FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 15. juli 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

A — Indledende bemærkninger

1. Denne præjudicielle sag vedrører fortolkningen af 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].

2. Appellanten i hovedsagen, T. Wagner Miret, har arbejdet som direktør for virksomheden CEP Catalana SA. Det fremgår af hovedsagens akter, at han bl. a. havde bemyndigelse til at repræsentere virksomheden ved indgåelse af retshandler [2]. Han forlod virksomheden i slutningen af 1989. Den 9. november 1990 blev virksomheden erklæret insolvent. Herefter anlagde T. Wagner Miret sag mod Fondo de Garantía Salarial med påstand om udbetaling af de beløb, virksomheden stadig skyldte ham. Konkret drejede det sig om hans løn for perioden 1. oktober 1989 — 30. november 1989 samt forholdsmæssige andele, han havde til gode som følge af sin fratræden [3].

3. Fondo de Garantía Salarial (herefter benævnt »garantifonden«) blev oprettet i henhold til artikel 33 i lov nr. 8/80 af 10. marts 1980 [4], Estatuto de los Trabajadores (herefter benævnt »lov om arbejdsforhold«). Anvendelsesområdet for loven om arbejdsforhold er defineret i lovens artikel 1. Efter nævnte bestemmelse finder lovens bestemmelser bl. a. ikke anvendelse på personer, hvis virksomhed kun omfatter udøvelse af funktioner som medlem af et selskabs ledelse eller bestyrelse [artikel 1, stk. 3, litra c)]. Ansættelsesforholdet for direktionsmedlemmer (»personal de alta dirección«), som ikke er omfattet af ovennævnte kategori, er betegnet som ansættelsesforhold af særlig karakter [lovens artikel 2, stk. 1, litra a)].

4. Den nærmere regulering af ansættelsesforholdet af særlig karakter for direktionsmedlemmer skete først ved kongeligt dekret nr. 1382/85 [5]. Dekretets artikel 15 bestemmer, at nærmere angivne bestemmelser i lov om arbejdsforhold finder anvendelse på

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 283 af 28.10.1980, s. 23.

2 — Det fremgår i øvrigt, at T. Wagner Miret var en af selskabets stiftere, og at han var aktionær, men at hans andel i selskabet dog ikke var betydelig (ca. 3% af aktiekapitalen).

3 — Sidstnævnte beløb skulle tilsyneladende udgøre en form for erstatning til T. Wagner Miret for hans andele af selskabskapitalen.

4 — *Boletín Oficial del Estado* (»Lovtidende«) nr. 64 af 14.3.1980; gengivet i Aranzadi (udg.), *Repertorio cronológico de legislación 1980*, Pamplona 1980, nr. 607.

5 — *Boletín Oficial del Estado* nr. 192 af 12.8.1985; gengivet i Aranzadi (udg.), *Repertorio cronológico de legislación 1985*, bind II, Pamplona 1985, nr. 2010.

ansættelsesforholdet af særlig karakter for direktionsmedlemmer. Artikel 33 i lov om arbejdsforhold er ikke blandt disse bestemmelser.

5. I henhold til forelæggelseskendelsen må det lægges til grund, at T. Wagner Miret er direktionsmedlem som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra a), i lov om arbejdsforhold.

6. I henhold til artikel 1, stk. 2, første afsnit, i direktiv 80/987/EØF kan medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde udelukke visse kategorier af arbejdstagere; disse kategorier er indeholdt i bilaget til direktivet (artikel 1, stk. 2, andet afsnit). Efter Spaniens tiltrædelse af Fællesskaberne blev bilaget suppleret ved Rådets direktiv 87/164/EØF af 2. marts 1987 [6]. Efter nævnte direktiv er for Spaniens vedkommende kun »tjenestefolk, der er ansat af en fysisk person«, udelukket fra direktivets anvendelsesområde.

7. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende retsinstans er de spanske domstole ikke enige om, hvorvidt direktivet finder anvendelse på en person som T. Wagner Miret. Dette er baggrunden for, at Tribunal Superior de Justicia de Cataluña har forelagt følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

1) Omfatter direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 alle arbejdstagere bortset fra dem, der er udelukket i henhold til bilaget til direktivet (87/164/EØF af 2.3.1987)?

2) Indebærer den omstændighed, at Spanien ikke i bilaget til direktiv 87/164/EØF af 2. marts 1987, der supplerer det oprindelige bilag som følge af Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet, har medtaget den konkrete undtagelse med hensyn til direktionsmedlemmer, at de nævnte personer fortsat generelt kan være afskåret fra de i direktiv 80/987/EØF fastsatte garantier?

3) Såfremt de i direktiv 80/987/EØF fastsatte garantier finder anvendelse på direktionsmedlemmer i Spanien, skal de nævnte garantier da opfyldes gennem den instans, der opfylder dem for andre arbejdstagere (Fondo de Garantía Salarial) eller i form af en erstatning direkte fra staten?

B — Stillingtagen

De to første spørgsmål

8. Svaret på det første spørgsmål følger direkte af selve direktiv 80/987. I henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, finder det anvendelse på krav, som arbejdstagere i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold har erhvervet i forhold til arbejdsgivere, der er insolvente, som omhandlet i direktivet. Artikel 1, stk. 2, første afsnit, bestemmer, at medlemsstaterne »undtagelsesvis« kan udelukke visse kategorier af arbejdstagere fra direktivets anvendelsesområde. Fortegnelsen over disse kategorier er indeholdt i bilaget til direktivet (direktivets artikel 1, stk. 2, andet

6 — EFT L 66 af 11.3.1987, s. 11.

afsnit). Som Domstolen allerede har fastslået, er kun de arbejdstagere udelukket fra direktivets anvendelsesområde, som udtrykkeligt er angivet på listen i bilaget til direktivet [7].

9. Svaret på det andet spørgsmål følger af ovennævnte bemærkninger. Da direktionsmedlemmer ikke er omtalt i bilaget til direktiv 80/987, må de ikke udelukkes fra direktivets anvendelsesområde. Dette forudsætter ganske vist, at de er »arbejdstagere« i direktivets forstand. Det følger af direktivets artikel 2, stk. 2, at definitionen af indholdet af dette begreb henhører under national ret. Det tilkommer således de nationale retsinstanser at afgøre dette spørgsmål [8]. Såfremt direktionsmedlemmer herefter betragtes som arbejdstagere, må de ikke udelukkes fra anvendelsesområdet for direktiv 80/987, når og så længe de ikke er omtalt i bilaget til direktivet.

Det tredje spørgsmål

10. Såfremt direktivets anvendelsesområde også omfatter direktionsmedlemmer, opstår det spørgsmål, på hvilken måde sådanne personer kan opnå den beskyttelse, der er fastsat i direktivet. Det er det, det tredje spørgsmål drejer sig om, idet den forelæggende retsinstans ønsker oplyst, om de i direktivet fastsatte garantier skal opfyldes af det organ, der opfylder dem for andre arbejdstagere, eller i form af erstatning direkte fra staten.

11. Ved formuleringen af spørgsmålet har den nationale retsinstans tydeligt haft Domstolens dom i *Francovich*-sagen [9] i tankerne. Som bekendt drejede den sag sig om, hvilke følger den manglende gennemførelse af direktiv 80/987 havde i Italien. Domstolen fastslog, at bestemmelserne i direktiv 80/987 var »ubetingede og tilstrækkelig præcise« med hensyn til fastlæggelsen af den personkreds, der er omfattet af garantien, samt dennes indhold [10]. Alligevel kan private ikke påberåbe sig disse bestemmelser ved de nationale domstole, idet det ikke af bestemmelserne fremgår, hvem der er debitor for garantien, og den pågældende medlemsstat kan ikke anses som debitor, alene fordi den ikke rettidigt har truffet gennemførelsesbestemmelser [11]. Til trods herfor fastslog Domstolen, at »en medlemsstat ifalder erstatningsansvar for privates tab som følge af den manglende gennemførelse af direktiv 80/987« [12].

