FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 29. maj 1997 *

I — Indledende bemærkninger

1. I denne sag har Østre Landsret i henhold til traktatens artikel 177 forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål, som vedrører fortolkningen af bestemmelserne i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens [1] (herefter »direktivet«).

II — Relevante retsregler

2. Direktivet har til formål på fællesskabsplan at sikre arbejdstagerne et mindstemål af beskyttelse i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens uden at være til hinder for mere gunstige bestemmelser i medlemsstaterne. Med henblik herpå forpligter direktivet medlemsstaterne til at oprette et organ, der sikrer arbejdstagerne betaling af deres tilgodehavender, når deres arbejdsgiver er blevet insolvent.

3. Direktivets artikel 1 bestemmer bl. a. følgende:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på krav, som arbejdstagere i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold har erhvervet i forhold til arbejdsgivere, der er insolvente i henhold til artikel 2, stk. 1.

2. Medlemsstaterne kan undtagelsesvis fra dette direktivs anvendelsesområde udelukke krav fra visse kategorier af arbejdstagere, fordi arbejdstagernes arbejdsaftale eller ansættelsesforhold er af en særlig karakter, eller fordi der findes andre former for garanti, som sikrer arbejdstagerne en beskyttelse svarende til den, der fremgår af dette direktiv.

Fortegnelsen over de i første afsnit omhandlede kategorier af arbejdstagere er indeholdt i bilaget.

3. ...«

* Originalsprog: græsk.

1 — EFT L 283, s. 23.

4. Artikel 2 bestemmer følgende:

»1. I henhold til dette direktiv anses en arbejdsgiver for at være insolvent:

a) når der er indgivet begæring om indledning af en procedure med hjemmel i de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser i den pågældende medlemsstat, som vedrører arbejdsgiverens bo og sigter mod en samlet fyldestgørelse af hans kreditorer, og som åbner mulighed for at tage de i artikel 1, stk. 1, omhandlede krav i betragtning

b) når den myndighed, som har kompetence i henhold til nævnte administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser

— enten har truffet afgørelse om indledning af proceduren

— eller har konstateret, at arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift er lukket endeligt, og at de foreliggende aktiver ikke er tilstrækkelige til at berettige indledning af proceduren.

2. Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes nationale retsregler for så vidt angår definitionen af udtrykkene 'arbejdstager', 'arbejdsgiver', 'løn', 'erhvervet ret' og 'delvis erhvervet ret'.«

5. Artikel 3 bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger, for at garantiinstitutioner, med forbehold af artikel 4, sikrer arbejdstagerne betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, og som vedrører løn for perioden inden en bestemt dato.

2. Den i stk. 1 omhandlede dato kan efter medlemsstaternes valg være:

— enten datoen, på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt

— eller datoen for meddelelsen om den pågældende arbejdstagers opsigelse på grund af arbejdsgiverens insolvens

— eller datoen, enten på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt, eller for

ophør af den pågældende arbejdstagers arbejdsaftale eller ansættelsesforhold på grund af arbejdsgiverens insolvens.«

6. I henhold til artikel 4 kan medlemsstaterne begrænse den i artikel 3 omhandlede betalingspligt for garantiinstitutionerne (stk. 1) i henhold til bestemmelserne i artiklens stk. 2, mens stk. 3 bestemmer, at medlemsstaterne for at undgå udbetalingen af beløb, der overstiger dette direktivs sociale sigte, kan fastsætte et loft over garantien for betaling af arbejdstagernes tilgodehavender.

7. Direktivets artikel 5 bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne fastsætter de nærmere bestemmelser vedrørende garantiinstitutionernes opbygning, finansiering og virksomhed, navnlig under iagttagelse af følgende principper:

a) Institutionernes aktiver skal være uafhængige af arbejdsgivernes driftskapital og foreligge på en sådan måde, at der ikke kan gøres udlæg under en procedure i tilfælde af insolvens.

b) Arbejdsgiverne skal bidrage til finansieringen, medmindre det sikres fuldstændigt af offentlige myndigheder.

c) Institutionernes betalingspligt består, uanset om forpligtelserne til at bidrage til finansieringen er opfyldt.«

8. Endelig bestemmer artikel 9 følgende:

»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.«

III — Faktiske omstændigheder

I henhold til forelæggelseskendelsen kan den tvist, som foranledigede forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål, resumeres således:

I maj 1993 ansatte det engelske selskab Colorgen Ltd med registreret hjemsted i Warrington, Chesire (England), med virkning pr. 1. juni 1993 Carina Mosbæk, der

er dansk statsborger, som »commercial manager« med henblik på varetagelse af salget i Danmark, Norge, Sverige, Finland og senere Tyskland.

9. Under hele Carina Mosbæk's ansættelsesperiode var selskabet Colorgen hverken etableret i Danmark og havde heller ikke nogen bedrift eller repræsentant i dette land bortset fra Carina Mosbæk. I henhold til ansættelsesaftalen skulle Carina Mosbæk aflønnes dels med en fast løn, dels med provision af det af hende foretagne salg. Hendes løn blev i hele ansættelsesperioden udbetalt direkte fra Colorgen Ltd i England uden indeholdelse af dansk skat eller andre sociale ydelser, som efter dansk lovgivning skal indeholdes af arbejdsgivere i Danmark, herunder udenlandske arbejdsgivere, der har oprettet filial eller andet fast driftssted i Danmark.

De første tre måneder af Carina Mosbæk's ansættelse arbejdede hun fra sin private bopæl, men fra september 1993 lejede Colorgen Ltd et kontorlokale hos et andet dansk selskab, hvorfra Carina Mosbæk derefter udførte sit arbejde.

10. Omkring den 1. juli 1994 blev Colorgen erklæret konkurs med den følge, at alle selskabets ansatte, herunder Carina Mosbæk, blev opsagt. Hendes tilgodehavender over for selskabet i form af løn, provision og godtgørelse af udlæg i forbindelse med hendes arbejde udgjorde 471 996 kr.

11. Carina Mosbæk anmeldte i samme måned det ovenfor nævnte krav dels til Lønmodtagernes Garantifond, som er den garantiinstitution, der i Danmark sikrer arbejdstagere de af direktivet omfattede tilgodehavender, dels over for kurator i selskabet Colorgen's konkursbo i England.

Ved skrivelse af 22. august 1994 anmeldte Carina Mosbæk desuden kravet til National Insurance Fund, som er den engelske garantiinstitution, som omhandlet i direktivet, og som i henhold til forelæggelseskendelsen endnu ikke ved afsigelsen heraf havde taget stilling til kravet [2].

12. Lønmodtagernes Garantifond afviste at dække det af Carina Mosbæk anmeldte krav under henvisning til, at den kompetente garantiinstitution i dette tilfælde var den engelske. På dette grundlag anlagde Carina Mosbæk den 19. december 1994 sag ved retten i Hillerød, som på grund af sagens principielle karakter henviste sagen til Østre Landsret.

2 — Den engelske regering har i sit skriftlige indlæg angivet, at en foretagen undersøgelse ikke havde vist, at kravet var kommet frem til den engelske institution. Under retsmødet har repræsentanten for den engelske regering imidlertid udtalt, at Carina Mosbæk's krav var kommet frem til den engelske institution få dage før.

13. For sidstnævnte ret har Carina Mosbæk under henvisning til direktivets formål gjort gældende, at den institution, som skal dække hendes krav, er garantifonden, dels under hensyn til, at hun havde sin faste bopæl og altovervejende udførte sit arbejde i Danmark, hvor arbejdsgiveren desuden havde lejet hende et kontor med henblik på udførelsen af hendes arbejde, dels under hensyn til de vanskeligheder, som ville være forbundet med at gennemføre hendes krav over for den engelske garantiinstitution eller de engelske retsinstanser.

