FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 29 maj 1997 *

I — Inledande anmärkningar

1. I detta mål har Østre Landsret med stöd av artikel 177 i fördraget begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande angående tolkningen av bestämmelserna i rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens [1] (nedan kallat direktivet).

II — Relevanta rättsregler

2. Avsikten med direktivet är att tillförsäkra arbetstagarna ett gemenskapsrättsligt minimiskydd vid arbetsgivarens insolvens, utan att inverka på gynnsammare bestämmelser om sådana finns i medlemsstaterna. Enligt direktivet är därför medlemsstaterna skyldiga att inrätta ett organ som garanterar betalning av arbetstagarnas utestående fordringar vid arbetsgivarens insolvens.

3. I artikel 1 i direktivet föreskrivs bland annat följande:

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

2. Medlemsstaterna får undantagsvis utesluta fordringar från vissa kategorier av arbetstagare från tillämpningsområdet för detta direktiv på grund av den speciella arten av arbetstagarnas anställningsavtal eller anställningsförhållanden, eller på grund av att det finns andra former av garanti som ger arbetstagarna ett skydd motsvarande det som skall finnas enligt detta direktiv.

De kategorier av arbetstagare som avses i föregående stycke är upptagna i bilagan.

3. ... ."

* Originalspråk: grekiska.

1 — EGT L 283, s. 23.

4. I artikel 2 föreskrivs följande:

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

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

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

— antingen har beslutat att inleda förfarandet,

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

2. Detta direktiv berör inte medlemsstaternas nationella lagar beträffande definitionen av termerna 'arbetstagare', 'arbetsgivare', 'lön', 'omedelbar rätt till', och 'framtida rätt till'."

5. I artikel 3 föreskrivs följande:

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

2. Efter medlemsstaternas val skall detta datum vara

— antingen den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde,

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

— eller den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde eller då anställningsavtalet eller

anställningsförhållandet med den berörde arbetstagaren upphörde på grund av arbetsgivarens insolvens."

6. Enligt artikel 4.1 kan medlemsstaterna begränsa garantiinstitutionernas ansvar enligt artikel 3 under iakttagande av bestämmelserna i artikel 4.2. Enligt artikel 4.3 får medlemsstaterna, för att undvika utbetalning av belopp som går utöver de sociala målen för detta direktiv, sätta en övre gräns för betalningsansvaret på grund av arbetstagarnas utestående fordringar.

7. I artikel 5 i direktivet föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall införa detaljerade bestämmelser för garantiinstitutionernas organisation, finansiering och verksamhet, i överensstämmelse med framför allt följande principer:

a) Institutionernas tillgångar skall vara fristående från arbetsgivarnas driftskapital och skall inte vara tillgängliga vid ett insolvensförfarande.

b) Arbetsgivarna skall bidra till institutionernas finansiering om den inte fullgörs helt av offentliga myndigheter.

c) Institutionernas ansvar skall bestå oberoende av om förpliktelserna att bidra till finansieringen har uppfyllts eller inte."

8. Slutligen föreskrivs följande i artikel 9:

"Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa eller utfärda lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna."

III — Bakgrund

Enligt beslutet om att begära förhandsavgörande kan den tvist som har föranlett tolkningsfrågan sammanfattas på följande sätt:

I maj 1993 anställde det engelska bolaget Colorgen Ltd, med registrerat säte i Warrington, Cheshire (England), med verkan

från den 1 juli 1993 Carina Mosbæk, som är dansk medborgare, som "commercial manager" för försäljningen i Danmark, Norge, Sverige, Finland och senare Tyskland.

9. Bolaget Colorgen hade under hela Carina Mosbæks anställningstid varken någon annan etablering, något annat företag eller någon annan företrädare i detta land än Carina Mosbæk. Enligt anställningsavtalet skulle Carina Mosbæks lön utgöras dels av fast lön, dels av provision på det som hon sålde. Hennes lön utbetalades under hela anställningstiden direkt från Colorgen Ltd i England, utan att det innehölls någon dansk skatt eller andra sociala avgifter, som enligt dansk lag skall innehållas av arbetsgivare i Danmark, däribland utländska arbetsgivare som har inrättat en filial eller ett annat fast driftställe i Danmark.

De första tre månaderna av Carina Mosbæks anställning arbetade hon i sin privata bostad, men från september 1993 hyrde Colorgen Ltd ett kontor hos ett annat danskt bolag, varifrån Carina Mosbæk sedan utförde sitt arbete.

10. Omkring den 1 juli 1994 försattes Colorgen i konkurs och alla bolagets anställda, däribland Carina Mosbæk, sades upp. Hennes utestående fordran på bolaget i form av lön, provision och ersättning för utlägg uppgick till 471 996 DKR.

11. Carina Mosbæk anmälde i samma månad ovannämnda fordran till Lønmodtagernes Garantifond, som är den garantiinstitution som i Danmark skall garantera arbetstagarna betalning av de utestående fordringar som omfattas av direktivet, och till bolaget Colorgens konkursförvaltare i England.

Genom skrivelse av den 22 augusti 1994 anmälde Carina Mosbæk dessutom sin fordran till National Insurance Fund, som är den brittiska garantiinstitutionen och som, enligt beslutet om att begära förhandsavgörande, ännu inte hade tagit ställning till denna fordran när frågan hänsköts till domstolen. [2]

12. Lønmodtagernes Garantifond avslog den av Carina Mosbæk anmälda fordran med motiveringen att den behöriga garantiinstitutionen i detta fall var den brittiska. Detta föranledde Carina Mosbæk att den 19 december 1994 väcka talan vid rätten i Hillerød, som på grund av målets principiella karaktär hänsköt det till Østre Landsret.

2 — Den brittiska regeringen har i sin skriftliga inlaga angivit att det inte var visat att kravet hade kommit fram till den brittiska institutionen. Under sammanträdet uppgav emellertid den brittiska regeringens ombud att Carina Mosbæks krav hade kommit fram till denna institution några dagar tidigare.

13. Inför den sistnämnda domstolen har Carina Mosbæk, med hänvisning till syftet med direktivet, gjort gällande att det är garantifonden som skall betala hennes fordran, dels på grund av att hon hade sin fasta bostad och till övervägande delen utförde sitt arbete i Danmark, där arbetsgivaren dessutom hade hyrt henne ett kontor för att hon skulle kunna utföra sitt arbete, dels på grund av de svårigheter som det skulle innebära att göra gällande hennes fordran vid den brittiska garantiinstitutionen eller de brittiska rättsinstanserna.

14. Garantifonden har anfört att det är garantiinstitutionen i det land där arbetsgivaren har etablerat sig som skall säkerställa betalning av garantin och att det är enligt detta lands rättsregler som det skall avgöras om arbetsgivaren är insolvent, det vill säga i detta fall den brittiska garantiinstitutionen. Vidare har garantifonden anfört att enligt artikel 5 i direktivet är det bara den medlemsstat i vilken arbetsgivaren är etablerad som har möjlighet att ålägga arbetsgivaren skyldighet att bidra till garantiinstitutionernas finansiering, så att dessa kan ersätta arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens. Slutligen har garantifonden anfört att den inte heller, inte ens för att vara tillmötesgående, kan utge ersättning till käranden och därefter erhålla ersättning från den brittiska garantiinstitutionen, eftersom en sådan ordning inte ingår i direktivet.

