FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 14. maj 1998 *

I — Indledning

1. I denne sag har Arrondissementsrechtbank, Alkmaar, i et præjudicielt spørgsmål til Domstolen, anmodet om en afgørelse vedrørende 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] (herefter »direktivet«).

2. Sagen for den nationale ret drejer sig om fastlæggelsen af »ikke betalte« lønkrav, som en arbejdstager har på en arbejdsgiver, der er blevet insolvent, og endvidere om opgørelsen af garantibeløbet i tilfælde, hvor arbejdsgiveren har udbetalt arbejdstageren en del af lønnen i den i direktivet omhandlede referenceperiode.

II — De fællesskabsretlige regler

3. Efter fast retspraksis har direktivet til formål på fællesskabsplan at sikre arbejdstagerne en minimumsbeskyttelse i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, idet direktivet dog ikke afskærer medlemsstaterne fra at anvende gunstigere bestemmelser. Med henblik herpå skal der ifølge direktivet navnlig tilvejebringes en række særlige garantier for at sikre betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, og som vedrører løn for en bestemt periode [2].

4. Direktivets artikel 1 har følgende ordlyd:

»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.

* Originalsprog: græsk.

1 — EFT L 283, s. 23.

2 — Jf. domme af 10.7.1997, forenede sager C-94/95 og C-95/95, Bonifaci m.fl. og Berto m.fl., Sml. I, s. 3969, præmis 3, og sag C-373/95, Maso m.fl., Sml. I, s. 4051, præmis 50 og 56.

...«

5. I artikel 2, stk. 1, bestemmes det, hvornår en arbejdsgiver anses for at være insolvent, og derefter hedder det i artikel 2, stk. 2:

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

6. I henhold til artikel 3, stk. 1, skal de af medlemsstaterne oprettede garantiinstitutioner sikre arbejdstagerne betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, og som vedrører løn for perioden inden en bestemt dato.

I artikel 3, stk. 2, bestemmes det, at den i stk. 1 omhandlede dato efter medlemsstaternes valg kan være

— enten den dato, på hvilken arbejdsgiverens insolvens er indtrådt

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

— eller en kombination af disse datoer.

7. I henhold til direktivets artikel 4 kan medlemsstaterne imidlertid begrænse betalingspligten for garantiinstitutionerne til krav, der vedrører en bestemt periode (referenceperioden), som fastlægges ud fra den dato, der er valgt i henhold til artikel 3.

Hvis medlemsstaterne har benyttet muligheden i henhold til artikel 3, stk. 2, andet led, skal de således »sikre betalingen af tilgodehavender for løn for de sidste tre måneder af arbejdsaftalen eller ansættelsesforholdet, som ligger forud for datoen for meddelelsen om arbejdstagerens opsigelse på grund af arbejdsgiverens insolvens« (artikel 4, stk. 2, andet led).

8. Denne betalingspligt for garantiinstitutionerne kan desuden begrænses på nærmere vilkår, der er fastsat i artikel 4, stk. 3, som har følgende ordlyd:

»3. Medlemsstaterne kan dog for at undgå udbetaling af beløb, der overstiger dette

direktivs sociale sigte, fastsætte et loft over garantien for betaling af arbejdstagernes tilgodehavender.«

9. I direktivets artikel 9 tilføjes følgende:

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

10. Endelig bestemmes det i artikel 11, at medlemsstaterne sætter de nødvendige administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet inden for en frist af 36 måneder efter dets meddelelse. Denne frist udløb den 23. oktober 1983 [3].

III — National ret

11. I Nederlandene er spørgsmålet om arbejdstagernes tilgodehavender over for arbejdsgivere, der er blevet insolvente, reguleret i kapitel IV (artikel 61-68) i Werkloosheidswet (den nederlandske lov af 1968 om obligatorisk arbejdsløshedsforsikring). Kommissionen har oplyst, at Kongeriget Nederlandene ikke har truffet særlige gennemførelsesforanstaltninger, idet man har anset de allerede gældende bestemmelser for forenelige med direktivet.