14. Garantifonden har heroverfor anført, at den garantiinstitution, som skal sikre betaling af garantien, er garantiinstitutionen i arbejdsgiverens etableringsland, og at det er dette lands retsregler, der er afgørende for, om arbejdsgiveren er insolvent, dvs. i denne sag den engelske garantiinstitution. Desuden har garantifonden anført, at i henhold til direktivets artikel 5 er det kun den medlemsstat, hvor arbejdsgiveren er etableret, der har mulighed for at pålægge arbejdsgiveren pligt til at betale bidrag til garantiinstitutionernes finansiering, således at disse kan yde arbejdstagerne erstatning i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens. Endelig har garantifonden anført, at den heller ikke, ikke engang pr. kulance, kan yde sagsøgeren erstatning og dernæst opnå dækning hos den engelske garantiinstitution, eftersom en sådan ordning ikke indeholdes i direktivet.

15. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, regulerer dansk ret hverken direkte eller indirekte spørgsmålet om garantifondens kompetence med henblik på at dække sådanne krav, som sagsøgeren har rejst i hovedsagen. Derfor anmoder Østre Landsret Domstolen om elementer til fortolkning af direktivet, som skal sætte den i stand til at løse den for denne ret verserende sag. Østre Landsret har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»I den situation, hvor arbejdsgiveren ikke er etableret i den medlemsstat, hvori arbejdstageren har bopæl, og udelukkende er repræsenteret i arbejdstagerens bopælsstat gennem den nævnte arbejdstagers arbejde, der bl. a. udføres fra et af arbejdsgiveren til brug for arbejdstageren lejet kontorlokale, er det da garantiinstitutionen i det land, hvor arbejdsgiveren er etableret, eller garantiinstitutionen i det land, hvor arbejdstageren har bopæl, der ved arbejdsgiverens insolvens ifølge direktiv 80/987/EØF, artikel 3, skal sikre arbejdstageren betaling af tilgodehavender, der hidrører fra det omhandlede ansættelsesforhold?«

IV — Realiteten

16. Direktivet regulerer ikke spørgsmålet om, hvilken garantiinstitution der er forpligtet til at dække tilgodehavender, som arbejdstagere, der er bosat og arbejder i én medlemsstat, har over for en insolvent arbejdsgiver, der er bosat i en anden medlemsstat.

17. Når henses hertil, har hovedsagens parter, den tyske, den franske og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen såvel i deres skriftlige indlæg som under den mundtlige forhandling anført, at der ud fra direktivets samlede bestemmelser samt dets formål kan udledes en fællesskabsretlig besvarelse af det forelagte spørgsmål.

18. Der består imidlertid forskellig opfattelse med hensyn til, hvilken garantiinstitution det i sidste instans påhviler at yde arbejdstageren dækning. Den franske og den britiske regering samt Kommissionen gør gældende, at under hensyn til sagens forhold er det den garantiinstitution, som er beliggende i den medlemsstat, hvor arbejdsgiveren er etableret, dvs. i sagen den britiske garantiinstitution, som skal yde den pågældende garanti. Sagsøgeren i hovedsagen og den tyske regering anfører derimod, at det er den institution, som er beliggende i den medlemsstat, hvor lønmodtageren er bosat og/eller arbejder, i denne sag, altså den danske garantiinstitution, som skal yde garantien.

19. De vigtigste argumenter, der er fremført til støtte for den første opfattelse, er efter min mening følgende:

a) Direktivet tilsigter at begrænse forskellene i de nationale lovgivninger for så vidt angår beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens. Hvis løsningen på det omstridte problem udelukkende påhvilede medlemsstaterne, ville arbejdstagerne være uden beskyttelse i tilfælde af en negativ lovkonflikt [3], mens der ville foreligge andre vanskeligheder i tilfælde af en positiv lovkonflikt [4]. De eksisterende forskelle ville altså mangfoldiggøres. Derfor må der gives en ensartet fællesskabsløsning på problemet.

b) Med hensyn til konstateringen af arbejdsgiverens insolvens henviser direktivets artikel 2 til de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser i »den pågældende« medlemsstat, hvilket logisk må være den medlemsstat, hvor arbejdsgiveren er etableret. Da garantiinstitutionen påtager sig den insolvente arbejdsgivers forpligtelser, følger heraf, at det er garantiinstitutionen i den stat, hvor arbejdsgiveren er etableret, som skal dække forpligtelserne. I øvrigt er denne institution også bedre i stand til at vurdere forekomsten og omfanget af arbejdsgiverens tab.

c) I henhold til direktivets artikel 5, litra c), kan medlemsstaterne kun pålægge de under dens lovgivning hørende retssubjekter — dvs. de arbejdsgivere, der er etableret på dens område — bidrag til den nationale garantiinstitution. Følgelig er kun denne institution udpeget og i stand til at opfylde arbejdsgiverens forpligtelser i tilfælde af insolvens. Såfremt det er institutionen i den stat, hvor arbejdstageren har bopæl eller arbejder, som skal yde den pågældende erstatning, ville denne institution kunne blive stillet over for krav, som

3 — Dvs. det tilfælde, hvor der ikke foreligger nogen institution, som er forpligtet til at betale garantien.

4 — Dvs. det tilfælde, hvor flere institutioner er forpligtet til i henhold til deres nationale bestemmelser at betale garantien.

den ikke havde forudset, og til hvis dækning den ikke retligt kan opkræve bidrag hos arbejdsgiveren. Garantiinstitutionernes finansielle ligevægt ville herved blive forstyrret betydeligt, hvilket ikke kan have været fællesskabslovgivers hensigt. Desuden indeholder direktivet ingen muligheder for en overførsel mellem de nationale garantiinstitutioner.

d) Med hensyn til vandrende arbejdstagere er det uklart, hvilken institution der skal yde dem erstatning, hvorved der opstår en retsusikkerhed og eventuelt misbrug fra arbejdstagernes side, når henses til den tidligere nævnte umulighed for overførsel mellem de nationale institutioner.

20. Vedrørende den anden opfattelse:

a) Den tyske regering anfører, at direktivets garantiinstitutioner udgør »sociale sikringsinstitutioner« i bred forstand som dem, forordning nr. 1408/71 omfatter [5]. Henset hertil mener regeringen, at ved en analog fortolkning af forordningens artikel 13, stk. 2, litra a), eller artikel 14, stk. 2, litra b), er det den danske institution, som i denne sag skal betale garantien.

b) Sagsøgeren i hovedsagen, som ikke har indgivet skriftligt indlæg, har under den mundtlige forhandling gentaget de argumenter, hun havde fremført for den forelæggende ret, og understreget, at i henhold til ansættelseskontraktens ordlyd skal denne fortolkes også under hensyn til dansk arbejdsret. Sagsøgeren har fremført, at den danske institution er kompetent som værende institutionen på arbejdsforholdets opfyldelsessted eller det kompetente værneting, og har henvist til henholdsvis artikel 4, stk. 1, og artikel 3, stk. 3, i Rom-konventionen af 19. juni 1980 (80/934/EØF, EFT L 266, s. 1), og artikel 5, stk. 1, i Bruxelles-konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager. Sagsøgeren påberåbte sig herved også bestemmelserne i forordning nr. 1408/71.

21. Jeg er ikke i den grad blevet overbevist om rigtigheden af hverken den ene eller den anden af de ovenfor gengivne opfattelser, så jeg uden videre kan være enig heri. De argumenter, der er fremført af parterne, er ganske vist interessante, men forudsætter dog en vis fortolkning med hensyn til formålet og hensigten med direktivets bestemmelser, som efter min mening går ud over ordlyden af og ånden bag den gældende ret, og som bevæger sig ind på den kommende ret.

5 — EFT 1971 I, s. 366.

22. De vigtigste betragtninger, som de to parter har baseret deres argumentation på, er efter min mening følgende:

For det første lægges det til grund, at begreberne »arbejdsgiver« og »arbejdstager« kan udledes af direktivet, og at de gælder for samtlige medlemsstater.