15. I enlighet med vad som framgår av beslutet om att begära förhandsavgörande finns det varken någon direkt eller indirekt reglering i dansk rätt av frågan om garantifondens behörighet att ersätta sådana fordringar som käranden har gjort gällande i målet vid den nationella domstolen. Østre Landsret har därför bett domstolen om en tolkning av direktivet som ger den möjlighet att lösa den anhängiggjorda tvisten. Østre Landsret har därför hänskjutit följande fråga till domstolen:

"Är det, när arbetsgivaren inte är etablerad i den medlemsstat där arbetstagaren är bosatt och arbetsgivaren i denna stat är företrädd enbart genom den nämnde arbetstagarens verksamhet, och denna bland annat utförs från ett kontor som arbetsgivaren har hyrt och ställt till arbetstagarens förfogande, garantiinstitutionen i det land där arbetsgivaren är etablerad eller garantiinstitutionen i det land där arbetstagaren är bosatt som vid arbetsgivarens insolvens enligt artikel 3 i direktiv 80/987/EEG skall garantera betalning av arbetstagarens utestående fordringar som grundar sig på det nämnda anställningsförhållandet?"

IV — Prövning i sak

16. I direktivet regleras inte frågan om vilken garantiinstitution som skall betala utestående fordringar som arbetstagare, vilka är bosatta och arbetar i en medlemsstat, har på en insolvent arbetsgivare som är bosatt i en annan medlemsstat.

17. Med hänsyn till detta har parterna i målet vid den nationella domstolen, den tyska, den franska och den brittiska regeringen samt kommissionen, både i sina skriftliga inlagor och under det muntliga sammanträdet, anfört att det med utgångspunkt i direktivets samlade bestämmelser samt dess syfte kan utläsas ett gemenskapsrättsligt svar på den ställda frågan.

18. Det råder emellertid delade meningar om vilken garantiinstitution som ytterst ansvarar för att arbetstagarna får ersättning. Den franska och den brittiska regeringen samt kommissionen har gjort gällande att det med hänsyn till föreliggande omständigheter är garantiinstitutionen i den medlemsstat där arbetsgivaren är etablerad, det vill säga i detta fall den brittiska garantiinstitutionen, som skall betala den ifrågavarande garantin. Käranden i målet vid den nationella domstolen och den tyska regeringen har dock anfört att det är institutionen i den medlemsstat i vilken löntagaren är bosatt och/eller arbetar, i detta fall alltså den danska garantiinstitutionen, som skall betala garantin.

19. Det viktigaste argumentet som har framförts till stöd för den förstnämnda uppfattningen är enligt min mening följande:

a) Avsikten med direktivet är att begränsa skillnaderna i nationell lagstiftning vad avser skyddet för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens. Om det uteslutande ankom på medlemsstaterna att lösa det omtvistade problemet, skulle arbetstagarna sakna skydd vid en negativ lagkonflikt, [3] medan andra svårigheter skulle uppstå vid en positiv lagkonflikt. [4] De bestående skillnaderna skulle alltså mångfaldigas. Problemet måste därför få en enhetlig gemenskapsrättslig lösning.

b) För att konstatera arbetsgivarens insolvens hänvisas det i artikel 2 i direktivet till lagar och andra författningar i "respektive" medlemsstat, vilket logiskt sett bör vara den medlemsstat i vilken arbetsgivaren är etablerad. Då garantiinstitutionen åtar sig den insolvente arbetsgivarens förpliktelser, innebär det att det är garantiinstitutionen i den stat där arbetsgivaren är etablerad som skall fullgöra detta åtagande. För övrigt har denna institution också bättre möjligheter att bedöma om arbetsgivaren har skulder och omfattningen av dessa.

c) Enligt artikel 5 c i direktivet kan medlemsstaterna bara ålägga rättssubjekt som omfattas av deras lagstiftning — det vill säga arbetsgivare som är etablerade inom medlemsstatens område — att bidra till den nationella garantiinstitutionen. Följaktligen är endast denna institution utpekad och i stånd att uppfylla arbetsgivarens skyldigheter vid insolvens. Om det vore institutionen i den stat där arbetstagaren är bosatt eller arbetar som skulle

3 — Det vill säga om det inte fanns någon institution som var skyldig att betala garantin.

4 — Det vill säga om flera institutioner enligt nationella bestämmelser var skyldiga att betala garantin.

betala den ifrågavarande ersättningen, skulle denna institution kunna överraskas av fordringar som den inte hade förutsett och som den inte rätteligen kunde kräva att arbetsgivaren skulle bidra till. Detta skulle avsevärt rubba garantiinstitutionernas ekonomiska balans, vilket inte kan ha varit gemenskapslagstiftarens avsikt. Dessutom innehåller direktivet ingen möjlighet till överföring mellan de nationella garantiinstitutionerna.

d) I fråga om migrerande arbetstagare är det oklart vilken institution som skall betala ersättning till dem, vilket medför rättsosäkerhet och eventuellt leder till missbruk från arbetstagarnas sida på grund av att det, som tidigare nämnts, inte är möjligt att göra överföringar mellan de nationella institutionerna.

20. Följande har anförts beträffande den andra uppfattningen:

a) Den tyska regeringen har anfört att direktivets garantiinstitutioner utgör "sociala trygghetsorgan" i vid mening som dem som förordning nr 1408/71 omfattar. [5] Regeringen menar därför att det enligt en analog tolkning av artikel 13.2 a eller artikel 14.2 b är den danska institutionen som i detta fall skall betala garantin.

b) Käranden i målet vid den nationella domstolen, som inte har ingivit någon skriftlig inlaga, har under det muntliga sammanträdet upprepat de argument som hon har framfört vid den nationella domstolen och understrukit att enligt anställningsavtalets ordalydelse skall detta också tolkas med beaktande av dansk arbetsrätt. Käranden har uppgivit att den danska institutionen är behörig på grund av att den finns där arbetet skall utföras eller där den behöriga domstolen finns och har hänvisat till artikel 4.1 och 3.3 i Romkonventionen av den 19 juni 1980 (80/934/EEG, EGT L 266, s. 1) och artikel 5.1 i Brysselkonventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. Käranden har i detta avseende också åberopat bestämmelserna i förordning nr 1408/71.

21. Jag har inte blivit tillräckligt övertygad om riktigheten i vare sig den ena eller den andra av de ovan återgivna uppfattningarna för att kunna ansluta mig till någon av dem. De argument som parterna har framfört är förvisso intressanta men förutsätter en viss tolkning av syftet och avsikten med direktivets bestämmelser, som enligt min mening går utanför ordalydelsen i och tanken bakom gällande rätt, och som snarare hänför sig till hur rätten borde se ut.

5 — EGT L 149, s. 2.

22. De viktigaste övervägandena som de två parterna har grundat sin argumentation på är enligt min mening följande:

För det första fastslås det att begreppen "arbetsgivare" och "arbetstagare" kan utläsas av direktivet och att de gäller för samtliga medlemsstater.

För det andra antas det att den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde är alla arbetstagare, i den mening som avses ovan, hos alla insolventa arbetsgivare, i den mening som avses i direktivet, i gemenskapen, oavsett deras anknytning till en medlemsstat.

För det tredje antas det att direktivets bestämmelser är tillräckligt klara med avseende på vilken institution som skall utbetala garantin samt i fråga om räckvidden av denna skyldighet, så att arbetstagarna direkt kan stödja sina fordringar på dessa bestämmelser, även om det inte finns några motsvarande nationella bestämmelser eller om det finns nationella bestämmelser som eventuellt strider mot direktivets bestämmelser.