12. I den foreliggende sag kan man ganske vist overveje, om direktivets bestemmelser ikke kan tillægges direkte virkning, eftersom den eneste omstændighed, som i Francovich-sagen var til hinder for, at Domstolen tillagde bestemmelserne en sådan virkning, ikke foreligger i denne sag. Som vi allerede har set,

7 — Dom af 2.2.1989, sag 22/87, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 143, præmis 18. Se også dom af 8.11.1990, sag C-53/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3917, præmis 14.

8 — Det fremgår af oplysningerne fra den forelæggende retsinstans, at i spansk ret anses direktionsmedlemmer for arbejdstagere.

9 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357. Forelæggelseskendelsen fra Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Afdelingen for Sociale Sager, er afsagt den 31.7.1992.

10 — A.st. (note 9), præmis 22. Se nærmere præmis 13 og 14 (personkredsen) og præmis 15-21 (garantiens indhold).

11 — A.st. (note 9), præmis 26.

12 — A.st. (note 9), præmis 46.

findes der i spansk ret regler om en garantifond. Det eneste hul i den spanske ordning synes at være, at ydelserne fra den garantifond, der er oprettet ved artikel 33 i lov om arbejdsforhold, ikke kan udbetales til arbejdstagere, der er direktionsmedlemmer. Det kunne derfor antages, at privatpersoner kunne påberåbe sig direktivets bestemmelser på en sådan måde, at de nationale retsinstanser var forpligtet til ikke at bringe herimod stridende bestemmelser i anvendelse, det vil i sagen her sige reglen om, at direktionsmedlemmer ikke er omfattet af den beskyttelse, garantifonden sikrer.

13. En sådan fortolkning ville være forenelig med Domstolens dom i *Suffritti*-sagen [13]. Den sag drejede sig om en fortolkning af direktiv 80/987 i relation til faktiske omstændigheder, der havde udspillet sig inden udløbet af den frist, der var fastsat for direktivets gennemførelse i national ret. I mit forslag til afgørelse i den sag gav jeg udtryk for, at direktivets bestemmelser ikke havde direkte virkning [14]. I dommen fremkom Domstolen derimod blot med den generelle bemærkning, at kun såfremt en medlemsstat ikke har gennemført et direktiv korrekt ved udløbet af gennemførelsesfristen, kan private på visse betingelser påberåbe sig rettigheder, som de udleder direkte af direktivets bestemmelser [15].

14. En fortolkning, som ville føre til, at direktivets bestemmelser blev tillagt direkte virkning, er efter min opfattelse imidlertid ikke på sin plads. De forskelle, der eventuelt ville følge heraf mellem de enkelte medlemsstater, ville næppe give anledning til betænkeligheder. I en stat, som havde oprettet en garantiinstitution, som ikke fuldt ud opfyldte reglerne, ville den enkelte kunne gøre sit krav gældende direkte over for institutionen. Såfremt en stat end ikke havde oprettet en sådan garantiinstitution, ville det være staten selv, som skulle yde den enkelte borger erstatning, jf. dommen i Francovich-sagen.

I første omgang er der imidlertid grund til at bemærke, at det forekommer tvivlsomt, at den omstændighed, at der i spansk ret findes regler om en garantifond, er tilstrækkelig til, at direktivets bestemmelser kan tillægges direkte virkning. En sådan direkte virkning skal fremgå af selve direktivbestemmelsen under hensyntagen til den sammenhæng, hvori den indgår, og ikke af en medlemsstats retsforskrifter [16].