For det andet antages det, at direktivets personelle anvendelsesområde omfatter alle arbejdstagere, som angivet ovenfor, hos alle insolvente arbejdsgivere, som omhandlet i direktivet, i Fællesskabet, uanset deres forbindelse med en medlemsstat.

For det tredje antages det, at direktivets bestemmelser er tilstrækkeligt klare med hensyn til, hvilken institution der skal udbetale garantien, samt med hensyn til denne forpligtelses rækkevidde, således at arbejdstagerne direkte kan støtte krav herpå, selv om der ikke foreligger nogen tilsvarende nationale bestemmelser, eller der foreligger nationale bestemmelser eventuelt i strid med direktivets bestemmelser.

Endelig gås der for det fjerde ud fra, at fællesskabslovgiver under disse betingelser hovedsageligt har villet gennemføre en samordning af de nationale lovgivninger på området for beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens.

23. Jeg tillader mig at hævde, at ingen af disse opfattelser svarer til direktivets ordlyd og ånd. Den lakune, som direktivet indeholder med hensyn til det spørgsmål, som den forelæggende ret behandler, er tilsigtet, og kan ikke udfyldes ved den af de to parter foreslåede fortolkning. I en sag som hovedsagen påhviler det i sidste ende de kompetente myndigheder og retsinstanser i hver af de pågældende medlemsstater på grundlag af nationale bestemmelser at vurdere, om arbejdstageren er omfattet af direktivets beskyttelse. Den lakune, som eventuelt kan opstå herved i beskyttelsen af arbejdstagerne, eller enhver anden skadelig følge for disse, er en nødvendig konsekvens af de begrænsede mål ved en gradvis harmonisering, som fællesskabslovgiver på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin har foretrukket.

Direktivets formål

24. Jeg skal først behandle spørgsmålet om direktivets formål. Med henblik herpå finder jeg det hensigtsmæssigt at gennemgå forarbejderne til direktivet og sammenligne Kommissionens oprindelige forslag hertil af

13. april 1978 [6] med den tekst, som Rådet endeligt vedtog.

25. Efter at der i dette forslag henvises til traktatens artikel 100, angives det i forslagets sjette betragtning, at »... i betragtning af de stadig mere omfattende økonomiske forbindelser *tværs over landegrænserne* bliver det påkrævet, at arbejdstagere i samtlige medlemsstater kan opnå samme beskyttelse i henhold til arbejdsforholdet i tilfælde af arbejdsgiverens manglende betalingsevne ...«. I den følgende betragtning angives det, at det derfor er nødvendigt at fremme tilnærmelsen af de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser i medlemsstaterne på dette område på et stadigt »stigende niveau« i henhold til artikel 117 i traktaten [7].

Desuden bestemte direktivforslagets artikel 1 med hensyn til dets anvendelsesområde, at direktivet finder anvendelse »på krav i forbindelse med arbejds- eller uddannelsesforhold mod arbejdsgivere, der ikke er betalingsdygtige, og hvis virksomhed eller bedrift befinder sig inden for traktatens geografiske gyldighedsområde« [8].

I henhold til forslagets artikel 2 foreligger der »manglende betalingsevne« [9] efter direktivet, når der efter en af de procedurer, der er fastsat i medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser »... er påbegyndt en behandling af arbejdsgiverens bo ...« med henblik på ligelig dækning af kreditorernes krav m. m. [litra a)] eller »... når påbegyndelsen af en sådan behandling er blevet afvist som følge af manglende bomasse« [litra b)] eller »når arbejdsgiverens virksomhed har indstillet driften som følge af manglende betalingsevne« [10].

Med hensyn til indholdet af garantien angav direktivforslaget i artikel 3 dækning af arbejdsløn, der var opstået, før betalingsstandsningen indtraf [litra a)], samt af visse andre sociale ydelser [litra b)]. I henhold til direktivforslaget kunne medlemsstaterne begrænse dækningen til højst tre måneders løn, uafhængigt af referenceperioden [artikel 4, litra a)], mens de øvrige sociale ydelser kunne begrænses til dem, der var opstået inden for de seneste 12 måneder inden arbejdsgiverens betalingsstandsning [11].

6 — EFT C 135, s. 2.

7 — Jeg skal understrege, at direktivforslaget ikke var genstand for noget ændringsforslag fra Europa-Parlamentets side (jf. sidstnævntes udtalelse i EFT C 39 af 12.2.1979). Desuden fremsatte Det Økonomiske og Sociale Udvalg ingen indvending mod direktivets betragtninger.

8 — Parlamentet afgav også en positiv udtalelse vedrørende forslaget på dette punkt og erstattede alene verbet »befinder sig« med verbet »beliggende«.

9 — Udtrykket »manglende betalingsevne« er i direktivet blevet erstattet med »insolvens«.

10 — Jeg skal understrege den vage formulering med hensyn til spørgsmålet om, hvilket princip eller på grundlag af hvilke regler det fastslås, at den pågældende procedure er indledt, eller det skulle vurderes, om det var formålsløst at påbegynde den m. m.

11 — Europa-Parlamentet »beklager især«, at Kommissionen har lagt sig fast på minimumsnormer for beskyttelsen (punkt 4 i dets beslutning), og »anser det for ganske uacceptabelt«, at forslaget til direktiv begrænser arbejdstagerens krav til tilgodehavender, der er opstået før arbejdsgiverens insolvens (punkt 5) og »anser det for ganske urimeligt«, at Kommissionen begrænser lønkravene til maksimalt tre måneders løn (punkt 6), hvorfor det foreslog betaling af et beløb, der svarer til seks måneders løn eller vederlag [jf. forslagets artikel 4, litra a), som ændret af Parlamentet].

Jeg skal navnlig understrege, at direktivforslaget bestemte [artikel 5, litra b)], at »lønmodtagerne må ikke alene deltage i tilvejebringelsen af midlerne« til finansieringen af garantiinstitutionerne, dvs. at finansieringen heraf hovedsagelig påhvilede arbejdstagerne [12].

26. Jeg mener, at ordlyden af disse bestemmelser, navnlig ordlyden af betragtningerne og artikel 1, om end relativt uklart og generelt, dog gør det muligt at drage den slutning, at hovedopfattelsen under direktivets forberedelse var, at det skulle omfatte alle arbejdstagere, uanset om de er bosat i samme medlemsstat som arbejdsgiveren, såfremt arbejdsgiveren er etableret inden for Fællesskabets område.

Desuden fremgår det af direktivforslagets bestemmelser som sådan, set i forbindelse med Parlamentets udtalelse, at under forberedelserne var formålet med direktivet med hensyn til omfanget af arbejdstagernes beskyttelse lige så ambitiøst, idet beskyttelsen desuden skulle være den samme i alle medlemsstaterne.

27. Rådet ændrede i sidste instans i betydelig grad den oprindelige tekst.

28. Ændringerne fremgår klart allerede i betragtningerne. Mens nemlig det i første betragtning angives, at »det er nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens ...«, angives det i anden betragtning først, at »der er stadig forskelle mellem medlemsstaterne for så vidt angår omfanget af beskyttelsen af arbejdstagerne på dette område« [13], hvorefter det uden videre angives, at »der bør udfoldes bestræbelser på at mindske disse forskelle«. I stedet for »en tilnærmelse på et stadigt stigende niveau« af de nationale lovbestemmelser, som Kommissionen havde angivet som mål i sit direktivforslag, bestemmer direktivets tredje betragtning alene, at »der derfor [er] grund til at fremme den indbyrdes tilnærmelse af lovgivningerne på dette område ...«. Som Domstolen har fastslået, at »... selv om fællesskabslovgiver nemlig på den ene side generelt har fundet det nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, har lovgiver på den anden side begrænset lovgivningsforanstaltningens konkrete formål således, at den skal mindske de bestående forskelle mellem medlemsstaterne for så vidt angår arbejdstagernes beskyttelse på dette område« [14].