Slutligen är det för det fjärde en utgångspunkt att gemenskapslagstiftaren under dessa förhållanden huvudsakligen har velat genomföra en samordning av nationell lagstiftning inom det område som avser skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.

23. Jag vill påstå att ingen av dessa uppfattningar motsvarar direktivets ordalydelse och tanken bakom detta. Den lucka som finns i direktivet beträffande den fråga som den nationella domstolen handlägger är avsiktlig och kan inte utfyllas genom den tolkning som de två parterna har föreslagit. I ett sådant mål som det vid den nationella domstolen åvilar det i sista hand de behöriga myndigheterna och rättsinstanserna i var och en av de ifrågavarande medlemsstaterna att på grundval av nationella bestämmelser bedöma om arbetstagaren omfattas av direktivets skydd. Den lucka som detta eventuellt kan leda till i fråga om skydd för arbetstagarna, eller andra negativa följder som kan uppstå för dem, är en nödvändig konsekvens av de begränsade målen för den gradvisa harmonisering som gemenskapslagstiftaren har valt i gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsskede.

Syftet med direktivet

24. Jag skall först behandla frågan om syftet med direktivet. Det är därvid lämpligt att gå igenom förarbetena till direktivet och jämföra kommissionens ursprungliga förslag

till direktiv av den 13 april 1978 [6] med den text som rådet slutligen antog.

25. Efter en hänvisning i detta förslag till artikel 100 i fördraget, anges det i sjätte övervägandet i förslaget att "... med beaktande av den alltmer ökande omfattningen av de ekonomiska förbindelserna *över statsgränserna*, fordras det att arbetstagarna i samtliga medlemsstater kan erhålla samma skydd för fordringar som uppstått på grund av anställningsförhållandet vid arbetsgivarens insolvens ...". I efterföljande överväganden anges att det därför är nödvändigt att främja en "successiv" tillnärmning av bestämmelser i lagar eller andra författningar i medlemsstaterna på detta område, i enlighet med artikel 117 i fördraget. [7]

I fråga om direktivets tillämpningsområde bestämdes det dessutom i artikel 1 i förslaget till direktivet, att detta skulle tillämpas "på fordringar på grund av anställnings- eller utbildningsförhållanden gentemot arbetsgivare med bristande betalningsförmåga, och vars företag eller verksamhet befinner sig inom fördragets geografiska tillämpningsområde". [8]

Enligt artikel 2 i förslaget föreligger "bristande betalningsförmåga", [9] när det enligt bestämmelser i lagar eller andra författningar i medlemsstaterna "har inletts ett förfarande avseende arbetsgivarens tillgångar ..." i avsikt att till lika delar tillgodose borgenärernas fordringar med mera (punkt a) eller "... när inledandet av ett sådant förfarande har avvisats på grund av att tillgångarna är otillräckliga" (punkt b) eller "när arbetsgivarens företag har upphört på grund av bristande betalningsförmåga". [10]

Vad beträffar garantins innehåll anges det i artikel 3 i förslaget till direktivet att garantin skall omfatta lönefordringar som uppkommit innan betalningsinställelsen skett (punkt a) samt vissa andra sociala förmåner (punkt b). Enligt förslaget till direktivet kan medlemsstaterna begränsa garantin till tre månadslöner, oberoende av referensperioden (artikel 4 a), medan de övriga sociala förmånerna kan begränsas till dem som har uppkommit under de senaste 12 månaderna innan arbetsgivarens betalningsinställelse. [11]

6 — EGT C 135, s. 2 [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå].

7 — Jag skall framhålla att förslaget till direktivet inte blev föremål för något ändringsförslag från Europaparlamentet (se Europaparlamentets uttalande i EGT C 39 av den 12 februari 1979). Vidare hade Ekonomiska och sociala kommittén inga invändningar mot övervägandena i direktivet.

8 — Parlamentet uttalade sig också positivt om förslaget på denna punkt och ersatte bara verbet "befinner sig" med verbet "ligger".

9 — Uttrycket "bristande betalningsförmåga" ersattes i direktivet med "insolvens".

10 — Jag vill understryka den vaga formuleringen vad beträffar frågan om vilken myndighet som skulle bedöma, och på grundval av vilka regler, att ifrågavarande förfarande hade inletts eller att det var utsiktslöst att inleda det, med mera.

11 — Europaparlamentet "beklagar särskilt" att kommissionen har bestämt miniminormer för skyddet (punkt 4 i parlamentets beslut). Det "anser att det är oacceptabelt" att förslaget till direktivet begränsar arbetstagarnas krav till fordringar som har uppstått vid arbetsgivarens insolvens (punkt 5) och "anser att det är orimligt" att kommissionen begränsar lönefordringarna till maximalt tre månadslöner (punkt 6). Parlamentet föreslog i stället att det skulle utbetalas ett belopp motsvarande sex månadslöner (se artikel 4 a i förslaget, såsom denna ändrats av parlamentet).

Det skall framhållas att det i förslaget till direktivet (artikel 5 b) bestämdes att "inte bara löntagarna skall bidra till finansieringen" av garantiinstitutionerna, vilket innebar att finansieringen av dessa huvudsakligen ålåg arbetstagarna. [12]

26. Enligt min mening gör ordalydelsen av dessa bestämmelser, det vill säga övervägandena och artikel 1, även om den är relativt oklar och allmän, det möjligt att dra slutsatsen att avsikten, vid förberedelsen av direktivet, var att detta skulle omfatta alla arbetstagare, oavsett om de var bosatta i samma medlemsstat som arbetsgivaren, såvida arbetsgivaren var etablerad inom gemenskapen.

Dessutom framgår det av bestämmelserna i förslaget till direktivet, lästa mot bakgrund av parlamentets uttalande, att syftet under förberedelserna med direktivet, i fråga om omfattningen av arbetstagarnas skydd, var lika ambitiöst, eftersom skyddet dessutom skulle vara detsamma i alla medlemsstater.

27. Rådet gjorde slutligen stora ändringar i den ursprungliga texten.

28. Ändringarna framgår tydligt redan av övervägandena. I det första övervägandet anges det nämligen att "[d]et är nödvändigt att skydd upprättas för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens ...", medan det i det andra övervägandet först anges att "[d]et finns fortfarande skillnader mellan medlemsstaterna beträffande omfattningen av skyddet för arbetstagarna i detta avseende", [13] varefter det utan vidare anges att "ansträngningar bör göras för att minska dessa skillnader". I stället för "en successiv tillnärmning" av nationella lagbestämmelser, som kommissionen hade angivit som mål i sitt förslag till direktivet, anges bara i tredje övervägandet i direktivet att "[t]illnärmningen av lagstiftningen på detta område därför [bör] främjas ...". Eftersom domstolen har fastslagit att "[ä]ven om lagstiftaren allmänt sett har ansett att det var nödvändigt att införa bestämmelser för att skydda arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens, har denne nämligen begränsat det konkreta syftet med sitt handlande till att minska de skillnader som fanns mellan medlemsstaterna beträffande skyddet för arbetstagare i detta avseende". [14]

12 — I punkt 7 i sitt beslut angav parlamentet att "... det under inga omständigheter kan komma i fråga att anmoda arbetstagarna att bidra till finansieringen av en garantifond, som skall betala deras rättmätigt förvärvade fordringar på arbetsgivaren". Parlamentet föreslog i stället att arbetsgivarna skulle betala nödvändiga bidrag för att täcka fondens utgifter, däribland de administrativa kostnaderna (se parlamentets föreslagna ändring av artikel 5 b). Rådet anslöt sig till denna uppfattning, och det anges således i direktivet att garantiinstitutionerna skall finansieras av arbetstagarna och medlemsstaterna (artikel 5 b i direktivet).

