en forfatningsmæssig konflikt. Den forelæggende ret har i denne forbindelse for det første fastslået, at Corte costituzionale ved sin afgørelse af 13. marts 2003 har fastslået, at artikel 36, stk. 2, i lovbekendtgørelse nr. 165 er i overensstemmelse med artikel 3 og 97 i den italienske forfatning, som sikrer dels lighed for loven, samt en upartisk sagsbehandling. Den forelæggende ret har for det andet bemærket, at denne afgørelse imidlertid er blevet truffet uden hensyn til de forfatningsbestemmelser, der sikrer, at den italienske retsorden ikke tilsidesætter de forpligtelser, der kan udledes af Fællesskabets retsorden. Antages det, at bekendtgørelsen 165 finder anvendelse i den foreliggende sag, rejser der sig efter den forelæggende rets opfattelse et spørgsmål om efterlevelse af direktiv 1999/70.

9. Direktivet, der har hjemmel i artikel 139, stk. 2, EF, »har til formål at iværksætte [rammeaftalen] vedrørende tidsbegrænset ansættelse, som blev indgået den 18. marts 1999 mellem de generelle tværfaglige organisationer (EFS, UNICE og CEEP)«. Under henvisning til, at »tidsubegrænsede ansættelseskontrakter er den sædvanlige ansættelsesform«, tilstræbes det med rammeaftalen bl.a. at »fastsætte rammer, der skal forhindre misbrug hidrørende fra flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold«. Det hedder således i § 5, der har overskriften »Bestemmelser om misbrug«:

»1. For at forhindre misbrug hidrørende fra anvendelsen af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold fastsættes, medmindre der allerede findes tilsvarende retsregler, bestemmelser af medlemsstaterne — efter høring af arbejdsmarkedets parter i henhold til national lovgivning, kollektive aftaler eller praksis — og/eller af arbejdsmarkedets parter, hvorved der tages hensyn til behovene inden for bestemte sektorer og/eller blandt bestemte kategorier af arbejdstagere, og som regulerer et eller flere af følgende forhold:

a) objektive omstændigheder, der kan begrunde en fornyelse af sådanne kontrakter eller ansættelsesforhold

b) den maksimale samlede varighed af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller arbejdsforhold

c) antallet af gange, sådanne kontrakter eller ansættelsesforhold kan fornys.

2. Medlemsstaterne — efter høring af arbejdsmarkedets parter — og/eller arbejdsmarkedets parter fastsætter, hvor det er hensigtsmæssigt, under hvilke betingelser tidsbegrænsede ansættelseskontrakter og ansættelsesforhold er at anse for:

a) »flere på hinanden følgende«

b) tidsubegrænsede kontrakter eller ansættelsesforhold.«

10. Tribunale di Genova har på denne baggrund stillet Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal direktiv 1999/70/EF [artikel 1 samt § 1, litra b), og § 5 i rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, det er indgået af EFS, UNICE og CEEP, og som er optaget i direktivet] fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning (det gjaldt, før direktivet blev gennemført), hvorefter der sondres mellem ansættelseskontrakter, der indgås med offentlige myndigheder, og ansættelseskontrakter, der indgås med private arbejdsgivere med den virkning, at de førstnævnte ansættelsesforhold derved udelukkes fra den beskyttelse, der består i etableringen af et tidsubegrænset ansættelsesforhold i tilfælde af tilsidesættelse af ufravigelige regler vedrørende flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter?«

B — *Vassallo-sagen*

11. A. Vassallo var ansat som kok på det samme hospital. Arbejdsforholdet byggede på to på hinanden følgende tidsbegrænsede kontrakter, hvoraf den første løb fra den 5. juli 2001 til den 4. januar 2002, mens den anden, der blev indgået med virkning fra den 1. januar 2002, forlængede denne periode til den 11. juli 2002. Ved udløbet af den anden kontrakt anlagde A. Vassallo sag ved Tribunale di Genova for at anfægte opsigelsen af kontrakten. A. Vassallo nedlagde påstand om, at det blev fastslået, at der fra udløbet af den oprindelige kontrakt forelå et tidsubegrænset ansættelsesforhold. Anbringenderne i denne sag ligner på alle punkter anbringenderne i Marrosu og Sardino-sagen.