12 — I punkt 7 til dens beslutning angav Parlamentet, at »... det under ingen omstændigheder kan komme på tale at anmode arbejdstagerne om at deltage i finansieringen af en garantifond, som skal dække deres lovligt erhvervede krav mod arbejdsgiveren« og foreslog, at det er arbejdsgiverne, som indbetaler de nødvendige bidrag til dækning af fondens udgifter, herunder administrationsudgifter [jf. Parlamentets foreslåede ændring af artikel 5, litra b)]. Rådet tilsluttede sig denne opfattelse, for så vidt som direktivet bestemmer, at arbejdsgiverne og medlemsstaterne skal finansiere garantiinstitutionerne [artikel 5, litra b), i direktivet].

13 — Kommissionen havde allerede fastslået dette under henvisning til, at de herfor nødvendige institutioner i nogle medlemsstater slet ikke findes (jf. direktivforslagets femte betragtning).

14 — Dom af 9.11.1995, sag C-479/93, Francovich mod Italien, Sml. I, s. 3843, præmis 20 (herefter »Francovich II«).

29. Som Domstolen udtalte i samme dom, beroede den begrænsning, som fællesskabslovgiver måtte foretage, klart på såvel vanskelighederne ved at forsøge i medfør af traktatens artikel 100 at foretage en harmonisering af forskellige nationale bestemmelser, som på de særlige vanskeligheder, som udfærdigelsen af fælles regler frembød på dette område. Dette beror navnlig på det forhold, at der ikke i medlemsstaternes konkursprocedurer foreligger et ensartet insolvensbegreb, hvorfor medlemsstaterne netop på grund af disse forskelle [15], ikke tidligere har foretaget nogen harmonisering heraf [16].

30. Fællesskabslovgiver har derfor med direktivet tilsigtet »en delvis harmonisering« [17], eller anderledes udtrykt en »gradvis harmonisering« [18] af de nationale bestemmelser om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens. Med andre ord udgør direktivet det første skridt mod en harmonisering af national lovgivning på dette område.

31. Fællesskabslovgivers valg af en delvis eller en gradvis harmonisering bekræftes også af direktivets indhold på to væsentlige punkter, nemlig fastsættelsen af dets anvendelsesområde og omfanget af arbejdstagernes beskyttelse, altså indholdet af garantien.

Garantiens indhold

32. Jeg skal først behandle det andet punkt og anføre, at Rådet brød ligevægten i det direktivforslag, som Kommissionen havde fremsat. Rådet foretrak således i stedet for en øget garanti via en fond, som skulle finansieres af de pågældende arbejdstagere (eller hovedsageligt af disse), en begrænset garanti, som ydes af en institution, hvis finansiering påhviler arbejdsgiverne og medlemsstaterne i fællesskab.

33. Under hensyn til helt klart den økonomiske byrde, som etableringen og funktionen af sådanne institutioner indebærer for arbejdsgiverne og medlemsstaterne, kan sidstnævnte efter en vurdering af nationale økonomiske og sociale vilkår i væsentlig grad begrænse omfanget af garantien. Medlemsstaterne kan således a) vælge en dato, efter hvilken de ikke sikrer dækning af arbejdstagernes løntilgodehavender (direktivets artikel 3), b) ud fra denne dato fastsætte en referenceperiode og bestemme, at dækningen kun vil finde anvendelse på en del af tilgodehavenderne i denne periode (artikel 4, stk. 2) og c) fastsætte et loft, når denne dækning, som allerede er begrænset som ovenfor

15 — Domstolen har i sin dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, udtalt, at »... konkursrettens særlige karakter, som genfindes i alle medlemsstaternes retsordener, bekræftes ligeledes i fællesskabsretten ... [bl. a.] ... i udstedelsen af direktiv 80/987 ...« (præmis 16), og senere understreget, at »reglerne om konkursbehandling og om tilsvarende procedurer er meget forskellige i de forskellige medlemsstater« (præmis 17).

16 — Jf. præmis 28 i nævnte Francovich II-dom (fodnote 14).

17 — Jf. ligeledes samme doms præmis 20, punkt 41 i det følgende.

18 — Jf. præmis 27 i samme dom.

anført, kan medføre betaling af beløb, der overstiger direktivets sociale sigte (artikel 4, stk. 3), alt naturligvis med forbehold af medlemsstaternes mulighed for at træffe gunstigere foranstaltninger (direktivets artikel 9).

34. Direktivet tilsigter altså at sikre arbejdstagerne en »fællesskabsmindstebeskyttelse«, som Domstolen ved flere lejligheder har understreget [19].

Direktivets anvendelsesområde

35. Den delvise eller gradvise harmonisering, som tilsigtes med direktivet, fremgår endnu klarere, hvis man henholder sig til bestemmelsen af dets anvendelsesområde. Direktivets personelle anvendelsesområde omfatter, som det vil ses efter de betragtninger, jeg skal gøre, dets geografiske anvendelsesområde, der, som i denne sag er det mest relevante, er angivet særdeles uklart i direktivet ved en direkte eller indirekte henvisning til hver medlemsstats nationale lovgivning.

36. Direktivets personelle anvendelsesområde, dvs. modtagerne af garantien, bestemmes i artikel 1 og 2. Som Domstolen bl. a. har udtalt i dommen i sagen Francovich I (fodnote 19): »Hvad angår ... spørgsmålet om, hvem der er berettiget til garantien, bemærkes, at direktivet ifølge artikel 1, stk. 1, finder anvendelse på krav, som arbejdstagere i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold har erhvervet i forhold til arbejdsgivere, der er insolvente i henhold til artikel 2, stk. 2. Denne sidste bestemmelse præciserer nærmere, hvornår en arbejdsgiver skal anses for insolvent. *Artikel 2, stk. 2, henviser til national ret, for så vidt angår definitionen af begreberne 'arbejdstager' og 'arbejdsgiver'*. Endelig kan medlemsstaterne ifølge artikel 1, stk. 2, under nærmere angivne betingelser undtagelsesvis udelukke visse kategorier af arbejdstagere, som er opregnet i direktivets bilag, fra direktivets anvendelsesområde« [20].

37. I samme dom har Domstolen fastsat de betingelser, som den nationale ret skal tage hensyn til ved afgørelsen af, om en person henhører under direktivets anvendelsesområde. Domstolen har nærmere angivet, at ved afgørelsen af, om en person er berettiget i henhold til direktivet, skal den nationale ret for det første vurdere, om den pågældende er arbejdstager efter national ret og ikke er udelukket fra direktivets anvendelsesområde i medfør af artikel 1, stk. 2, jf. bilag I, og for det andet, om der foreligger et af de tilfælde af insolvens, som er omhandlet i direktivets artikel 2 [21].

19 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-53/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3917, præmis 19, og af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl. mod Italien, Sml. I, s. 5357, præmis 3 (herefter »Francovich I«), af 3.12.1992, forenede sager C-140/91, C-141/91, C-278/91 og C-279/91, Suffritti m.fl., Sml. I, s. 6337, præmis 3.

20 — Præmis 13 i samme dom (mine fremhævelser).

21 — Jf. nævnte domme Francovich I, præmis 14, Francovich II, præmis 17 (henholdsvis fodnote 19 og 14).

38. Den første af disse betingelser er blevet nærmere uddybet i Domstolens dom af 16. december 1993 i sagen Wagner Miret [22]. I denne sag havde en spansk retsinstans spurgt Domstolen, om et direktionsmedlem, der ikke ansås for arbejdstager og følgelig var udelukket fra den garanti, der var oprettet på grundlag af bestemmelserne om garantiinstitutionen, var omfattet af direktivets anvendelsesområde, når han efter de almindelige nationale lovbestemmelser kunne anses for arbejdstager [23].