13 — Kommissionen hade redan fastslagit detta med hänvisning till att de nödvändiga institutionerna för detta saknades i några medlemsstater (se femte övervägandet i förslaget till direktivet).

14 — Dom av den 9 november 1995 i mål C-479/93, Francovich mot Italien (REG 1995, s. I-3843), punkt 20, nedan kallad domen i målet Francovich II.

29. I enlighet med vad domstolen förklarade i samma dom var det klart att den begränsning som gemenskapslagstiftaren måste företa berodde såväl på riskerna med att på grundval av artikel 100 i fördraget försöka företa en harmonisering av olika nationella bestämmelser, som på de särskilda risker som var förenade med utfärdandet av gemensamma regler på detta område. Detta berodde i synnerhet på att det inte finns något enhetligt insolvensbegrepp i medlemsstaternas konkursförfaranden, vilka just på grund av dessa skillnader [15] inte tidigare har kunnat bli föremål för någon harmonisering. [16]

30. Gemenskapslagstiftarens avsikt var därför att direktivet skall främja en "viss harmonisering", [17] eller med andra ord en "gradvis harmonisering" [18] av nationella bestämmelser om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens. Direktivet utgör således det första steget mot en harmonisering av nationell lagstiftning på detta område.

31. Gemenskapslagstiftarens val av en viss eller gradvis harmonisering bekräftas också på två väsentliga punkter av direktivets innehåll, nämligen fastställelsen av direktivets tillämpningsområde och omfattningen av arbetstagarnas skydd, det vill säga innehållet i garantin.

Garantins innehåll

32. För att börja med den andra punkten, kan det konstateras att rådet rubbade balansen i det förslag till direktiv som kommissionen hade upprättat. I stället för en utökad garanti via en fond, som skulle finansieras av de ifrågavarande arbetstagarna (eller huvudsakligen av dessa), valde således rådet en begränsad garanti som skall betalas av en institution, vars finansiering skall ombesörjas av arbetsgivarna och medlemsstaterna i gemenskapen.

33. Med hänsyn till den ekonomiska belastning som etableringen och funktionen av sådana institutioner innebär för arbetsgivarna och medlemsstaterna, kan medlemsstaterna efter en bedömning av nationella ekonomiska och sociala villkor i väsentlig grad begränsa omfattningen av garantin. Medlemsstaterna kan således a) välja ett datum efter vilket de inte garanterar betalning av arbetstagarens lönefordringar (artikel 3 i direktivet), b) med utgångspunkt i detta datum fastställa en referensperiod och bestämma att bara en del av fordringarna under denna period skall betalas (artikel 4.2) och c) fastställa ett tak när denna garanti, som redan är begränsad i enlighet med vad

15 — Domstolen förklarade i dom av den 7 februari 1985 i mål 135/83, Abels (Rec. 1985, s. 469), att "... konkursrättens särskilda karaktär, som återfinns i alla medlemsstaters rättsordningar, bekräftas också i gemenskapsrätten ... [bland annat] i samband med utfärdandet av direktiv 80/987 ..." (punkt 16) och framhöll senare att "reglerna om konkursförfaranden skiljer sig mycket åt i de olika medlemsstaterna" (punkt 17).

16 — Se punkt 28 i domen i det ovannämnda målet Francovich II (ovan fotnot 14).

17 — Se punkt 20 i samma dom, citerad i punkt 41 i detta förslag till avgörande.

18 — Se punkt 27 i samma dom.

som anförts ovan, kan medföra utbetalning av belopp som går utöver de sociala målen för direktivet (artikel 4.3). Dessa alternativ gäller naturligtvis med förbehåll för medlemsstaternas möjlighet att besluta om gynnsammare åtgärder (artikel 9 i direktivet).

34. Avsikten med direktivet är således att tillförsäkra arbetstagarna ett "gemenskapsrättsligt minimiskydd", vilket domstolen vid flera tillfällen har framhållit. [19]

Direktivets tillämpningsområde

35. Den delvisa eller gradvisa harmonisering som direktivet syftar till framgår ännu tydligare om man beaktar hur dess tillämpningsområde har definierats. Den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde och, som mina överväganden kommer att visa, det geografiska tillämpningsområdet, som i detta fall är det mest relevanta, är synnerligen oklart angivna i direktivet genom att det där direkt eller indirekt hänvisas till varje medlemsstats nationella lagstiftning.

36. Den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde, det vill säga mottagarna av garantin, definieras i artiklarna 1 och 2. Domstolen har bland annat fastslagit följande i domen i målet Francovich I (fotnot 19): "Vad beträffar ... frågan om vem som har rätt till garantin kan det noteras att direktivet enligt artikel 1.1 skall tillämpas på arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden gentemot arbetsgivare som är att anse som insolventa enligt artikel 2.1. I den sistnämnda bestämmelsen preciseras närmare när en arbetsgivare skall anses som insolvent. *I artikel 2.2 hänvisas det till nationell rätt vad beträffar definitionen av begreppen 'arbetstagare' och 'arbetsgivare'*. Enligt artikel 1.2 kan medlemsstaterna slutligen under närmare angivna förutsättningar undantagsvis utesluta vissa kategorier av arbetstagare från direktivets tillämpningsområde." Dessa räknas upp i en bilaga till direktivet. [20]

37. I samma dom har domstolen fastslagit vilka förutsättningar som den nationella domstolen skall beakta vid bedömningen av om en person omfattas av direktivets tillämpningsområde. Domstolen har närmare bestämt angivit att den nationella domstolen vid bedömningen av om en person är berättigad till ersättning enligt direktivet för det första skall undersöka om vederbörande är arbetstagare enligt nationell rätt, och inte är undantagen från direktivets tillämpningsområde med stöd av artikel 1.2 och bilaga I, och för det andra om det föreligger ett sådant fall av insolvens som avses i artikel 2 i direktivet. [21]

19 — Se dom av den 8 november 1990 i mål C-53/88, kommissionen mot Grekland (Rec. 1990, s. I-3917), punkt 19, av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m. fl. mot Italien (Rec. 1991, s. I-5357), punkt 3, nedan kallad domen i målet Francovich I, och av den 3 december 1992 i de förenade målen C-140/91, C-141/91, C-278/91 och C-279/91, Suffritti m. fl. (Rec. 1992, s. I-6337), punkt 3.

20 — Punkt 13 i domen i målet Francovich I (min kursivering).

21 — Se domarna i de ovannämnda målen Francovich I, punkt 14, och Francovich II, punkt 17 (ovan fotnot 19 respektive fotnot 14).

38. Den första av dessa förutsättningar preciserades närmare i domstolens dom av den 16 december 1993 i målet Wagner Miret. [22] I detta mål hade en dansk domstol frågat domstolen om en anställd i ledande ställning, som inte var att anse som arbetstagare och följaktligen var utesluten från den garanti som har inrättats med stöd av bestämmelserna om garantiinstitutionerna, omfattades av direktivets tillämpningsområde då han enligt allmänna nationella lagbestämmelser kunde betraktas som arbetstagare. [23]

Domstolen förklarade bland annat följande:

"... för övrigt anges det i artikel 2.2 i direktivet att definitionen av begreppet arbetstagare faller under nationell rätt" (punkt 11). Domstolen uppgav därefter följande:

"Härav följer att direktivet om arbetsgivares insolvens skall omfatta alla kategorier av arbetstagare som definieras som sådana i en medlemsstats nationella rätt, med undantag för dem som uppräknas i bilagan till direktivet" (punkt 12).