12. Af forelæggelsesafgørelserne fremgår det imidlertid, at dommerne ved Tribunale di Genova ikke er enige om, hvilke bestemmelser der skal finde anvendelse. Dommeren i Marrosu og Sardino-sagen synes at være af den opfattelse, at bekendtgørelse nr. 368 om gennemførelse af direktiv 1999/70 under alle omstændigheder har forrang frem for de tidligere bestemmelser i bekendtgørelse nr. 165. Derimod synes dommeren i Vassallo-sagen at udelukke, at dette direktiv på tidspunktet for hovedsagen i henhold til italiensk ret også gælder for ansættelse i den offentlige sektor. Dommerne påberåber sig til støtte for deres respektive holdninger forskellige kilder. Mens den første dommer henviser til princippet om fællesskabsrettens forrang, hvorefter enhver national bestemmelse, der er i strid med direktivet, skal

fjernes, henviser den anden dommer til den forfatningsmæssige retspraksis, hvorefter en særregel, som fraviger de almindelige regler om tidsbegrænsede ansættelseskontrakter, har gyldighed. Da den anden dommer imidlertid er klar over, at denne regel skal kunne forsvares under en fællesskabsretlig synsvinkel, har han forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 [direktivets artikel 1 samt § 1, litra b), og § 5 i den rammeaftale vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP, og som er optaget i direktivet] henset til ligebehandlings- og effektivitetsprincippet (samt hvad særligt [Den Italienske Republik] angår, henset til de foranstaltninger, som landet har truffet vedrørende ansættelsesforhold ved ikke-offentlige arbejdsgivere) fortolkes således, at det er til hinder for en bestemmelse i national lovgivning såsom artikel 36 i lovbekendtgørelse nr. 165 af 30. marts 2001, hvori det ikke er fastsat, »under hvilke betingelser tidsbegrænsede ansættelseskontrakter og ansættelsesforhold er at anse for [...] tidsubegrænsede kontrakter eller ansættelsesforhold«, og som tilmed indeholder et grundlæggende og ubetinget forbud mod, at misbrug af denne form for kontrakt- og ansættelsesforhold giver anledning til, at der etableres et tidsubegrænset ansættelsesforhold?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, spørges, om borgerne ved direktiv 1999/70/EF (og navnlig direktivets artikel 5), nu hvor fristen for dets gennemførelse er udløbet — og ved de relevante fællesskabsretlige principper — også set i lyset af lovbekendtgørelse nr. 368/2001 og især dets artikel 5, hvorefter konverteringen til et tidsubegrænset ansættelsesforhold er den normale konsekvens af misbrug af den tidsbegrænsede kontrakt eller det tidsbegrænsede ansættelsesforhold — tillægges en aktuel ret, som direkte kan gennemtvinges efter de nationale regler, det er mest relevant at lægge til grund i den konkrete sag (dvs. bestemmelserne i lovbekendtgørelse nr. 368/2001), med henblik på at anerkende, at den pågældende råder over et tidsubegrænset ansættelsesforhold?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, og spørgsmål 2 besvares benægtende, spørges, om borgerne ved direktiv 1999/70/EF (og navnlig direktivets artikel 5), nu hvor fristen for dets gennemførelse er udløbet — og ved de relevante fællesskabsretlige principper — udelukkende tillægges et krav på erstatning for det tab, de måtte have lidt ved Den Italienske Republiks manglende gennemførelse af de foranstaltninger, der er egnet til at forhindre misbrug af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter og/eller ansættelsesforhold hos offentlige arbejdsgivere?«

II — De præjudicielle spørgsmål

13. Selv om spørgsmålene i de to sager ikke har samme ordlyd, vedrører de det samme fællesskabsretlige fortolkningsproblem. Jeg vil derfor gennemgå begge sager under ét.

A — *Formaliteten*

14. Spørgsmålene i de to sager har givet anledning til formalitetsindsigelser.

15. For det første har det sagsøgte hospital i begge sager påberåbt sig Domstolens praksis, hvorefter et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne og derfor ikke som sådant kan påberåbes over for sådanne personer. Da det sagsøgte hospital ikke er undergivet den italienske stat eller noget ministerium, kan det efter hospitalets opfattelse konkluderes, at direktiv 1999/70 ikke finder anvendelse i hovedsagerne.

16. Dette argument kan ikke tages til følge. Det må nemlig ikke glemmes, at et direktiv ikke blot skaber rettigheder, der umiddelbart kan påberåbes af private. Selv om det antages, at de foreliggende sager, som hævdet af det sagsøgte hospital, er sager mellem private, kan det ikke heraf udledes, at direktivet mister sine virkninger. Det er imidlertid ubestridt, at private ikke over for andre private kan påberåbe sig bestemmelserne i et direktiv, der som krævet har umiddelbar virkning. Men efter fast retspraksis skal den nationale domstol under disse omstændigheder principielt i videst muligt omfang fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes [2]. Heraf følger, at anmodninger om fortolkning af direktivets bestemmelser under de omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag, i hvert fald ikke kan anses for ubegrundede.