Domstolen besvarede herefter den forelæggende rets spørgsmål således:

»... direktionsmedlemmer må ikke udelukkes fra anvendelsesområdet for Rådets direktiv 80/987/EØF ... når de i national ret betragtes som arbejdstagere, og de ikke er nævnt i afsnit I i bilaget til direktivet« (præmis 14).

Domstolen udtalte følgende:

»... i øvrigt bestemmes det i direktivets artikel 2, stk. 2, at definitionen af begrebet arbejdstager henhører under national ret« (præmis 11). Domstolen udtalte herefter:

»Heraf følger, at direktivet om arbejdsgiveres insolvens skal omfatte alle kategorier af arbejdstagere, der er defineret som sådanne i en medlemsstats nationale ret, bortset fra dem, der er opregnet i bilaget til direktivet« (præmis 12).

39. I henhold til præmis 14 i dommen i sagen Francovich I (nævnt ovenfor i punkt 38) er denne konstatering imidlertid ikke tilstrækkelig til, at en person omfattes af kategorien af berettigede til garantien. Som jeg allerede har angivet [24], er dette forhold alene det første skridt med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende af den nationale retsinstans kan anses for omfattet af direktivets anvendelsesområde. For at kunne afgøre dette fuldstændigt må den pågældende retsinstans også tage hensyn til arbejdsgiverens forhold. Da »artikel 2, stk. 2, i direktivet henviser til national ret for så vidt angår definitionen af begreberne 'arbejdstager' og 'arbejdsgiver'« [25], skal den nationale retsinstans først afgøre, om den pågældende arbejdsgiver konkret kan anses for 'arbejdsgiver' i henhold til national ret, og dernæst, om den pågældende befinder sig i et af de insolvenstilfælde, som omhandlet i direktivet.

22 — Sag C-334/92, Sml. I, s. 6911.

23 — Generaladvokat Lenz angav i sit forslag til afgørelse i denne sag (fodnote 8), at ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret anses direktionsmedlemmer i spansk ret for arbejdstagere.

24 — Jf. mit forslag til afgørelse i nævnte sag (fodnote 14), Francovich II, i punkt 22.

25 — Jf. præmis 13 i nævnte dom Francovich I (ovenfor i punkt 36).

40. Med hensyn til sidstnævnte betingelse har Domstolen ved sin fortolkning af direktivets artikel 2 udtalt følgende:

»Det fremgår af sidstnævnte bestemmelses ordlyd, at betingelsen for, at en arbejdsgiver kan anses for insolvent, for det første er, at der i henhold til de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som gælder i den pågældende medlemsstat, er foreskrevet en procedure vedrørende arbejdsgiverens bo, som sigter mod en samlet fyldestgørelse af hans kreditorer, for det andet, at der under denne procedure er mulighed for at tage de krav i betragtning, som arbejdstageren kan gøre gældende i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold, for det tredje, at der er indgivet begæring om indledning af en procedure, og for det fjerde, at den myndighed, som har kompetence i henhold til de nationale bestemmelser, enten har truffet afgørelse om indledning af proceduren eller har konstateret, at arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift er lukket endeligt, og at de foreliggende aktiver ikke er tilstrækkelige til at berettige indledning af proceduren.

Det fremgår heraf, at fællesskabslovgiver udtrykkeligt har begrænset direktivets anvendelsesområde på en sådan måde, at de rettigheder, der er fastslået ved direktivet, ikke kan påberåbes af arbejdstagere, som har en arbejdsaftale med eller et ansættelsesforhold hos en arbejdsgiver, mod hvem der ifølge de gældende bestemmelser i den pågældende medlemsstat ikke kan indledes en procedure til samlet fyldestgørelse af kreditorerne. En sådan arbejdsgiver kan nemlig ikke anses for 'insolvent' i den særlige betydning, som dette begreb har i direktivet« [26].

41. På dette grundlag forkastede Domstolen et anbringende, som bl. a. var fremsat af Kommissionen, hvorefter direktivet tilsigtede at beskytte alle arbejdstagere med undtagelse af dem, som var angivet i dets bilag [27]. Domstolen fastslog bl. a. følgende:

»Selv om en bogstavelig fortolkning af direktivets artikel 2 kan medføre, at den beskyttelse, som er indført ved direktivet, kan veksle fra medlemsstat til medlemsstat på grund af de forskellige nationale ordninger til samlet fyldestgørelse af kreditorerne, afkræftes denne fortolkning ikke af de argumenter, som er fremført med støtte i det formål, der er nævnt i direktivets første betragtning. Selv om fællesskabslovgiver nemlig på den ene side generelt har fundet det nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, har lovgiver på den anden side begrænset lovgivningsforanstaltningens konkrete formål således, at den skal mindske de bestående forskelle mellem medlemsstaterne for så vidt angår arbejdstagernes beskyttelse på dette område. Denne bogstavelige fortolkning er derfor i overensstemmelse med det forhold, at der med direktivet kun tilstræbes en delvis harmonisering« [28].

26 — Jf. ovennævnte dom Francovich II, præmis 18 og 19.

27 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Francovich II, i punkt 21 ff.

28 — Nævnte dom i sagen Francovich II, præmis 20.

På dette grundlag kendte Domstolen for ret:

»... direktivet skal fortolkes således, at det med undtagelse af de grupper, som er nævnt i bilaget, finder anvendelse på samtlige arbejdstagere, mod hvis arbejdsgivere der ifølge de for disse gældende nationale retsforskrifter kan indledes en procedure vedrørende deres bo, som sigter mod en samlet fyldestgørelse af kreditorerne« [29].

42. Det fremgår af det ovenfor anførte først, at direktivet ikke indeholder et fællesskabsbegreb vedrørende »arbejdsgiver« og »arbejdstager«, som kan finde ensartet anvendelse i alle medlemsstaterne. Fastlæggelsen af indholdet af disse begreber påhviler udtrykkeligt medlemsstaterne. Med henblik på direktivets anvendelse, skal disse begreber anvendes efter den betydning, de tillægges i hver enkelt national ret [30].

Dernæst fremgår det af det ovenfor anførte, at formålet med direktivet ikke er at beskytte alle arbejdstagere uden undtagelse, som parterne fejlagtigt synes at antage, men alene de arbejdstagere, som a) anses for sådanne efter national ret og b) ikke udtrykkeligt er udelukket fra direktivets beskyttelse, hvorved det endvidere kræves, at de har en arbejdsaftale med en arbejdsgiver, som c) anses for arbejdsgiver efter national ret og d) befinder sig i et tilfælde af insolvens, som omhandlet i direktivet.

For det tredje skal jeg anføre, at man ikke alene ud fra direktivets bestemmelser kan afgøre, om en bestemt person er omfattet af dets anvendelsesområde. Den nationale ret må vurdere dette under hensyntagen til national lovgivning.

Garantiinstitutionernes forpligtelse til betaling

43. Indebærer det forhold, at den pågældende arbejdstager er omfattet af direktivets anvendelsesområde i sig selv, at arbejdstageren over for garantiinstitutionen eller i hvert fald medlemsstaten kan gøre krav på at få dækket sine tilgodehavender?

44. Dette må besvares benægtende. For at dette kan være tilfældet, skal, i henhold til Domstolens praksis, direktivet i hvert fald være inkorporeret i national lovgivning.

29 — Samme dom, præmis 21.