Domstolen besvarade sedan den nationella domstolens fråga på följande sätt:

"anställda i ledande ställning får inte uteslutas från tillämpningsområdet för rådets direktiv 80/987/EEG ... när de i nationell rätt betraktas som arbetstagare, och då de inte nämns i avsnitt I i bilagan till direktivet" (punkt 14).

39. Enligt punkt 14 i domen i målet Francovich I (ovannämnt i punkt 38) är detta konstaterande emellertid inte tillräckligt för att en person skall anses ingå i den kategori personer som är berättigad till garantin. Som jag redan har angivit, [24] är detta förhållande bara det första steget avseende frågan huruvida den nationella domstolen kan anse att vederbörande omfattas av direktivets tillämpningsområde. För att fullständigt kunna avgöra detta får den ifrågavarande domstolen också ta hänsyn till arbetsgivarens situation. Då det i "artikel 2.2 i direktivet hänvisas till nationell rätt vad beträffar definitionen av begreppen 'arbetstagare' och 'arbetsgivare'", [25] skall den nationella domstolen först avgöra om den ifrågavarande arbetsgivaren konkret kan betraktas som "arbetsgivare" enligt nationell rätt, och därefter om vederbörande är insolvent på sätt som avses i direktivet.

22 — Mål C-334/92 (Rec. 1993, s. I-6911).

23 — Generaladvokaten Lenz uppgav i sitt förslag till avgörande i detta mål (fotnot 8) att enligt upplysningar från den nationella domstolen betraktades anställda i ledande ställning i spansk rätt som arbetstagare.

24 — Se punkt 22 i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Francovich II (ovan fotnot 14).

25 — Se punkt 13 i domen i det ovannämnda målet Francovich I (ovan punkt 36).

40. Vad beträffar den sistnämnda förutsättningen har domstolen vid sin tolkning av artikel 2 i direktivet uppgivit följande:

"Det framgår av lydelsen av den sistnämnda bestämmelsen att det för att en arbetsgivare skall anses vara insolvent för det första krävs att det enligt respektive medlemsstats lagar och andra författningar finns ett förfarande som innebär att arbetsgivarens tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. För det andra krävs att det under detta förfarande är möjligt att ta hänsyn till arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden. För det tredje krävs att en ansökan om inledande av förfarandet har inlämnats. För det fjärde krävs att den enligt ovan nämnda lagar och andra författningar behöriga myndigheten antingen har beslutat att inleda förfarandet eller har fastställt att arbetsgivarens företag eller verksamhet definitivt har upphört och att befintliga tillgångar är otillräckliga för att förfarandet skall kunna inledas.

Det förefaller alltså som om den gemenskapsrättslige lagstiftaren uttryckligen har begränsat direktivets tillämpningsområde på ett sådant sätt att de rättigheter som följer av direktivet inte kan åberopas av arbetstagare vilka genom anställningsavtal eller anställningsförhållanden är knutna till en sådan arbetsgivare som, enligt de tillämpliga bestämmelserna i den berörda medlemsstaten, inte kan bli föremål för ett förfarande för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. En sådan arbetsgivare kan nämligen inte vara 'insolvent' i den mening som avses i direktivet." [26]

41. På grundval av detta förkastade domstolen ett argument som bland annat hade framförts av kommissionen och som innebar att avsikten med direktivet var att skydda alla arbetstagare med undantag för dem som var angivna i bilagan till direktivet. [27] Domstolen fastslog bland annat följande:

"En tolkning enligt ordalydelsen av artikel 2 i direktivet kan — även om den skulle kunna få till följd att omfattningen av det skydd som följer av direktivet kommer att skilja sig åt från en medlemsstat till en annan på grund av att de nationella systemen för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar är olika — inte rubbas av sådana argument som hänför sig till det syfte som anges i det första övervägandet i direktivet. Även om lagstiftaren allmänt sett har ansett att det var nödvändigt att införa bestämmelser för att skydda arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens, har denne nämligen begränsat det konkreta syftet med sitt handlande till att minska de skillnader som fanns mellan medlemsstaterna beträffande skyddet för arbetstagare i detta avseende. Den ovan nämnda tolkningen enligt ordalydelsen överensstämmer således med den delvisa harmonisering som direktivet syftar till." [28]

26 — Se domen i det ovannämnda målet Francovich II, punkterna 18 och 19.

27 — Se mitt förslag till avgörande i målet Francovich II, punkt 21 och följande punkter.

28 — Domen i det ovannämnda målet Francovich, punkt 20.

På grundval av detta fastslog domstolen följande:

"... direktivet skall tolkas på så sätt att det är tillämpligt på alla arbetstagare — med undantag för de i bilagan upptagna kategorierna — vars arbetsgivare enligt den nationella rätt som de lyder under kan bli föremål för ett förfarande som innebär att deras tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar". [29]

42. Av det ovan anförda framgår till att börja med att direktivet inte innehåller något gemenskapsrättsligt begrepp för "arbetsgivare" och "arbetstagare", som kan tillämpas på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater. Det åvilar uttryckligen medlemsstaterna att fastställa innehållet i dessa begrepp. Vid tillämpning av direktivet skall dessa begrepp användas i den betydelse som de har enligt nationell rätt. [30]

Vidare framgår det av vad som anförts ovan att syftet med direktivet inte är att skydda alla arbetstagare utan undantag, som parterna felaktigt synes anta, utan bara de arbetstagare som a) betraktas som sådana enligt nationell rätt och b) inte uttryckligen är undantagna från direktivets skydd, varvid det även krävs att de har ett anställningsförhållande till en arbetsgivare, vilken c) betraktas som arbetsgivare enligt nationell rätt och d) är insolvent på sätt som avses i direktivet.

För det tredje anser jag att man inte endast utifrån bestämmelserna i direktivet kan avgöra om en viss person omfattas av dess tillämpningsområde. Den nationella domstolen skall bedöma detta med beaktande av nationell lagstiftning.

Garantiinstitutionernas betalningsskyldighet

43. Innebär det förhållandet att den ifrågavarande arbetstagaren själv omfattas av direktivets tillämpningsområde, att denne kan göra anspråk på garantin inför garantiinstitutionen, eller i varje fall inför medlemsstaten?

44. Detta skall besvaras nekande. För att så skulle vara fallet, skulle enligt domstolens rättspraxis direktivet i varje fall vara genomfört i nationell lagstiftning.

29 — Samma dom, punkt 21.

30 — Detta är en vanlig metod i sekundärrätten. Se dom av den 30 januari 1997 i mål C-340/94, De Jaeck (REG 1997, s. I-461), där domstolen fastslog att begreppen "arbetstagare" och "egenföretagare", som används i förordning nr 1408/71 om migrerande arbetstagares sociala trygghet, skall förstås så att tolkningen av dem är beroende av vilka definitioner som lämnas i medlemsstaternas lagstiftning om social trygghet, och att begreppen inte är beroende av om den utövade verksamheten faller under arbetsrätten (punkterna 19 och 23), och att de inte heller hänför sig till det gemenskapsrättsliga arbetstagarbegreppet som anges i artikel 48 i fördraget (punkt 24 och följande punkter).
Det är i detta sammanhang tveksamt om det i direktivet hänvisas till en särskild del av den nationella rätten med avseende på definitionen av uttrycken "arbetsgivare" och "arbetstagare". Direktivet rör naturligtvis skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens. Konkursrätten skall därför beaktas. De specifika bestämmelserna härom visar emellertid klart att man i denna rätt inte har skapat egna begrepp, utan har lånat begrepp från arbetsrätten. Den nationella domstolen skall därför även beakta denna rätt. I artiklarna 6 och 7 i direktivet finns det slutligen bestämmelser som rör arbetstagarnas obligatoriska eller frivilliga socialförsäkringar. Därför skall även motsvarande bestämmelser om social trygghet beaktas. Jag menar följaktligen att det ankommer på den nationella domstolen, som det åligger att pröva dessa delar av nationell lagstiftning, att fastställa begreppen "arbetsgivare" och "arbetstagare" med beaktande av syftet med direktivet.