12. Som det fremgår af forelæggelsesbeslutningen og parternes indlæg, gælder der i henhold til den nederlandske lovgivning følgende regler:

13. I henhold til lovens artikel 61, stk. 1, har arbejdstageren ret til en ydelse fra garantiinstitutionen, hvis han har tilgodehavender i form af løn eller feriegodtgørelse over for en arbejdsgiver, der er ude af stand til at betale.

14. Ved løn forstås i henhold til artikel 67, litra a), alt, hvad arbejdsgiveren i forbindelse med ansættelsesforholdet er forpligtet til at betale til arbejdstageren (bortset fra feriegodtgørelse).

15. Retten til ydelsen omfatter i henhold til lovens artikel 64

3 — Dom af 2.2.1989, sag 22/87, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 143, præmis 3.

— lønnen i højst tretten uger umiddelbart forud for den dag, hvor ansættelsesforholdet er opsagt (bortset fra feriegodtgørelse) [litra a)]

— lønnen i den gældende opsigelsesperiode, som efter de oplysninger, Kommissionen har givet, er på seks uger [litra b)]

— feriegodtgørelse i højst et år [litra c)].

16. Som Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen med rette har anført, svarer den referenceperiode på tretten uger, som omhandles i den nederlandske lovs artikel 64, litra a), til den periode på tre måneder forud for meddelelsen om opsigelsen, som nævnes i direktivets artikel 3, stk. 2, andet led, og artikel 4, stk. 2, andet led. Denne regel, som man har valgt i den nederlandske lovgivning, er således i overensstemmelse med direktivet.

17. Som parterne ligeledes med rette har anført, er udvidelsen af garantien for arbejdstagernes tilgodehavender for løn til også at omfatte løn i opsigelsesperioden [lovens artikel 64, litra b)], dvs. ud over referenceperioden, udtryk for, at man i overensstemmelse med direktivets artikel 9 har fastsat gunstigere bestemmelser.

18. Det samme gælder for feriegodtgørelsen, som garanteres i ét år [artikel 64, litra c)], i det mindste for så vidt angår den del af feriegodtgørelsen, der ligger ud over referenceperioden [4].

IV — Faktiske omstændigheder

19. Sagsøgeren i hovedsagen, A. G. R. Regeling, blev den 29. oktober 1990 ansat som svejser hos en nederlandsk arbejdsgiver, F. R. Moojen.

Den 14. juni 1991 opsagde arbejdsgiveren arbejdsforholdet, som derefter ophørte pr. 1. august samme år.

4 — Som det omtales nærmere i det følgende (punkt 51), omfatter garantien i henhold til direktivet hele den løn, inklusive alle tillæg og godtgørelser i henhold til loven, som arbejdstageren har ret til som modydelse for det arbejde, der er udført i referenceperioden. Ved beregningen af garantien tages der således fuldt ud hensyn til feriegodtgørelsen for referenceperioden (tre måneder eller tretten uger), mens betaling af godtgørelsen for et længere tidsrum (indtil et år) er en gunstigere bestemmelse (direktivets artikel 9).

Den 21. april 1992 blev arbejdsgiveren erklæret konkurs, men boet blev sluttet på grund af manglende aktiver.

20. Indtil udgangen af 1990 modtog sagsøgeren sin løn, som udgjorde 3 900 NLG (eksklusive feriegodtgørelse), rettidigt, men på grund af økonomiske problemer, begyndte arbejdsgiveren fra den 1. januar 1991 at udbetale lønnen med uregelmæssige mellemrum og ufuldstændigt. I tiden indtil arbejdsaftalen blev opsagt, havde arbejdstageren i alt modtaget et beløb på 18 136 NLG.

21. Efter konkurserklæringen gjorde sagsøgeren over for den nederlandske garantiinstitution krav på garantien i henhold til direktivet. Hans krav for den relevante periode fra den 15. marts til den 25. juli 1991 (dvs. for referenceperioden på tretten uger eller tre måneder plus opsigelsesperioden på seks uger) på løn, overarbejdsbetaling og feriegodtgørelse udgjorde efter hans beregninger 21 892 NLG. Efter sagsøgerens opfattelse skyldte arbejdsgiveren ham således 3 756 NLG i tilgodehavende for løn og tillæg.

22. Garantiinstitutionen afslog sagsøgerens krav med den begrundelse, at de delvise betalinger, arbejdsgiveren havde foretaget i referenceperioden, sammenlagt oversteg hele det beløb, arbejdstageren havde krav på i form af tilgodehavende for løn i samme tidsrum.