30 — Denne metode er normal i afledt fællesskabsret. Jf. dom af 30.1.1997 i sagen De Jaeck, sag C-340/94, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, hvori Domstolen fastslog, at begreberne »lønnet beskæftigelse« og »selvstændig beskæftigelse«, som anvendt i forordning nr. 1408/71 om vandrende arbejdstageres sociale sikring skal forstås således, at deres fortolkning afhænger af de definitioner, der gives heraf i medlemsstaternes lovgivninger om social sikring, og at begreberne ikke afhænger af, om den udøvede virksomhed henhører under arbejdsretten (præmis 19 og 23), og heller ikke henviser til det fællesskabsretlige begreb arbejdstager som omhandlet i traktatens artikel 48 (præmis 24 ff.).
Det er her tvivlsomt, om direktivet henviser til en særlig del af national ret med henblik på definitionen af udtrykket »arbejdsgiver« og »arbejdstager«. Direktivet vedrører naturligvis beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens. Konkursretten må derfor tages i betragtning. De specifikke bestemmelser herom viser imidlertid klart, at denne ret ikke har skabt sine egne begreber, men har lånt dem fra arbejdsretten. Den nationale ret skal derfor også henholde sig til sidstnævnte. Direktivets artikel 6 og 7 indeholder endelige bestemmelser, som vedrører arbejdstageres obligatoriske eller frivillige sociale sikringsordninger. Derfor må de tilsvarende bestemmelser om social sikring også tages i betragtning. Jeg mener derfor, under hensyn hertil, at det tilkommer den nationale ret, som det påhviler at efterprøve disse dele af national lovgivning, at fastsætte begreberne »arbejdsgiver« og »arbejdstager« under hensyntagen til direktivets formål.

Domstolen udtalte således følgende i Francovich I-dommen:

»Det fremgår af direktivets ordlyd, at medlemsstaten er forpligtet til at indføre en hensigtsmæssig garantiordning ... den omstændighed ... at det efter direktivet er muligt, som én blandt flere muligheder, at lade det offentlige overtage hele finansieringen af ordningen, er ikke ensbetydende med, at staten kan betragtes som debitor for de ubetalte fordringer« [31].

Domstolen udtalte endvidere:

»Selv om de omhandlede direktivbestemmelser således er tilstrækkelig præcise og ubetingede med hensyn til fastlæggelsen af den personkreds, som er omfattet af garantien, og af garantiens indhold, er dette ikke tilstrækkeligt til, at private kan påberåbe sig disse bestemmelser ved de nationale domstole. For det første fremgår det nemlig ikke af disse bestemmelser, hvem der er debitor for garantien, og for det andet kan staten ikke anses for debitor, alene fordi den ikke rettidigt har truffet gennemførelsesforanstaltninger« [32].

31 — Præmis 25.

32 — Præmis 26.

45. Domstolen fastslog under henvisning hertil, at såfremt direktivet ikke var gennemført i national ret, kan den pågældende skadelidte arbejdstager på visse betingelser rejse erstatningskrav mod staten på grund af, at denne ikke har gennemført direktivet (præmis 38 ff. i samme dom).

46. Der må desuden stilles følgende spørgsmål: Når direktivet er blevet gennemført i national ret, og den pågældende garantiinstitution er blevet etableret, kan vedkommende da kræve, at denne institution udbetaler garantien? Med andre ord, foreligger der en forpligtelse for institutionen efter direktivets bestemmelser til at udbetale garantien?

47. Jeg skal hertil anføre, at i sagen Wagner Miret (nævnt i punkt 38), havde den spanske retsinstans forelagt spørgsmålet, om den pågældende under henvisning til direktivet kunne rejse krav direkte mod den nationale garantiinstitution eller kræve erstatning af staten, når vedkommende måtte anses for arbejdstager efter national ret, men ikke efter de bestemmelser, som gælder for garantiinstitutionen. Domstolen udtalte herom først, at medlemsstaterne har en skønsbeføjelse med hensyn til de nærmere bestemmelser for garantiinstitutionernes virksomhed, og udtalte dernæst, at det i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, er overladt medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstalt-

ninger for, at garantiinstitutioner sikrer arbejdstagerne betaling af løntilgodehavender [33]. Domstolen fastslog endelig følgende:

»... a) direktionsmedlemmer har ikke i medfør af direktiv 80/987 ret til at kræve betaling af løntilgodehavender fra den garantiinstitution, der i henhold til national ret er oprettet for de øvrige kategorier af arbejdstagere, og at b) såfremt national ret, selv fortolket i lyset af dette direktiv, ikke hjemler mulighed for at sikre direktionsmedlemmer de garantier, der er fastsat i direktivet, kan direktionsmedlemmer kræve erstatning af medlemsstaten for det tab, de har lidt som følge af, at direktivet ikke er blevet gennemført for deres vedkommende« (præmis 23) [34].

48. I Wagner Miret-sagen som i sagerne Francovich I og II drejede det sig om tilgodehavender for arbejdstagere, som var undergivet samme medlemsstats retsorden som deres arbejdsgivere. Domstolens domme i disse sager, navnlig i Wagner Miret-sagen, viser, at direktivet ikke selv fastsætter garantiinstitutionernes forpligtelser i forbindelse med gennemførelsesforanstaltningerne, men overlader dette til medlemsstaterne. Følgelig kan det ikke alene under henvisning til direktivets bestemmelser afgøres, om og i hvilket omfang en national garantiinstitution er forpligtet til at sikre betaling af løntilgodehavender tilhørende enten en vis gruppe arbejdstagere eller visse arbejdstagere. Selv om sidstnævnte objektivt omfattes af direktivets anvendelsesområde, kan de ikke under henvisning hertil gøre gældende, at en garantiinstitution er forpligtet til at udbetale dem garantien, når dette ikke er reguleret i gennemførelsesbestemmelserne, men de kan ved en mangelfuld gennemførelse kræve erstatning af medlemsstaten.

49. Når det således er umuligt at afgøre alene under henvisning til direktivet, om en institution (som jeg forudsætter allerede etableret) er forpligtet til at betale garantien, når en arbejdsgiver og en arbejdstager henhører under samme stats retsorden, må det så meget mere være umuligt at afgøre, om samme institution er forpligtet hertil, når statens retsorden alene omfatter arbejdsgiveren eller arbejdstageren. Når derfor, hvilket tilsyneladende er tilfældet i denne sag, arbejdsgivere og lønmodtagere er undergivet forskellige medlemsstaters retsorden, er det ikke længere muligt at afgøre, hvilken af de pågældende institutioner der er forpligtet til at yde den i direktivet omhandlede garanti.

33 — Præmis 17, 18 og 19 i nævnte Wagner Miret-dom (fodnote 22).

34 — I sit forslag til afgørelse i sagen anførte generaladvokat Lenz, at Domstolen i sagen Francovich I havde udtalt, at direktivets bestemmelser, skønt de var »ubetingede og tilstrækkeligt præcise« med hensyn til fastlæggelsen af den personkreds, der er omfattet af garantien, samt dennes indhold, men at det ikke fremgik af bestemmelserne, hvem der er debitor for garantien, hvorfor private ikke kan påberåbe sig dem, når der ikke er truffet gennemførelsesforanstaltninger. Han behandlede dernæst spørgsmålet, om det forhold, at der var oprettet en garantiinstitution i Spanien, bibragte direktivets bestemmelser direkte virkning. Han besvarede dette benægtende under henvisning til, at den direkte virkning skal fremgå af selve bestemmelsen, under hensyn til dens sammenhæng, og ikke af en medlemsstats lovgivning (punkt 12-16 i forslaget til afgørelse).
Jeg er enig i denne opfattelse. Jeg mener i øvrigt, at Domstolen i Wagner Miret-dommen indirekte, men klart, tilsluttede sig den opfattelse, eftersom den fastslog, at den nationale bestemmelse, som udelukkede den pågældende fra direktivets beskyttelse, ikke kunne eller burde være taget i betragtning i henhold til direktivet.