Domstolen gjorde således följande uttalande i domen i målet Francovich I:

"Av direktivets ordalydelse framgår att medlemsstaten är skyldig att införa ett lämpligt garantisystem ... den omständigheten ... att det enligt direktivet bland annat är möjligt att låta offentliga myndigheter helt överta finansieringen av systemet, är inte detsamma som att staten kan anses som betalningsansvarig för de utestående fordringarna." [31]

Domstolen fortsatte på följande sätt:

"Även om de ifrågavarande bestämmelserna i direktivet således är tillräckligt precisa och ovillkorliga avseende fastställelsen av den personkrets som omfattas av garantin och garantins innehåll, är detta inte tillräckligt för att enskilda skall kunna åberopa dessa bestämmelser vid nationella domstolar. För det första framgår det nämligen inte av dessa bestämmelser vem som skall betala garantin, och för det andra kan staten inte anses som betalningsansvarig endast på grund av att den inte inom föreskriven tid har vidtagit åtgärder för att genomföra direktivet." [32]

45. Efter dessa överväganden fastslog domstolen att om direktivet inte är genomfört i nationell rätt, kan den skadelidande arbetstagaren under vissa förutsättningar rikta betalningsanspråk mot staten på grund av att denna inte har genomfört direktivet (punkt 38 och följande punkter i samma dom).

46. Även följande fråga skall ställas: Kan vederbörande, när direktivet har genomförts i nationell rätt och ifrågavarande garantiinstitution har inrättats, kräva att garantiinstitutionen utbetalar garantin? Föreligger det med andra ord en skyldighet för institutionen enligt bestämmelserna i direktivet att utbetala garantin?

47. Jag noterar i detta avseende att i målet Wagner Miret (se punkt 38) hade den spanska domstolen ställt frågan om vederbörande med hänvisning till direktivet kunde rikta betalningsanspråk direkt mot den nationella garantiinstitutionen eller kräva ersättning av staten, när vederbörande var att betrakta som arbetstagare enligt nationell rätt, men inte enligt de bestämmelser som gällde för garantiinstitutionen.

Domstolen förklarade först att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om de närmare bestämmelserna för garantiinstitutionernas verksamhet, och noterade sedan att det enligt artikel 3.1 i direktivet har överlåtits till medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att garantiinstitutioner

31 — Punkt 25.
32 — Punkt 26.

garanterar betalning av arbetstagarnas utestående fordringar. [33] Domstolen fastslog slutligen följande:

"... a) anställda i ledande ställning har inte med stöd av direktiv 80/987 rätt att kräva betalning för lönefordringar från den garantiinstitution som enligt nationell rätt har inrättats för övriga kategorier arbetstagare, och ... b) om nationell rätt, även om den tolkas mot bakgrund av detta direktiv, inte ger möjlighet att tillförsäkra anställda i ledande ställning de garantier som har fastställts i direktivet, kan dessa kräva ersättning av medlemsstaten för den skada de lidit till följd av att direktivet inte har genomförts för deras vidkommande" (punkt 23). [34]

48. I målet Wagner Miret, liksom i målen Francovich I och II, rörde det sig om fordringar som gjordes gällande av arbetstagare, vilka lydde under samma medlemsstats rättsordning som arbetsgivaren. Domstolens domar i dessa mål, i synnerhet i målet Wagner Miret, visar att det inte är i själva direktivet som garantiinstitutionernas skyldigheter och genomförandeåtgärderna fastställs, utan att detta överlåts till medlemsstaterna. Följaktligen kan det inte endast med stöd av bestämmelserna i direktivet avgöras om och i vilken omfattning en nationell garantiinstitution är skyldig att garantera betalning av lönefordringar som en viss grupp arbetstagare eller vissa arbetstagare har. Om de sistnämnda objektivt sett omfattas av direktivets tillämpningsområde, kan de inte under åberopande av detta göra gällande att en garantiinstitution är skyldig att utbetala garantin till dem, men vid ett bristfälligt genomförande kan de kräva ersättning av medlemsstaten.

49. Då det således är omöjligt att endast med stöd av direktivet avgöra om en institution (som jag förutsätter redan är inrättad) är skyldig att betala garantin, när en arbetsgivare och en arbetstagare lyder under samma stats rättsordning, är det i än högre grad omöjligt att avgöra om samma institution är skyldig till detta när statens rättsordning bara omfattar arbetsgivaren eller arbetstagaren. Därför är det när arbetsgivaren och löntagaren lyder under olika medlemsstaters rättsordningar, vilket till synes är fallet i detta mål, inte längre möjligt att avgöra vilken av de ifrågavarande institutionerna som är skyldig att betala den garanti som avses i direktivet.

33 — Punkterna 17, 18 och 19 i domen i målet Wagner-Miret (ovan fotnot 22).

34 — I sitt förslag till avgörande i målet framhöll generaladvokaten Lenz att domstolen i målet Francovich I hade förklarat att bestämmelserna i direktivet förvisso var "ovillkorliga och tillräckligt precisa" för fastställelsen av den personkrets som omfattas av garantin samt dennas innehåll, men att det inte framgick av bestämmelserna vem som var betalningsansvarig för garantin, vilket innebar att enskilda inte kunde åberopa dem när det inte hade vidtagits åtgärder för att genomföra direktivet. Han behandlade därefter frågan huruvida det förhållandet att det hade inrättats en garantiinstitution i Spanien gav bestämmelserna i direktivet direkt effekt. Han besvarade detta nekande med hänsyn till att den direkta effekten skall framgå av själva bestämmelsen, med beaktande av det sammanhang som den ingår i, och inte av en medlemsstats lagstiftning (punkt 12—16 i förslaget till avgörande).
Jag delar denna uppfattning. Jag anser för övrigt att domstolen i domen i målet Wagner Miret indirekt, men helt klart, anslöt sig till den uppfattningen, eftersom den fastslog att den nationella bestämmelse, som innebar att den ifrågavarande personen undantogs från direktivets skydd, inte kunde eller borde beaktas enligt direktivet.

50. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan skall tolkningsfrågan, vid en bokstavstolkning, besvaras på följande sätt: "I ett sådant fall som det vid den nationella domstolen skall betalningen av arbetstagarens fordringar garanteras av garantiinstitutionen i den medlemsstat där den ifrågavarande skyldigheten föreligger enligt nationell lagstiftning."

51. Det är klart att ett sådant svar är meningslöst och otillfredsställande för den nationella domstolen, eftersom svaret omedelbart ger upphov till en ny fråga, nämligen följande: "Vilken medlemsstat skall, när ingen institution är behörig, genom en korrekt tillämpning av direktivet säkerställa betalning av fordringar under de omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen?" Följaktligen lyder den nationella domstolens fråga i huvudsak som följer: "Innebär direktivet i ett fall som det vid den nationella domstolen, då arbetsgivaren är etablerad och har förklarats vara insolvent i en medlemsstat, medan arbetstagaren är bosatt och arbetar i en annan medlemsstat, att en av dessa två medlemsstater — och i så fall vilken — är skyldig att genom genomförandeåtgärder garantera betalning av fordringarna?" [35]

52. Om jag således har tolkat frågan riktigt, är det nödvändigt att fastställa direktivets geografiska tillämpningsområde.