23. Arbejdstageren indbragte garantiinstitutionens afgørelse for den forelæggende ret. Til støtte for sine krav fremførte han, at arbejdsgiverens delvise betaling ikke alene skulle henføres til krav, der var opstået i referenceperioden, men også til ældre krav (vedrørende tiden fra den 1.1. til og med den 15.3.1991), som skulle indfries først. Garantiinstitutionen gjorde derimod gældende, at arbejdsgiverens delvise betaling i det pågældende tidsrum skulle betragtes som betaling af de krav, der var opstået i samme tidsrum, og at sagsøgeren derfor ikke længere havde tilgodehavender.

24. Den forelæggende ret har anført, at dette spørgsmål ikke er udtrykkeligt reguleret i de gældende nationale bestemmelser, og at opfattelsen i retspraksis går i forskellig retning. Praksis i civilretlige forhold er således i overensstemmelse med sagsøgerens opfattelse, mens forvaltningsdomstolene følger en praksis, der er i overensstemmelse med garantiinstitutionens opfattelse.

25. Efter Hoge Raad's praksis finder artikel 1432 og 1435 i Burgerlijk Wetboek (den nederlandske civillovbog) anvendelse på sagsøgerens krav, og for tiden fra den 1. januar 1992 civillovbogens sjette bog, artikel 43, der

har samme indhold som de tidligere bestemmelser. Efter disse bestemmelser skal en betaling i tilfælde, hvor den kan henføres til to eller flere forpligtelser, henføres til den forpligtelse, skyldneren har angivet. Har han ikke angivet en bestemt forpligtelse, henføres betalingen i første række til forfaldne forpligtelser, derefter til den mest bebyrdende af de forfaldne forpligtelser og derefter, hvis de alle er lige bebyrdende, til den ældste. Den forelæggende ret har anført, at sagsøgeren i henhold til disse bestemmelser fortsat har tilgodehavender for den relevante periode og derfor har ret til betaling i henhold til garantien.

26. Det følger imidlertid af forvaltningsdomstolens og specielt Centrale Raad van Beroep's praksis, at enhver lønudbetaling, som finder sted i den periode, der er nævnt i Werkloosheidswet's artikel 64, litra a) og b), først og fremmest skal henføres til krav, der er opstået i samme periode, uden at reglerne i Burgerlijk Wetboek finder anvendelse. Centrale Raad van Beroep har i denne forbindelse fastslået, at bestemmelserne om garantiinstitutionens betalingspligt hører under den offentlige ret og må betragtes som specielle i forhold til de civilretlige bestemmelser. Hvis man med hensyn til opfyldelse af krav i henhold til garantien lagde de almindelige obligationsretlige regler til grund, ville krav, der var opstået forud for den relevante periode, også få indvirkning på omfanget af de forpligtelser, som garantiinstitutionen måtte overtage, og som kunne henføres til den samme periode. Dette ville ifølge Centrale Raad van Beroep være i strid med hele opbygningen af reglerne om garantiinstitutionens overtagelse af arbejdsgiverens forpligtelser. Hvis denne praksis følges, har sagsøgeren ingen tilgodehavender for det pågældende tidsrum, og han har ingen ret til det garanterede beløb. Den forelæggende ret har bemærket, at Centrale Raad van Beroep har erkendt, at denne løsning fører til utilfredsstillende resultater, men at retten ikke ser nogen anden løsning inden for rammerne af de gældende nationale bestemmelser.

27. På denne baggrund har den forelæggende ret fundet det tvivlsomt, hvilken af de to fortolkninger af de relevante nationale bestemmelser, der er forenelig med direktivet, og retten har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål.