50. På grundlag af de ovenfor anførte betragtninger må det præjudicielle spørgsmål, hvis det fortolkes bogstaveligt, besvares således: »I et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede skal betalingen af arbejdstagerens tilgodehavende sikres af garantiinstitutionen i den medlemsstat, som den pågældende forpligtelse påhviler i henhold til national lovgivning.«

51. Det er klart, at en sådan besvarelse er unyttig og utilfredsstillende for den forelæggende ret, eftersom besvarelsen direkte fremkalder et nyt spørgsmål, nemlig følgende: »Når ingen institution er kompetent, hvilken medlemsstat skal da ved en korrekt anvendelse af direktivet sikre betalingen af tilgodehavendet under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder?« Følgelig er den forelæggende rets spørgsmål hovedsagelig følgende: »I tilfælde som det i hovedsagen, hvor arbejdsgiveren er etableret og erklæret insolvent i en medlemsstat, mens arbejdstageren er bosat og arbejder i en anden medlemsstat, forpligter direktivet en af disse to medlemsstater — og i bekræftende fald hvilken — til ved gennemførelsesforanstaltninger at sikre betalingen af tilgodehavenderne?« [35].

52. Hvis jeg således har fortolket spørgsmålet korrekt, er det nødvendigt at fastlægge direktivets geografiske anvendelsesområde.

Jeg mener, at det af direktivets bestemmelser sammenholdt med dets mål følger, at dets geografiske anvendelsesområde falder sammen med grænserne for hver medlemsstats retsorden. Direktivet er således rettet til hver medlemsstat og pålægger denne ved de med henblik herpå fastsatte garantiinstitutioner at sikre arbejdstagernes tilgodehavender over for insolvente arbejdsgivere, for så vidt som såvel arbejdstagere som arbejdsgivere omfattes af den samme stats retsorden [36]. Alt, hvad der går ud over dette, indebærer ikke en forpligtelse, men er tilladt i henhold til direktivet som gunstigere bestemmelser for arbejdstagere, som omhandlet i direktivets artikel 9.

53. Jeg skal først anføre, at hverken henvisningen til »økonomiske forbindelser tværs over landegrænserne« i betragtningerne til direktivforslaget eller den første del af direktivforslagets artikel 1, hvorefter direktivets anvendelsesområde skulle bestemmes under henvisning til, om arbejdsgiverens bedrift »befinder sig inden for traktatens gyldighedsområde« [37], blev optaget i direktivets tekst. Hvis det af denne formulering reelt kan sluttes, at direktivforslaget også skulle dække fordringer, som var opstået som følge af arbejdsforhold med international karakter,

35 — Det spørgsmål indeholder logisk to dele. Det første vedrører dansk ret og må besvares dér med henblik på afgørelsen af den for den forelæggende ret verserende sag; den anden del vedrører engelsk ret, hvorved det ikke er nødvendigt at give nogen besvarelse ud fra denne synsvinkel. Da spørgsmålet som sådan imidlertid kræver en samlet fortolkning af direktivet, skal jeg behandle dettes to dele samlet.

36 — Det indebærer principielt, men ikke nødvendigvis, at arbejdsgivere og arbejdstagere er bosat på medlemsstatens område.

37 — Jf. ovenfor, punkt 25.

således som jeg har angivet i punkt 26 i nærværende forslag, kan ophævelsen eller ændringen af de pågældende bestemmelser alene betyde, at fællesskabslovgiver opgav denne hensigt.

54. Jeg skal dernæst bemærke, at i direktivets artikel 1 og 2 er dets saglige anvendelsesområde (arbejdstageres tilgodehavender m. m.) reguleret i forbindelse med den personkreds, direktivet omfatter. For med sikkerhed at kunne afgøre, om en arbejdstager hører til den personkreds, direktivet omfatter, skal den nationale retsinstans som anført dels vurdere, om arbejdstageren må anses for sådan efter national ret, og dels om der er tale om en arbejdsgiver efter national ret, og om denne befinder sig i tilfælde af insolvens, som omhandlet i direktivet [38]. For så vidt som denne vurdering skal foretages på grundlag af den samme nationale ret, må det nødvendigvis heraf udledes, at fællesskabslovgiver forudsatte, at der var tale om arbejdstagere og arbejdsgivere, som var omfattet af den samme nationale ret.

55. Jeg skal desuden anføre, at medlemsstaternes mulighed for i henhold til direktivets artikel 4 og 10 på forskellig måde at begrænse garantiinstitutionernes betaling forudsætter en vurdering af de økonomiske og sociale forhold, som hersker i én og samme stat, samt af de ansættelsesforhold, som principielt oprettes deri. Såfremt formålet med direktivet havde været at forpligte medlemsstaterne til også at dække krav, der var opstået som følge af ansættelsesforhold tværs over landegrænserne, havde direktivet givetvis indført en samordning af medlemsstaternes heromhandlende bestemmelser, og navnlig en ordning om tilpasning af garantien, som tager hensyn til de gældende vilkår på det sted, hvor garantien skal udbetales.

56. Endelig må den i direktivets artikel 5 fastsatte finansieringsordning for garantiinstitutionerne føre til samme resultat. Der er ingen tvivl om, at fællesskabslovgiver tilsigtede etablering af økonomisk holdbare institutioner, dvs. med balance mellem indtægter og udgifter, således at de kan opfylde de dem pålagte forpligtelser. Indtægterne omfatter også finansieringen af arbejdsgiverne og/eller medlemsstaten, og hovedudgiften og forpligtelsen er at yde arbejdstagere garanti for deres tilgodehavender. Den økonomiske balance i en sådan ordning afhænger hovedsagelig af muligheden for i tide at kunne beregne tidspunktet for og størrelsen af indtægterne og udgifterne samt naturligvis den reelle udbetaling af sidstnævnte. Det er klart, at en sådan balance kun kan opnås inden for rammerne af en stats retsorden. Da direktivet nemlig ikke indeholder nogen bestemmelser herom, kan arbejdsgivere i tilfælde som det foreliggende, som er omfattet af en anden stats retsorden, ikke være forpligtet til at bidrage til finansieringen af garantiinstitutionen i den stat, hvis retsorden arbejdstageren omfattes af, og den første medlemsstats

38 — Jf. ovenfor, punkt 42.

institution kan heller ikke være forpligtet til at tage højde for krav fra en arbejdstager, som henhører under den anden medlemsstats retsorden, og hvis udbetaling institutionen ikke har kunnet forudse.

Man kan heller ikke til støtte for en modsat opfattelse henholde sig til ordlyden af direktivets artikel 5, litra c), idet denne bestemmelse korrekt fortolket må anses for at udsondre garantiinstitutionernes forpligtelse til betaling fra den *reelt* foretagne betaling af bidrag, som påhviler arbejdsgiverne, og således ikke vedrører arbejdsgiverens lovfæstede forpligtelse til at bidrage til institutionernes finansiering, som påhviler staten.

57. Endelig skal jeg nævne direktivets artikel 6, 7 og 8, som hører under afdeling III, benævnt »Bestemmelser vedrørende den sociale sikring«. Disse artikler indfører en forbindelse mellem garantiinstitutionernes betalingsforpligtelse og de *nationale* sociale sikrings- eller forsikrings*ordninger*. De pålægger således en samordning af garantiinstitutionerne og de nationale sociale sikringsordninger, som kun er mulig inden for rammerne af *én* enkelt medlemsstats ret. Artikel 6 bestemmer f.eks., at garantiinstitutionernes forpligtelse til betaling i henhold til direktivets artikel 3, 4 og 5 principielt *også* omfatter bidrag, som arbejdstagerne skal betale i henhold til nationale sociale sikrings- eller forsikringsordninger. Dette forudsætter logisk, at arbejdsgivere og arbejdstagere er omfattet af samme nationale sociale sikringsordning og samme garantiinstitution. Garantiinstitutionen og den pågældende sociale sikringsordning må desuden henhøre under samme medlemsstats retsorden, hvorfor arbejdsgivere og arbejdstagere også må være omfattet af denne stats retsorden.