Jag anser att det av bestämmelserna i direktivet tillsammans med målet för detta följer att det geografiska tillämpningsområdet sammanfaller med gränserna för varje medlemsstats rättsordning. Direktivet är således riktat till varje medlemsstat och innebär att dessa åläggs att genom de för detta ändamål fastställda garantiinstitutionerna säkerställa betalning av arbetstagarnas utestående fordringar vid arbetsgivarens insolvens, förutsatt att både arbetstagare och arbetsgivare omfattas av samma stats rättsordning. [36] Åtgärder som går utöver detta kan inte medföra några förpliktelser, men är enligt artikel 9 i direktivet tillåtna som gynnsammare bestämmelser för arbetstagare.

53. Det skall först påpekas att varken hänvisningen till "de ekonomiska förbindelserna över statsgränserna" i övervägandena till förslaget till direktivet eller den första delen av artikel 1 i förslaget till direktivet, enligt vilken direktivets tillämpningsområde skulle fastställas med utgångspunkt i om arbetsgivarens verksamhet "befinner sig inom fördragets geografiska tillämpningsområde", [37] intogs i direktivet. Om man av denna formulering verkligen kan sluta sig till att förslaget till direktivet också skulle omfatta fordringar som uppstått till följd av arbetsförhållanden

35 — Denna fråga är logiskt sett tvådelad. Den första delen rör dansk rätt och måste besvaras för att den nationella domstolen skall kunna avgöra det mål som har anhängiggjorts vid denna. Den andra delen rör engelsk rätt och behöver därför inte besvaras utifrån den synvinkeln. Då frågan som sådan emellertid kräver en samlad tolkning av direktivet, skall jag behandla de två delarna tillsammans.

36 — Det innebär principiellt, men inte nödvändigtvis, att arbetsgivare och arbetstagare är bosatta inom medlemsstatens territorium.

37 — Se ovan punkt 25.

av internationell karaktär, på sätt som har angivits i punkt 26 i detta förslag, kan upphävandet eller ändringen av de ifrågavarande bestämmelserna bara betyda att gemenskapslagstiftaren gav upp tanken på detta.

54. Vidare kan det påpekas att direktivets materiella tillämpningsområde (arbetstagarens fordringar med mera) och den personkrets som direktivet omfattar definieras i artiklarna 1 och 2 i direktivet. För att med säkerhet kunna avgöra om en arbetstagare hör till den personkrets som direktivet omfattar, skall den nationella domstolen i enlighet med vad som har anförts bedöma dels om arbetstagaren kan betraktas som sådan enligt nationell rätt, dels om det enligt nationell rätt rör sig om en arbetsgivare och om denne är insolvent i den mening som avses i direktivet. [38] I den mån som denna bedömning skall företas på grundval av samma nationella rätt, innebär detta med nödvändighet att gemenskapslagstiftaren förutsatte att det handlade om arbetstagare och arbetsgivare som omfattades av samma nationella rätt.

55. Det kan dessutom påpekas att medlemsstaternas möjlighet att med stöd av artiklarna 4 och 10 i direktivet på olika sätt begränsa garantiinstitutionernas betalning förutsätter en bedömning av de ekonomiska och sociala förhållanden som råder i en och samma stat samt av de anställningsförhållanden som normalt upprättas i denna. Om syftet med direktivet hade varit att förplikta medlemsstaterna att även garantera fordringar som uppstått på grund av anställningsförhållanden över statsgränserna, hade det i direktivet givetvis genomförts en samordning av medlemsstaternas bestämmelser i detta avseende och framför allt ett system för att anpassa garantin beroende på vilka villkor som gäller på det ställe där den skall utbetalas.

56. Slutligen kan det konstateras att det sätt att finansiera garantiinstitutionerna som fastställs i artikel 5 i direktivet leder till samma resultat. Det råder inga tvivel om att gemenskapslagstiftaren avsåg att inrätta ekonomiskt balanserade institutioner, det vill säga institutioner med balans mellan intäkter och utgifter, så att de kan uppfylla sina ålagda förpliktelser. Intäkterna omfattar också finansieringen av arbetsgivarna och/eller medlemsstaten, och den huvudsakliga utgiften och förpliktelsen består i att garantera arbetstagarna betalning för deras fordringar. Den ekonomiska balansen i ett sådant system är huvudsakligen beroende av möjligheten att i tid kunna beräkna tidpunkten för och storleken av intäkterna och utgifterna samt naturligtvis utgifternas faktiska storlek. Det är klart att en sådan balans kan uppnås inom ramen för en stats rättsordning. Då direktivet nämligen inte innehåller några bestämmelser om detta, kan arbetsgivaren i ett fall som detta, som omfattas av en annan stats rättsordning, inte vara skyldig att bidra till finan-

38 — Se ovan punkt 42.

sieringen av garantiinstitutionen i den stat av vars rättsordning arbetstagaren omfattas, och den första medlemsstatens institution kan inte heller vara skyldig att betala fordringar från en arbetstagare som omfattas av den andra medlemsstatens rättsordning, och vilkas utbetalning institutionen inte har kunnat förutse.

Man kan inte heller till stöd för en motsatt uppfattning hänvisa till ordalydelsen i artikel 5 c i direktivet, eftersom en korrekt tolkning av denna bestämmelse innebär att garantiinstitutionernas betalningsskyldighet skall skiljas från den *faktiska* bidragsbetalning som arbetsgivarna skall företa, och således inte rör arbetsgivarnas lagstadgade skyldighet att bidra till institutionernas finansiering, vilken åvilar staten.

57. Slutligen skall jag beröra artiklarna 6, 7 och 8 i direktivet, som ingår i avsnitt III, benämnt Bestämmelser om social trygghet. Genom dessa artiklar inrättas det ett samband mellan garantiinstitutionernas betalningsskyldighet och de *nationella* sociala trygghets- eller försäkrings*systemen*. Enligt artiklarna skall det ske en samordning av garantiinstitutionerna och de nationella trygghetssystemen som bara är möjlig inom ramen för *en* enda medlemsstats rätt. I artikel 6 anges det exempelvis att garantiinstitutionernas betalningsskyldighet enligt artiklarna 3, 4 och 5 i direktivet principiellt *också* omfattar bidrag som arbetstagarna skall betala enligt nationella sociala trygghets- eller försäkringssystem. Detta förutsätter logiskt sett att arbetsgivare och arbetstagare omfattas av samma nationella sociala trygghetssystem och samma garantiinstitution. Garantiinstitutionen och ifrågavarande sociala trygghetssystem skall dessutom lyda under samma medlemsstats rättsordning, vilket innebär att arbetsgivare och arbetstagare också skall omfattas av denna stats rättsordning.

58. I enlighet med vad som har anförts ovan anser jag att den slutsatsen kan dras att direktivets geografiska tillämpningsområde sammanfaller med gränserna för varje medlemsstats rättsordning. Detta överensstämmer med såväl direktivets innehåll som dess syfte, som är begränsat till en viss harmonisering av de nationella lagstiftningarna om arbetsgivares insolvens.