15. Det må også fremhæves, at Domstolen ikke kom ind på det spørgsmål i Francovich-sagen. I den forbindelse er der grund til at se nærmere på de faktiske omstændigheder, der var baggrunden for dommen i Francovich-sagen. De omstændigheder, der er relevante for den foreliggende sag, kendes allerede fra dommen i sagen *Kommissionen mod Italien* [17] fra 1989, hvor Domstolen fastslog, at Italien ikke havde overholdt sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten, idet direktivet ikke var blevet gennemført i italiensk ret. I den sag havde den italienske regering gjort gældende, at de gældende bestemmelser i italiensk ret sikrede arbejdstagerne en beskyttelse svarende til den, der tilsigtedes med direktivet. Regeringen henviste i den forbindelse navnlig til den såkaldte garantiordning, som »Cassa integrazione guadagni

13 — Dom af 3.12.1992, forenede sager C-140/91, C-141/91, C-278/91 og C-279/91, Sml. I, s. 6337.

14 — Forslag til afgørelse af 29.10.1992, Sml. I, på s. 6348, punkt 2.

15 — A.st. (note 13), præmis 13.

16 — Jf. dom af 15.4.1986, sag 237/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1247, præmis 17.

17 — A.st. (note 7).

— gestione straordinaria« (løntilskudskasse, særlig ordning) indebar [18].

16. Domstolen indrømmede, at ydelserne fra den ovenfor nævnte tilskudskasse opfyldte kravene i direktivet med hensyn til garantiens materielle anvendelsesområde [19]. Sammenholdt med direktivets krav indeholdt denne garanti imidlertid tre huller med hensyn til dens personelle anvendelsesområde. For det første omfattede den italienske ordning kun visse virksomheder. For andet sikrede ordningen ikke beskyttelse af alle arbejdstagere i de pågældende virksomheder; f.eks. var direktionsmedlemmer udelukket. Endelig var beskyttelsen ikke sikret automatisk, men afhang af en række forhold, som myndighederne skulle bedømme [20]. Henset til disse huller kunne ordningen derfor ikke antages at være en tilstrækkelig gennemførelse af den beskyttelse, der kræves efter direktivet [21].

Som i den foreliggende sag kunne man også i Francovich-sagen have overvejet, om de berørte arbejdstagere ikke måtte anerkendes at have et krav over for løntilskudskassen, nærmere bestemt på den måde, at man, henset til direktivbestemmelsernes direkte virkning, skulle undlade at bringe de begrænsninger i national ret, der ville være til hinder for et sådant krav, i anvendelse. Domstolen end ikke overvejede en sådan løsning, efter min opfattelse med rette.

17. Men navnlig må man have for øje, at for så vidt angår garantiinstitutioner, der er bidragsfinansieret [22], ville det være urimeligt at lade sådanne organer bære risici, for hvilke de i første omgang ikke har modtaget bidrag. Man kan ganske vist forestille sig, at garantiinstitutionerne i så fald kunne rejse erstatningskrav over for staten. En sådan fremgangsmåde er imidlertid ikke nødvendig, såfremt den enkelte borger — som i Francovich-sagen — anerkendes at have et direkte krav på erstatning fra den pågældende medlemsstat.

18. Som den nationale retsinstans har bemærket i forelæggelseskendelsen, er de spanske domstole tilsyneladende ikke enige om, hvorvidt en person som T. Wagner Miret kan gøre krav gældende over for den spanske garantifond [23]. I sit skriftlige indlæg har Kommissionen anført, at de spanske bestemmelser kan *fortolkes* på en sådan måde, at direktionsmedlemmer kan blive omfattet af de garantier, der er fastsat i artikel 33 i lov om arbejdsforhold. I retsmødet bekræftede Kommissionen dette synspunkt.