17. Det forekommer under alle omstændigheder vanskeligt at påstå anmodningerne

2 — Senest dom af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835,, præmis 113.

afvist med den begrundelse, at hovedsagerne er sager anlagt af private mod private, og at statuere frifindelse, fordi det sagsøgte hospital er et offentligt organ. Henholder man sig til Domstolens praksis, fremgår det, at disse to holdninger klart udelukker hinanden. Et direktiv kan nemlig påberåbes ikke blot over for nationale myndigheder, men tillige »over for organer eller enheder, som er undergivet statens myndighed eller kontrol, eller som har uforholdsmæssigt vidtgående beføjelser i forhold til dem, der følger af bestemmelser, som gælder i forholdet til private, som f.eks. lokalforvaltninger eller organer, der, uanset deres retlige form, har til opgave i henhold til en retsakt fra den offentlige myndighed under dennes kontrol at udføre en opgave af offentlig interesse« [3]. Det er i den foreliggende sag fastslået, at hospitalet er et offentligt organ, og der er derfor intet til hinder for, at private påberåber sig direktiv 1999/70 over for det.

18. For det andet har den italienske regering i sine skriftlige indlæg i Vassallo-sagen udtalt, at det første præjudicielle spørgsmål fra den forelæggende ret er irrelevant, idet det vedrører to på hinanden følgende kontrakter, hvoraf den første blev indgået før udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 1999/70. I retsmødet har den italienske regering udvidet denne formalitetsindsigelse til også at omfatte spørgsmålet fra dommeren i Marrosu og Sardino-sagen.

19. Jeg skal her blot erindre om, at den ønskede fortolkning vedrører bestemmelserne i et direktiv om forlængelse af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter [4]. I Vassallo-sagen er der imidlertid tale om en forlængelse fra og med den 1. januar 2002. I Marrosu og Sardino-sagen er de sidste tidsbegrænsede kontrakter indgået med de pågældende blevet fornyet fra henholdsvis den 10. og den 11. januar 2002. På disse tidspunkter var fristen for gennemførelsen af direktiv 1999/70 (den 10.7.2001) udløbet, og direktivet havde således sin fulde virkning.

20. Marrosu og Sardino-sagen har givet anledning til en sidste indsigelse. Den italienske regering har i denne sag gjort gældende, at det forelagte spørgsmål er formålsløst, idet det alene vedrører national ret, således at der ikke er nogen tvivl om, hvad der er gældende ret. Den italienske regering har heraf udledt, at anmodningen om præjudiciel afgørelse er rent hypotetisk.

3 — Jf. bl.a. dom af 4.12.1997, forenede sager C-253/96 — C-258/96, Kampelmann m.fl., Sml. I, s. 6907, præmis 46.

4 — Jf. i denne retning punkt 38-40 i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i Mangold-sagen (sag C-144/04), der endnu verserer for Domstolen.

21. Det kan ikke bestrides, at Domstolen i en sag anlagt i henhold til artikel 234 EF ikke er kompetent til at tage stilling til fortolkningen af den nationale ret eller til gyldigheden af de nationale regler for løsning af konflikter mellem modstridende regler [5]. Da det udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [6], er det tilstrækkeligt, at de af den nationale ret forelagte spørgsmål vedrører et spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, der ikke klart er uden forbindelse med tvistens realitet eller genstand, for at Domstolen principielt er forpligtet til at træffe afgørelse herom [7].

22. Selv om det således ikke tilkommer Domstolen ud fra fællesskabsretten at løse konflikten mellem de lovbekendtgørelser, der er påberåbt i hovedsagerne, skal Domstolen til gengæld forsyne den nationale ret med de fortolkninger af fællesskabsretten, der måtte være nødvendige, for at den nationale ret kan afgøre, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på den for den indbragte tvist.

23. Den for den forelæggende ret indbragte sag vedrører anvendelsen af to tilsyneladende relevante sæt bestemmelser, hvoraf det ene specifikt har til formål at gennemføre en fællesskabsretsakt. En anmodning om en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af denne retsakt kan naturligvis ikke anses for hypotetisk.

24. Jeg finder således, at de spørgsmål, Tribunale di Genova har forelagt i de to sager, kan antages til realitetsbehandling.