En annan lösning än den som jag har föreslagit skulle, även om den överensstämde med den verkliga avsikten med den ställda tolkningsfrågan, förutsätta en samordning av medlemsstaternas konkursbestämmelser, arbetsrättsliga bestämmelser, sociala trygghetssystem samt av den internationella privaträtten, vilket absolut inte är förenligt med direktivets syfte.

59. Domstolen har för övrigt valt samma lösning i fråga om andra direktiv om tillnärmning av nationella lagstiftningar.

Domstolen har i samband med en tolkning av rådets sjätte direktiv om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter [39] fastslagit att "... direktivets tillämpningsområde sammanfaller med tillämpningsområdet för varje enskild medlemsstats skatte- och avgiftslagstiftning", [40] men att direktivet "inte på något sätt begränsar medlemsstaternas frihet att använda sin avgiftslagstiftning också utanför det egentliga nationella territoriet, så länge som de inte ingriper i andra medlemsstaters behörighet". [41]

Om medlemsstaterna således enligt direktivet är skyldiga att avgiftsbelägga tjänster som utförs inom deras territorium, innebär det inte att de är skyldiga att avgiftsbelägga tjänster som utförs på ett fartyg i internationellt farvatten, även om detta transporterar varor mellan två platser inom nationellt territorium, [42] vilket dock inte heller förbjuds i direktivet. [43] Domstolen har vidare i samband med en tolkning av direktiv 77/143 [44] förklarat att direktivet bygger på antagandet att en medlemsstat endast kan utöva direkt kontroll med hjälp av de provningsanläggningar som ligger inom medlemsstatens eget territorium, och att direktivet, eftersom kontrollkriterierna bara delvis är harmoniserade, innebär att medlemsstaterna under vissa förutsättningar skall erkänna kontrollintyg som har utfärdats i andra medlemsstater. [45]

60. Jag skall slutligen framhålla att direktivet reglerar ett bestämt område och därför inte kan ges en analog tolkning mot bakgrund av andra särbestämmelser som de bestämmelser som käranden i målet vid den nationella domstolen och den tyska regeringen har åberopat. Dessa bestämmelser är dessutom äldre än bestämmelserna i direktivet, och om gemenskapslagstiftaren hade velat hänvisa till dessa hade han uttryckligen gjort det i direktivet. För övrigt är de skyldigheter som medlemsstaterna åläggs i direktivet tvingande och kan inte frångås genom sådana privaträttsliga avtal som det anställningsavtal som käranden i målet vid den nationella domstolen har åberopat.

39 — Direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 (EGT L 145, s. 1).

40 — Se dom av den 4 juli 1985 i mål 168/84, Berkholz (Rec. 1985, s. 2251), punkt 16.

41 — Dom av den 23 januari 1986 i mål 283/84, Trans Tirreno Express (Rec. 1986, s. 231), punkt 20.

42 — Dom av den 13 mars 1990 i mål C-30/89, kommissionen mot Frankrike (Rec. 1990, s. I-691).

43 — Se domen i det ovannämnda målet Trans Tirreno Express (fotnot 41), punkt 21.

44 — Rådets direktiv 77/143/EEG av den 29 december 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om provning av motorfordons och tillhörande släpfordons trafiksäkerhet (EGT L 47, 1977, s. 47).

45 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-55/93, Van Schaïk (Rec. 1994, s. I-4837), punkterna 20, 21 och 22.

61. Jag skall nu behandla följderna av den lösning som jag har föreslagit i detta fall. Enligt denna skall varje medlemsstat utbetala garantin till alla arbetstagare som lyder under dess rättsordning, så snart de även omfattas av direktivets tillämpningsområde. Enligt direktivet är staten inte skyldig — men inte heller förhindrad — att utvidga garantin till andra grupper av arbetstagare än till dem som i strikt mening omfattas av dennas rättsordning. Det ankommer på den nationella domstolen i varje medlemsstat att i det konkreta fallet, med utgångspunkt i vad som har anförts ovan, avgöra om vederbörande uppfyller villkoren för att omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Om detta är fallet skall den nationella domstolen vidare undersöka om den nationella institutionen utbetalar den begärda garantin. Om det inte anges i bestämmelserna för denna nationella institution att fordringarna skall betalas, [46] har löntagaren rätt till ersättning.

62. Det framgår inte klart av beslutet om att begära förhandsavgörande om Carina Mosbæk omfattas av dansk rätt och om hon skall betraktas som "arbetstagare" enligt denna rätt. Det framgår emellertid av detta besluts lydelse, läst mot bakgrund av de obestridda skriftliga och muntliga inläggen från företrädaren för det danska institutet, att bolaget Colorgen över huvud taget inte omfattas av dansk rätt och därför inte heller kan betraktas som "arbetsgivare" enligt denna rätt. Om detta är fallet kan Danmark under inga omständigheter anses ha åsidosatt direktivet genom att inte ha vidtagit åtgärder för att via den danska garantiinstitutionen betala Carina Mosbæks fordringar. Följaktligen är käranden enligt dansk rätt varken berättigad till garanti eller ersättning.

63. Å andra sidan har den brittiska regeringen i sina skriftliga inlagor och under sammanträdet hävdat att käranden har rätt till garantin enligt engelsk rätt, vilket på intet sätt strider mot direktivet.

Jag kan inte bedöma om denna bestämmelse binder den brittiska garantiinstitutionen och de brittiska rättsinstanserna som eventuellt skall avgöra kärandens fall. Under alla omständigheter är det inte nödvändigt att besvara den frågan för att lösa den tvist som är anhängiggjord vid den nationella domstolen, och domstolen behöver följaktligen inte befatta sig med den.

46 — Det är naturligtvis möjligt att det i ett fall som det vid den nationella domstolen enligt en medlemsstats nationella bestämmelser inte anses att personer som är anställda i en annan medlemsstat under de förhållanden som gäller för käranden är "arbetstagare", medan ett företag som Colorgen, enligt bestämmelserna i den stat där arbetsgivaren utövar sin verksamhet, inte betraktas som "arbetsgivare". I ett sådant fall har arbetstagaren inte rätt till garantin, eftersom han inte inom ramarna för de två ifrågavarande rättsordningarna uppfyller det grundläggande villkoret för att omfattas av direktivet.
Detta är inte särskilt överraskande. Detta kan till och med inträffa inom en och samma nationella rätt (som i målet Francovich II), vilket beror på de begränsade målen för direktivet. Det kan också hända att båda staterna erbjuder sig att betala garantin. En sådan situation faller emellertid utanför direktivets område och skall bedömas med utgångspunkt i de nationella lagstiftningarna.

V — Förslag till avgörande

64. Jag föreslår följaktligen att den ställda tolkningsfrågan besvaras på följande sätt:

Bestämmelserna i direktiv 80/987/EEG skall tolkas så, att de inte innebär en skyldighet för en medlemsstat att betala den garanti som föreskrivs i direktivet, när arbetstagaren eller arbetsgivaren inte omfattas av denna medlemsstats rättsordning, eller när arbetsgivaren eller arbetstagaren inte erkänns som sådana enligt nationell rätt.

I ett fall som det vid den nationella domstolen, där arbetsgivaren är etablerad och har förklarats vara insolvent i en medlemsstat, medan arbetstagaren är bosatt och arbetar i en annan medlemsstat, ankommer det på de nationella domstolarna i var och en av de ifrågavarande medlemsstaterna att avgöra om arbetstagaren under dessa omständigheter enligt ifrågavarande nationell rätt skall anses omfattas av direktivets tillämpningsområde.