19. Hertil skal jeg bemærke, at i henhold til Domstolens faste praksis skal national ret i videst muligt omfang fortolkes på en sådan måde, at den er i overensstemmelse med direktivet:

18 — Den italienske regering gjorde også gældende, at italiensk ret indeholdt bestemmelser om en ydelse, der udbetales, når arbejdsforholdet ophører. Domstolen fastslog, at denne ydelse ikke havde noget at gøre med den garanti for betaling af løn, der ikke er blevet udbetalt, *mens* ansættelsesforholdet bestod, og som direktivet søger sikret (a.st., præmis 11).

19 — A.st. (note 7), præmis 12.

20 — A.st. (note), præmis 13 23.

21 — Se i den forbindelse mit forslag til afgørelse i sag 22/87, Sml. 1989, på s. 152, punkt 20 ff.

22 — I henhold til artikel 33, stk. 6, i lov om arbejdsforhold finansieres den spanske garantifond gennem arbejdsgiverbidrag, hvis størrelse fastsættes af staten.

23 — Jf. ovenfor under punkt 7.

»Det tilkommer den nationale domstol under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende national lovgivning i overensstemmelse med fællesskabsretten og — såfremt en sådan overensstemmelse ikke kan opnås ad fortolkningsvejen — at lade enhver modstående internretlig forskrift være retligt uvirksomhed« [24].

20. Det må understreges, at det alene tilkommer de nationale retsinstanser at fortolke de nationale bestemmelser på en måde, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Inden for rammerne af den præjudicielle procedure efter EØF-traktatens artikel 177 har Domstolen ikke til opgave og heller ikke kompetence til at fortolke medlemsstaternes nationale retsforskrifter.

21. En sådan fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten fører imidlertid ikke nødvendigvis til, at krav fra arbejdstagere som T. Wagner Miret skal opfyldes af den garantifond, der er oprettet i henhold til artikel 33 i lov om arbejdsforhold. Der er efter min opfattelse ingen bestemmelser i direktivet, som er til hinder for, at tilvejebringelsen af den garanti, der er fastsat i direktiv 80/987, for bestemte kategorier af arbejdstagere overdrages et særligt organ. Det tilkommer i givet fald den nationale retsinstans at afgøre, om der findes et sådant organ i Spanien.

22. Hvis en fortolkning af de nationale retsforskrifter derimod fører til, at sagsøgeren herefter ikke kan blive omfattet af den garanti, han har ret til, vil sagsøgeren i hovedsagen kunne kræve erstatning af den spanske stat, således som nærmere udviklet i dommen i *Francovich*-sagen.

23. I sit skriftlige indlæg har T. Wagner Miret nedlagt påstand om, at Domstolen i dommen fastslår, at det beløb, han i henhold til direktiv 80/987 har ret til, ikke kun omfatter løn (»salarios«), men også andre beløb. Hertil skal jeg bemærke, at de i øvrigt præcist formulerede præjudicielle spørgsmål ikke berører dette problem, og at Domstolen derfor ikke skal beskæftige sig med det.

C — Forslag til afgørelse

24. Sammenfattende skal jeg foreslå, at de forelagte spørgsmål besvares som følger:

1) Direktiv 80/987/EØF omfatter alle arbejdstagere, bortset fra de kategorier af arbejdstagere, der er opregnet i bilaget til direktivet.

24 — Dom af 4.2.1988, sag 157/86, Murphy mod An Bord Telecom Eireann, Sml. s. 673, præmis 11.

2) For så vidt som direktionsmedlemmer efter national ret anses for arbejdstagere, og de ikke er omtalt i bilaget til direktiv 80/987/EØF, må de ikke udelukkes fra direktivets anvendelsesområde.

3) Opfyldelsen af den i direktiv 80/987/EØF fastsatte garanti for direktionsmedlemmer kan varetages af det organ, der er kompetent med hensyn til andre arbejdstagere, eller af en særlig institution. Såfremt der selv ud fra en fortolkning, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten, efter national ret ikke er hjemmel til nogen af disse løsninger, tilkommer det den berørte medlemsstat at erstatte det tab, private måtte lide som følge af, at direktiv 80/987/EØF ikke er blevet gennemført.