B — *Realiteten*

1. Indledende betragtning

25. Jeg vil indledningsvis forkaste det argument, den italienske regering har fremført i Vassallo-sagen, og hvorefter direktiv 1999/70 udelukkende finder anvendelse på ansættelsesforhold mellem arbejdstagere og private arbejdsgivere. Den italienske regering har til støtte for dette argument påberåbt sig direktivets oprindelse i en aftale indgået af

5 — Med hensyn til Domstolens manglende kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af nationale bestemmelser, jf. dom af 19.3.1964, sag 75/63, Unger, Sml. 1954-1964, s. 471, org.ref.: Rec. s. 347. Domstolen har derimod kompetence til at minde de nationale retsinstanser om deres pligt til at anvende fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret, med henblik på at opnå det resultat, der forfølges med direktiv 1999/70 (jf. i denne retning dommen i sagen Pfeiffer m.fl., præmis 116).

6 — Jf. senest dom af 12.4.2005, sag C-145/03, Keller, Sml. I, s. 2529,, præmis 33.

7 — Jf. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59.

organisationer, der repræsenterer arbejdstagere i den private sektor.

26. Der er ikke enighed herom mellem parterne. Uanset hvem der har indgået aftalen, skal det præciseres, at den retsakt, der skal fortolkes, er et direktiv, der er vedtaget af Rådet [8]. Direktivets anvendelsesområde er klart fastlagt i § 2 i den rammeaftale, der gennemføres ved direktivet. Det hedder i denne bestemmelse: »Denne aftale finder anvendelse på alle med tidsbegrænset ansættelse, som har en ansættelseskontrakt eller indgår i et ansættelsesforhold, som defineret ved lov, kollektiv aftale eller gældende praksis i den enkelte medlemsstat.« I § 3 defineres en sådan arbejdstager som »en person, som har en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, eller som indgår i et tidsbegrænset ansættelsesforhold«, som opfylder visse betingelser. Ifølge § 2 kan medlemsstaterne alene beslutte, at aftalen ikke finder anvendelse, i forbindelse med »erhvervsmæssig grunduddannelse og lærlingeuddannelse« samt »ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold, der er indgået i forbindelse med særlige offentlige eller offentligt støttede programmer med henblik på uddannelse, integration og omskoling«. Direktivet synes således ikke at udelukke tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold, der er indgået med offentlige organer, fra sit anvendelsesområde.

8 — Jf. i analogi hermed Rettens dom af 17.6.1998, sag T-135/96, UEAPME mod Rådet, Sml. II, s. 2335, præmis 66 og 67.

2. Det første spørgsmål

27. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål, som i det væsentlige er fælles for begge sager, oplyst, om §§ 1 og 5 i rammeaftalen, der er gennemført ved direktiv 1999/70, er til hinder for en bestemmelse i national lovgivning, som indeholder et forbud mod, at offentlige organers misbrug af muligheden for at indgå flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter giver anledning til, at der etableres et tidsubegrænset ansættelsesforhold, når en sådan foranstaltning er mulig, hvis der er tale om misbrug af tidsbegrænsede arbejdsforhold i den private sektor.

28. For helt at forstå spørgsmålets genstand og rækkevidde er det nyttigt at se på baggrunden for spørgsmålet.

29. Rammeaftalens § 5 vedrører »bestemmelser«, der skal »forhindre misbrug hidrørende fra anvendelsen af [tidsbegrænsede] ansættelseskontrakter«. § 5 skal fortolkes i lyset af formålet med aftalen, der fremgår af § 1, nemlig »at fastsætte rammer, der skal forhindre misbrug hidrørende fra flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold«. Disse rammer omfatter to typer bestemmelser, nemlig bestemmelser om forhindring af misbrug, jf. § 5, stk. 1, og bestemmelser om sanktioner i tilfælde af misbrug, jf. bl.a. § 5, stk. 2, litra b).

30. Det fremgår af § 5, at disse to typer bestemmelser er undergivet forskellige regler. Mens § 5, stk. 1, indebærer en *forpligtelse* for medlemsstaterne til at indføre en eller flere af de bestemmelser, der er nævnt i litra a), b) og c), såfremt den pågældende medlemsstat ikke allerede råder over tilsvarende retsforskrifter, giver § 5, stk. 2, medlemsstaterne *mulighed* for at bestemme, at misbrug kan medføre en konvertering af ansættelseskontrakten til et tidsubegrænset ansættelsesforhold. Det er nemlig kun, »hvor det er hensigtsmæssigt«, at medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter handler i overensstemmelse med § 5, stk. 2, litra b). Arbejdsmarkedets parter råder således i fællesskab eller hver for sig over et vidt skøn ved afgørelsen af, om der under de givne sociale og retlige omstændigheder skal ske en konvertering til tidsubegrænsede ansættelsesforhold.