58. Efter det ovenfor anførte mener jeg at kunne konkludere, at direktivets geografiske anvendelsesområde falder sammen med grænserne for hver medlemsstats retsorden. Dette resultat er såvel i overensstemmelse med direktivets indhold som med dets formål, der er begrænset til en delvis harmonisering af de nationale lovgivninger om arbejdsgiveres insolvens.

En anden løsning end en af dem, jeg har foreslået, ville, selv om den ville være i overensstemmelse med den virkelige mening med det præjudicielle spørgsmål, forudsætte en samordning af medlemsstaternes konkursregler, arbejdsretlige bestemmelser og sociale sikringsordninger samt af den internationale privatret, hvilket er absolut uforeneligt med direktivets formål.

59. Domstolen har i øvrigt anlagt samme løsning med hensyn til andre direktiver om tilnærmelse af nationale lovgivninger.

Domstolen har inden for rammerne af en fortolkning af Rådets sjette direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter [39] fastslået, at »... direktivets anvendelsesområde [falder] sammen med anvendelsesområdet for hver enkelt medlemsstats skatte- og afgiftslovgivning« [40], men at direktivet »ikke indeholder nogen begrænsning i medlemsstaternes frihed til at anvende deres afgiftslovgivning også uden for de nationale områder i snæver forstand, så længe de ikke herved griber ind i den andre medlemsstater tilkommende kompetence« [41].

Hvis direktivet således forpligter medlemsstaterne til at afgiftsbelægge tjenesteydelser, som præsteres inden for deres område, forpligter det dem ikke til at afgiftsbelægge tjenesteydelser, som præsteres på et skib i internationalt farvand, uanset skibet varetager transport mellem to steder inden for nationalt område [42], selv om direktivet heller ikke forbyder det [43]. Domstolen har endvidere ved en fortolkning af direktiv 77/143 [44] udtalt, at direktivet bygger på den antagelse, at en medlemsstat kun kan føre direkte tilsyn med de prøvestationer, der er beliggende på medlemsstatens eget territorium, og at direktivet, da eftersynsbetingelserne kun delvis er harmoniseret, pålægger hver medlemsstat på visse betingelser at anerkende kontrolattester, der er udfærdiget af andre medlemsstater [45].

60. Jeg skal endelig understrege, at direktivet regulerer et bestemt område og derfor ikke kan fortolkes ved analogi i lyset af andre særbestemmelser som de bestemmelser, sagsøgeren i hovedsagen og den tyske regering har henvist til. I øvrigt er disse bestemmelser ældre end direktivets bestemmelser, og hvis fællesskabslovgiver havde ønsket at henvise dertil, ville fællesskabslovgiver udtrykkeligt have gjort det i direktivet. I øvrigt er de forpligtelser, som direktivet pålægger medlemsstaterne, præceptive og kan ikke fraviges af privatretlige aftaler som den ansættelseskontrakt, sagsøgeren i hovedsagen har henvist til.

39 — Direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 (EFT L 145, s. 1).

40 — Jf. dom af 4.7.1985, sag 168/84, Berkholz, Sml. s. 2251, præmis 16.

41 — Dom af 23.1.1986, sag 283/84, Trans Tirreno Express, Sml. s. 231, præmis 20.

42 — Dom af 13.3.1990, sag C-30/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s 691.

43 — Nævnte dom (fodnote 41), Trans Tirreno Express, præmis 21.

44 — Rådets direktiv 77/143/EØF af 29.12.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om teknisk kontrol med motordrevne køretøjer og påhængskøretøjer dertil (EFT 1977 L 47, s. 47).

45 — Dom af 5.10.1994, sag C-55/93, Van Schaik, Sml. I, s. 4837, præmis 20, 21 og 22.

61. Jeg skal nu behandle følgerne af den løsning, som jeg har foreslået i denne sag. I henhold hertil skal hver medlemsstat yde dækning til alle arbejdstagere under dens retsorden, så snart disse omfattes af direktivets anvendelsesområde. Direktivet forpligter ikke staten — men hindrer den heller ikke i — at udvide garantien til andre grupper af arbejdstagere, ud over dem, som i snæver forstand er omfattet af dens retsorden. Det påhviler den nationale ret i hver medlemsstat i det konkrete tilfælde at afgøre, om den pågældende opfylder betingelserne for at blive omfattet af direktivets anvendelsesområde under hensyntagen til det ovenfor anførte.

Hvis dette er tilfældet, skal den nationale ret endvidere undersøge, om den nationale institution yder den krævede garanti. Hvis bestemmelserne for denne nationale institution ikke hjemler dækning af ubetalte fordringer [46], har lønmodtageren ret til erstatning.

62. Det fremgår ikke klart af forelæggelseskendelsen, om Carina Mosbæk er omfattet af dansk ret, og om hun skal anses for »arbejdstager« efter denne ret. Det fremgår imidlertid af kendelsens ordlyd, set i sammenhæng med de skriftlige og mundtlige indlæg, som ikke er blevet bestridt — afgivet af repræsentanten for den danske institution — at selskabet Colorgen overhovedet ikke henhører under dansk ret og derfor heller ikke kan anses for »arbejdsgiver« efter denne ret. Hvis dette er tilfældet, kan Danmark under ingen omstændigheder anses for at have tilsidesat direktivet af den grund, at det ikke har truffet foranstaltninger til betaling af Carina Mosbæk's tilgodehavender via den danske garantiinstitution. Følgelig er sagsøgeren efter dansk ret hverken berettiget til garanti eller til erstatning.

63. På den anden side har den britiske regering i sine skriftlige indlæg og under retsmødet anført, at sagsøgeren har ret til dækning af sine tilgodehavender i henhold til engelsk ret, hvilket på ingen måde strider mod direktivet.

Jeg kan ikke bedømme, hvorledes denne bestemmelse forpligter den britiske garantiinstitution og de britiske retsinstanser, som eventuelt skal træffe afgørelse vedrørende sagsøgerens tilfælde. Under alle omstændigheder er besvarelsen af dette spørgsmål ikke nødvendig for løsningen af den sag, som verserer for den forelæggende ret, og Domstolen behøver følgelig ikke beskæftige sig hermed.

46 — Det er naturligvis muligt, i et tilfælde som det i hovedsagen, at en medlemsstats nationale bestemmelser ikke anser personer, der er ansat i en anden medlemsstat under de for sagsøgeren gældende forhold for »arbejdstagere«, mens i henhold til bestemmelserne i den stat, hvor arbejdstageren udøver sin virksomhed, en virksomhed som Colorgen ikke anses for »arbejdsgiver«. I et sådant tilfælde har arbejdstageren ikke ret til dækning, eftersom han inden for rammerne af hver af de to pågældende retsordener ikke opfylder hovedbetingelsen for at være omfattet af direktivet.
Der er intet særligt overraskende heri. Dette kan ske, selv inden for én og samme nationale ret (som i sagen Francovich II), hvilket beror på direktivets begrænsede mål. Det kan også ske, at de to stater tilbyder at yde dækning. En sådan situation falder imidlertid uden for direktivets område og må vurderes ud fra sammenhængen i de nationale lovgivninger.

V — Forslag til afgørelse

64. Jeg skal følgelig foreslå følgende besvarelse af det præjudicielle spørgsmål:

»Bestemmelserne i direktiv 80/987/EØF skal fortolkes således, at de ikke forpligter en medlemsstat til at yde den i direktivet fastsatte garanti, når arbejdstageren eller arbejdsgiveren ikke er omfattet af dens retsorden, eller når arbejdsgiveren eller arbejdstageren ikke anerkendes som sådanne efter national ret.

I et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, hvor arbejdsgiveren er etableret og erklæret insolvent i en medlemsstat, mens arbejdstageren er bosat og arbejder i en anden medlemsstat, tilkommer det de nationale retsinstanser i hver enkelt af de pågældende medlemsstater at afgøre, om, under disse omstændigheder, arbejdstageren i henhold til den pågældende nationale ret skal anses for omfattet af direktivets anvendelsesområde.«