V — Det præjudicielle spørgsmål

»Opfylder en national lovbestemt ordning fuldt ud forpligtelserne i henhold til direktiv 80/987, når den kan føre til, at den i direktivet foreskrevne betaling af et lønkrav kun finder sted, hvis og i det omfang lønkravet, i løbet af det i direktivet anførte tidsrum, udgør et større beløb end det lønbeløb, som arbejdstageren har modtaget i samme tidsrum, men som efter nationale civilretlige regler henføres til et lønkrav, der er opstået i en periode forud for det nævnte tidsrum?«

VI — Realitetsspørgsmålet

28. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om delvise lønudbetalinger, som arbejdsgiveren har foretaget i referenceperioden — i tilfælde hvor arbejdstageren har tilgodehavender over for arbejdsgiveren for beskæftigelsesperioder forud for referenceperioden — i henhold til direktivet skal anses for udelukkende at være sket til indfrielse af de af arbejdstagerens tilgodehavender, der er opstået i referenceperioden, eller om de først og fremmest skal antages at være sket til indfrielse af ældre tilgodehavender. Retten ønsker med andre ord oplyst, om betalinger fra arbejdsgiveren i referenceperioden skal henføres til de af arbejdstagerens tilgodehavender, der er opstået i referenceperioden, eller til ældre tilgodehavender.

29. Formuleret på denne måde rejses der med det præjudicielle spørgsmål et spørgsmål om fortolkningen af ordene »betalingen af tilgodehavender for løn« i direktivets artikel 4 og specielt om fortolkningen af artikel 4, stk. 2, andet led, som ubestridt finder anvendelse i sagen.

30. Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at direktivet har til formål at sikre arbejdstagerne betaling af samtlige tilgodehavender for referenceperioden, og at en fortolkning af de omtvistede nationale bestemmelser som den, Centrale Raad van Beroep har anlagt, er i strid med direktivet.

På linje hermed har Kommissionen anført, at i tilfælde hvor arbejdsgiveren i referenceperioden betaler lønbeløb, som reelt vedrører tidligere perioder, bevarer arbejdstageren sine tilgodehavender for referenceperioden og skal være omfattet af garantien herfor i overensstemmelse med direktivets formål.

31. Heroverfor har garantiinstitutionen anført, at direktivet har til formål at gennemføre en delvis harmonisering af de nationale lovgivninger, og at direktivets artikel 2, stk. 1, giver medlemsstaterne adgang til frit at afgrænse bl.a. lønbegrebet. Hertil kommer, at direktivets artikel 4, stk. 2, som finder anvendelse i sagen, ikke foreskriver en bestemt metode for fastlæggelsen af lønnen for referenceperioden. Heraf vil garantiinstitutionen udlede, at medlemsstaterne frit kan fastsætte, hvilken løn og dermed hvilke tilgodehavender der vedrører referenceperioden.

Det Forenede Kongeriges regering har også anført, at det på baggrund af direktivets begrænsede formål må henhøre under national ret at bestemme, hvordan forpligtelserne i henhold til arbejdsaftalen skal reguleres. Direktivet påbyder da også kun en overtagelse af de af arbejdstagernes tilgodehavender, der er opstået i referenceperioden, men ikke tillige ældre tilgodehavender. Det må derfor afgøres i national ret, hvilke regler

der skal gælde for arbejdstagernes ældre tilgodehavender og for arbejdsgiverens betalinger i referenceperioden, dvs. om de skal antages at være sket til indfrielse af de af arbejdstagernes tilgodehavender, der er opstået i referenceperioden, eller til indfrielse af ældre tilgodehavender. Efter regeringens opfattelse er direktivet derfor ikke til hinder for, at arbejdsgiverens betalinger udelukkende henføres til arbejdstagerens tilgodehavender for referenceperioden og ikke til ældre tilgodehavender.

32. Indledningsvis vil jeg nævne, at et sagsforhold som det, der foreligger i hovedsagen, ikke — som de nationale domstole med urette synes at antage — er et rent nationalretligt forhold, hvadenten det er offentligretligt eller privatretligt. Der er først og fremmest tale om et fællesskabsretligt sagsforhold, og grunden hertil er, at bestemmelserne i Werkloosheidwet siden den 23. oktober 1983 har været opfattet som bestemmelser, der gennemfører direktivet i national ret, dvs. som bestemmelser, der inkorporerer en del af fællesskabsretten i national ret. Som følge heraf kan man hverken umiddelbart eller analogt anvende principper eller metoder fra den ene eller den anden del af national ret på bestemmelserne. Tværtimod skal den nationale domstol betragte bestemmelserne til gennemførelse af direktivet i en videre sammenhæng i national ret, og den skal ved hjælp af almindelige fortolkningsprincipper, der tager hensyn til bestemmelsernes særlige karakter, nå frem til en selvstændig fortolkning af gennemførelsesbestemmelserne ud fra fællesskabsretlige kriterier og under hensyn til direktivets formål.