31. I den foreliggende sag er det ubestridt, at Italien ved lovbekendtgørelse nr. 368 har vedtaget bestemmelser om konvertering af tidsbegrænsede kontrakter, som misbruges, til tidsubegrænsede kontrakter. Spørgsmålet er således alene, om de medlemsstater, der har vedtaget sådanne bestemmelser, har ret til at sondre mellem tidsbegrænsede ansættelsesforhold, der misbruges, således at ansættelsesforhold, der vedrører den offentlige sektor, ikke kan konverteres til tidsubegrænsede ansættelsesforhold.

a) Kan en medlemsstat forbyde konvertering af visse tidsbegrænsede ansættelsesforhold, som misbruges?

32. For at besvare dette spørgsmål må følgende forhold efter min opfattelse tages i betragtning.

33. I henhold til § 5, stk. 2, litra b), i den rammeaftale, der er indført ved direktiv 1999/70, fastsætter medlemsstaterne »*under hvilke betingelser* tidsbegrænsede ansættelseskontrakter er at anse som tidsubegrænsede kontrakter«[9]. Ordlyden af denne bestemmelse viser klart, at disse medlemsstater råder over et vidt skøn ikke alene ved afgørelsen af, om der skal ske en konvertering, men ligeledes, hvis der træffes afgørelse om konvertering, ved fastlæggelsen af konverteringens omfang og de nærmere regler for dens gennemførelse.

34. Denne fortolkning støttes af bestemmelsens kontekst. I de generelle betragtninger til rammeaftalen hedder det, at der ved fastlæggelsen af de nationale regler for gennemførelsen af rammeaftalens bestemmelser kan tages hensyn til »*forholdene i den enkelte*

9 — Min fremhævelse.

medlemsstat og de særlige omstændigheder, der gør sig gældende inden for bestemte sektorer og erhverv«. Tilsvarende fremgår det af præambelen til aftalen, at i denne aftale *»fastsættes de generelle principper og minimumskrav, der skal gælde for tidsbegrænset ansættelse, idet parterne erkender, at det ved den nærmere gennemførelse heraf er påkrævet at tage hensyn til de særlige nationale, sektorbestemte eller årstidsbetingede realiteter«*. Endvidere har rammeaftalen udtrykkeligt hjemmel i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken — der er knyttet som bilag til protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken, der igen er knyttet som bilag til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, hvorefter *»Fællesskabet og medlemsstaterne iværksætter foranstaltninger, der tager hensyn til forskellene i national praksis, særlig på overenskomstområdet«* [10]. En lignende betragtning findes i selve den bestemmelse, der skal fortolkes. Ifølge § 5, stk. 1, fastsætter medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter — for at forhindre misbrug — bestemmelser, *»hvorved der tages hensyn til behovene inden for bestemte sektorer og/eller blandt bestemte kategorier af arbejdstagere«*. Dette må gælde så meget mere i henhold til § 5, stk. 2, som der herved tillægges disse et vidt skøn med henblik på vedtagelsen af de omhandlede bestemmelser.

35. På denne baggrund finder jeg det klart, at en medlemsstat kan tage hensyn til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende inden for visse sektorer, med henblik på at fastsætte betingelser, der udelukker muligheden for at få tidsbegrænsede ansættelseskontrakter konverteret til tidsubegrænsede kontrakter. De pågældende sektorer skal blot med hensyn til ansættelsesforhold være reguleret af egne behov eller af særregler. Det er ubestridt, at dette er tilfældet for den offentlige sektor i Italien.

36. Den frihed, der således tillægges medlemsstaterne, kan imidlertid ikke anses for absolut. Friheden skal udøves inden for de grænser, som fællesskabsretten fastsætter for medlemsstaterne, når disse gennemfører et direktiv. I den foreliggende sag er der tale om to sådanne begrænsninger. For det første er den pågældende medlemsstat forpligtet til at overholde de generelle fællesskabsretlige principper. For det andet skal medlemsstaten anvende direktivets bestemmelser uden at skade direktivets integritet.

b) Overholdelse af de generelle fællesskabsretlige principper

37. I henhold til Domstolens faste praksis er de krav, der følger af de generelle fællesskabsretlige principper, bindende for medlemsstaterne, når disse gennemfører fælles-

10 — Som nævnt i første betragtning til direktiv 1999/70, er bestemmelserne i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken blevet indsat i artikel 136 EF — 139 EF, som ændret ved Amsterdam-traktaten. Den citerede bestemmelse er ordret gengivet i artikel 136, stk. 2, EF.

skabsbestemmelser[11]. F.eks. kræver ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet[12]. Den medlemsstat, der er involveret i de foreliggende sager, skal således så vidt muligt gennemføre direktivet på en måde, der ikke tilsidesætter dette princip.

38. Det må imidlertid erkendes, at henset til formålet med direktiv 1999/70 synes arbejdstagere, der har indgået en tidsbegrænset kontrakt med en offentlig myndighed, umiddelbart at befinde sig i en lignende situation som arbejdstagere, der på samme måde er knyttet til en privat arbejdsgiver. Om direktivet finder anvendelse, afhænger nemlig ikke af, hvem der er arbejdsgiver, men af karakteren af det ansættelsesforhold, der består mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren. Da dette ansættelsesforhold i henhold til rammeaftalens §§ 2 og 3 bygger på en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold, hvor »tidspunktet for ansættelseskontraktens eller ansættelsesforholdets udløb er fastlagt ud fra objektive kriterier, såsom en bestemt dato, fuldførelsen af en bestemt opgave eller indtrædelsen af en bestemt begivenhed«, må arbejdstageren principielt være beskyttet af den nationale lovgivning, der er vedtaget i henhold til direktivet. En forskelsbehandling, der alene bygger på, om arbejdsgiveren er offentlig eller privat, kan således ikke tillades uden anden begrundelse. Det må derfor undersøges, om den i den foreliggende sag konstaterede forskel er objektivt begrundet.

39. Den italienske regering og den dommer, der behandler Vassallo-sagen, begrunder denne forskelsbehandling med nødvendigheden af at opfylde forfatningsmæssige krav, som sikrer en upartisk og effektiv forvaltning. De har til støtte herfor henvist til en dom afsagt af Corte costituzionale den 27. marts 2003.

40. Spørgsmålet er nu, om denne begrundelse kan antages. Der er ingen tvivl om, at det tilkommer de nationale myndigheder og især forfatningsdomstolene at afgøre, hvilke særlige nationale forhold der kan begrunde en sådan forskelsbehandling. Det er nemlig disse myndigheder og domstole, der bedst kan fastlægge medlemsstaternes forfatningsmæssige identitet, som Den Europæiske Union skal respektere[13]. Domstolen er dog stadig forpligtet til at kontrollere, at denne vurdering er i overensstemmelse med de

11 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 19.

12 — Jf. senest dom af 14.12.2004, sag C-434/02, Arnold André, Sml. I, s. 11825,, præmis 68.

13 — Artikel 6, stk. 3, EU bestemmer: »Unionen respekterer medlemsstaternes nationale identitet.«

grundlæggende rettigheder og mål, som Domstolen skal sikre overholdelsen af inden for Fællesskabet.

41. Corte costituzionale tog i afgørelse nr. 89 af 27. marts 2003 stilling til foreneligheden af artikel 36, stk. 2, i lovbekendtgørelse nr. 165 med den italienske forfatning, særlig artikel 3 og 97 [14]. Denne afgørelse vedrører en tvist, der er analog med tvisterne i de to hovedsager [15]. Ved denne lejlighed fastslog Corte costituzionale, at »det grundlæggende princip for ansættelsesforhold i den offentlige sektor, der ikke gælder for ansættelsesforhold inden for den private sektor, er, at de pågældende skal have bestået en udvælgelsesprøve, således som det er foreskrevet i forfatningens artikel 97, stk. 3«. Ifølge forfatningen er udvælgelsesprøven nemlig »principielt det udvælgelsesmiddel, der er bedst egnet til at sikre forvaltningens upartiskhed og effektivitet«. »Da dette princip har til formål at imødekomme kravene om god forvaltningsskik og upartisk sagsbehandling, jf. forfatningens artikel 97, stk. 1, er det åbenlyst, at de situationer [situationen for ansatte i den offentlige og den private sektor], der søges sammenlignet, ikke er sammenlignelige, og lovgivers ønske om udelukkende at sanktionere tilsidesættelse af ufravigelige bestemmelser vedrørende de offentlige myndigheders rekruttering og ansættelse af arbejdstagere med en erstatningsforpligtelse i stedet for at foreskrive, at disse ansættelsesforhold skal videreføres som tidsubegrænsede ansættelsesforhold, er fuldt ud berettiget«.

42. Det er klart, at denne afgørelse har til formål at beskytte den særlige ordning, der gælder for adgang til beskæftigelse i den offentlige sektor i Italien. Der er nemlig risiko for, at en systematisk konvertering af visse tidsbegrænsede kontrakter i den offentlige sektor til tidsubegrænsede kontrakter vil svække den i forfatningen fastsatte regel om, at ansættelser inden for den offentlige sektor principielt finder sted på grundlag af udvælgelsesprøver.

43. Efter min opfattelse er en sådan ordning ikke i strid med fællesskabsretten. For det

14 — Artikel 3:
»Alle borgere har samme sociale værdighed og er lige for loven uden hensyntagen til køn, race, sprog, religion, politisk tilhørsforhold og personlige og sociale forhold. Det påhviler republikken at fjerne de hindringer af økonomisk og social karakter, der — idet de reelt begrænser borgernes lighed og frihed — hindrer menneskets fulde udvikling og alle arbejdstageres deltagelse i landets politiske, økonomiske og sociale opbygning.« bestemmer:
Artikel 97
»Den offentlige forvaltnings virke fastlægges ved lov, således at god forvaltningsskik og upartisk sagsbehandling sikres. I lovgivningen om forvaltningens virksomhed fastsættes myndighedernes kompetenceområder, deres beføjelser og de offentlige ansattes ansvar. Offentlige stillinger besættes på baggrund af udvælgelsesprøver, bortset fra de tilfælde, der er fastsat i lovgivningen.«

15 — Der var tale om en tvist mellem en offentlig myndighed og arbejdstagere, som krævede, at deres ansættelsesforhold blev sidestillet med ansættelsesforhold inden for den private sektor, således at deres kontrakter i henhold til lov nr. 230 af 18.4.1962 om tidsbegrænsede ansættelseskontrakter kunne blive konverteret til tidsubegrænsede kontrakter. Selv om der i afgørelsen henvises til en lov, der blev ophævet ved lovbekendtgørelse nr. 368, er afgørelsen fortsat en gyldig referenceramme. På det punkt, der har betydning for de foreliggende sager, afveg den ophævede lov nemlig ikke fra den lovbekendtgørelse, der nu gælder. Loven bekræftede i stort set samme vendinger som lovbekendtgørelsen princippet med tidsubegrænsede arbejdskontrakter og bestemte, at de tidsbegrænsede kontrakter, der blev fornyet i strid med reglerne, skulle konverteres. Foreneligheden af bestemmelserne i denne lov med forpligtelserne i henhold til direktiv 1999/70 er i øvrigt blevet anerkendt af Corte costituzionale i afgørelse nr. 40 af 7.2.2000, hvori Corte costituzionale med denne begrundelse afviste en folkeafstemning om ophævelse af denne lov.

første er det ikke fællesskabsretten, der skal regulere medlemsstaternes valg af de udvælgelses- og ansættelsesprocedurer, der skal anvendes ved besættelse af offentlige stillinger [16]. For det andet er der ingen tvivl om, at en mere udbredt anvendelse af konverteringsproceduren vil være i konflikt med princippet om varige stillinger i den offentlige sektor for tjenestemænd, der ansættes på grundlag af udvælgelsesprøver. Under disse omstændigheder kan nødvendigheden af at bevare udvælgelsesprøverne som et særligt middel til at opnå ansættelse i den offentlige sektor anses for en legitim begrundelse for et forbud mod konvertering af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter til tidsubegrænsede kontrakter i den offentlige sektor.

44. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt at antage, at differentieringen af ordningerne tjener et legitimt formål. Det skal også kontrolleres, om den ordning, der gælder for den offentlige sektor, overholder proportionalitetsprincippet. En bestemmelse, hvorved der indføres en begrundet sondring, kan nemlig kun være i overensstemmelse med det fællesskabsretlige ligebehandlingsprincip, såfremt de anvendte midler ikke går videre, end det er rimeligt og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål [17].

45. Det påhviler principielt de nationale retter at kontrollere, at dette er tilfældet i de sager, der indbringes for dem. Domstolen, der får forelagt spørgsmål til præjudiciel afgørelse, skal imidlertid forsyne den forelæggende ret med de fortolkninger, der er nødvendige, for at denne kan kontrollere overensstemmelsen mellem de nationale bestemmelser og fællesskabsretten. En gennemgang af de oplysninger, der fremgår af forelæggelseskendelserne, nødvendiggør imidlertid følgende præcisering. Den konstaterede differentiering kan kun tillades i de tilfælde, der er begrundede, dvs. i de tilfælde, hvor princippet med udvælgelsesprøver gælder. Da loven i henhold til den nationale forfatnings artikel 97, stk. 3, tillader afvigelser fra dette princip, er det klart, at differentieringen af ordningerne ikke kan opretholdes, hvis der er tale om sådanne afvigelser.

c) Efterlevelse af direktiv 1999/70

46. Efter denne præcisering vil jeg undersøge, om den pågældende medlemsstat ved iværksættelsen af bestemmelsen om konvertering af tidsbegrænsede kontrakter, der anses for urimelige, ikke modarbejder formålet med direktiv 1999/70. Rammeaftalens § 5, stk. 3, litra b), må nemlig betragtes som en udfyldende bestemmelse, som kan anvendes som supplement til de bestemmelser, der skal forhindre misbrug af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrak-

16 — Efter min opfattelse fremgår dette implicit, men klart af Domstolens dom af 9.9.2003, sag C-285/01, Burbaud, Sml. I, s. 8219, hvori Domstolen bemærkede, at det i henhold til fællesskabsretten ikke tilkom den at kontrollere valget og arten af ansættelsesprocedurer, men alene at kontrollere, at reglerne for procedurernes gennemførelse ikke skader de grundlæggende friheder, der beskyttes af EF-traktaten (præmis 91-101).

17 — Jf. i denne retning dom af 19.3.2002, sag C-476/99, Lommers, Sml. I, s. 2891, præmis 39.

ter eller ansættelsesforhold. Det kan således ikke antages, at rammeaftaler kan anfægtes ved foranstaltninger truffet i henhold til en sådan bestemmelse.

47. Selv om et forbud mod konvertering af disse kontrakter kan begrundes inden for den offentlige sektor, må det således i hvert fald sikres, at der udtrykkeligt fastsættes bestemmelser til forhindring af misbrug, jf. rammeaftalens §§ 1 og 5, og at en overtrædelse af bestemmelserne faktisk kan straffes. At unddrage offentligt ansatte enhver beskyttelse mod misbrug af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter kan ikke begrundes under henvisning til rammeaftalens § 5, stk. 2, og vil være i strid med principperne i denne rammeaftale.

48. En anerkendelse af, at der kan være tale om særlige nationale behov, betyder ikke, at de mindstekrav, der er fastsat i fællesskabsretten, ikke skal opfyldes. Dette er min fortolkning af henvisningen i direktiv 1999/70 til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i visse medlemsstater og inden for bestemte sektorer.

49. Den forelæggende ret nævner i denne forbindelse nationale bestemmelser, hvorefter de offentlige myndigheder pådrager sig et ansvar og kan pålægges sanktioner i tilfælde af tilsidesættelse af de ufravigelige rekrutterings- og ansættelsesregler. Det skal imidlertid sikres, at der virkelig er tale om regler, der skal forhindre misbrug af tidsbegrænsede kontrakter, og at sanktionerne er effektive.

50. Det fremgår af det anførte, at direktiv 1999/70 ikke er til hinder for en bestemmelse, som indeholder et forbud mod, at de offentlige myndigheders misbrug af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter giver anledning til, at der etableres et tidsubegrænset ansættelsesforhold, selv om denne mulighed består i den private sektor. Det forudsættes dog, at forbuddet er begrundet med særlige krav, der gør sig gældende i den offentlige sektor, såsom sikring af det forfatningsmæssige princip, hvorefter stillinger i den offentlige sektor besættes på grundlag af udvælgelsesprøver, og forudsat at der for den offentlige sektor er fastsat effektive foranstaltninger, der skal forhindre og straffe misbrug af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter.

3. Det andet og tredje spørgsmål i Vassallo-sagen

51. Da det andet og tredje spørgsmål i Vassallo-sagen kun skal besvares af Domstolen, såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, finder jeg det ufornødent at besvare dem.

III — Forslag til afgørelse

52. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at give samme svar på de spørgsmål, der er forelagt af Tribunale di Genova:

»Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP, er ikke til hinder for en bestemmelse i national lovgivning, som indeholder et forbud mod, at de offentlige myndigheders misbrug af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter giver anledning til, at der etableres et tidsubegrænset ansættelsesforhold, selv om denne mulighed består i den private sektor. Det forudsættes dog, at forbuddet er begrundet med særlige krav, der gør sig gældende i den offentlige sektor, såsom sikring af det forfatningsmæssige princip, hvorefter stillinger i den offentlige sektor besættes på grundlag af udvælgelsesprøver, og forudsat at der for den offentlige sektor er fastsat effektive foranstaltninger, der skal forhindre og straffe misbrug af tidsbegrænsede ansættelseskontrakter.«