33. Fortolkningen af de nationale bestemmelser skal ske efter *princippet om en fortolkning i overensstemmelse med fællesskabsretten*. Dette princip er formuleret således i fast retspraksis:

»... enhver national retsinstans [må] ved fortolkningen og anvendelsen af national ret ... gå ud fra, at staten har haft til hensigt fuldt ud at opfylde de forpligtelser, der følger af det pågældende direktiv ... den nationale retsinstans [er] ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3.

Princippet om en direktivkonform fortolkning gør sig i særlig grad gældende for en national retsinstans, såfremt en medlemsstat som i den foreliggende sag har antaget, at de tidligere gældende nationale retsforskrifter var i overensstemmelse med det pågældende direktivs krav« [5].

5 — Dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 20 og 21.

34. Af dette princip følger efter min opfattelse to bestemte krav. *Det første krav* er, at i de tilfælde, hvor det er nødvendigt at fortolke de bestemmelser, der gennemfører direktivet i national ret, skal de så vidt muligt fortolkes således, at de er i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivet.

Domstolen har særlig lagt vægt på dette krav i forbindelse med dens efterprøvelse af, om afledte fællesskabsretlige bestemmelser er i overensstemmelse med ranghøjere fællesskabsbestemmelser. Den har f.eks. udtalt, at »når en bestemmelse i den afledte fællesskabsret kræver en fortolkning, skal den så vidt muligt fortolkes således, at den bringes i overensstemmelse med traktaten. ... en gennemførelsesforordning skal ligeledes så vidt muligt fortolkes i overensstemmelse med grundforordningen« [6].

Da direktivbestemmelserne går forud for de bestemmelser i national ret, der gennemfører direktivet i national ret, gælder princippet af de samme grunde også i den foreliggende sag.

35. *Det andet krav* er, at i tilfælde, hvor en bestemmelse i den afledte fællesskabsret kan fortolkes på mere end én måde, bør man foretrække den fortolkning, der bringer bestemmelsen i overensstemmelse med direktivet, frem for den fortolkning, der indebærer, at den er i strid med direktivet.

Også dette princip har Domstolen opstillet i forbindelse med efterprøvelsen af bestemmelser i den afledte fællesskabsret i forhold til fællesskabsbestemmelser af højere rang. Den har udtalt, at »når en bestemmelse i den afledte fællesskabsret kan fortolkes på flere måder, bør den fortolkning, der bringer bestemmelsen i overensstemmelse med traktaten, lægges til grund frem for den, som medfører, at bestemmelsen må anses for uforenelig med traktaten« [7].

Af de ovenfor anførte grunde må det antages, at det samme princip gælder for fortolkningen af bestemmelser, der gennemfører et direktiv i national ret [8].

6 — Dom af 24.6.1993, sag C 90/92, Dr. Tretter, Sml. I, s. 3569, præmis 11.

7 — Dom af 4.12.1986, sag 252/83, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 3713, præmis 15.

8 — Inkorporeringen af fællesskabsretten i de nationale retsordener indebærer, at der etableres et nyt regelhierarki inden for Fællesskabet. Det tager form af en pyramide, hvori de nationale retsregler udgør det nederste lag, mens den afledte fællesskabsret er det mellemste lag, og traktatens regler og de almindelige fællesskabsretlige principper befinder sig i toppen af pyramiden. Inden for regelhierarkiet skal retsreglerne på hvert trin være i overensstemmelse ikke alene med reglerne af den umiddelbart højere rang, men også med reglerne af enhver højere rang, for at man kan sikre, at systemet er indbyrdes sammenhængende og effektivt. I denne forbindelse er princippet om fællesskabsrettens forrang i forhold til national ret kun et specielt udtryk for det mere almindelige princip om, at retsregler af højere rang går forud for retsregler af lavere rang, som begrebsmæssigt følger af et retsregelsystem. Forholdet mellem nationale bestemmelser, der gennemfører direktivet, og direktivets bestemmelser svarer hermed til forholdet mellem direktivets bestemmelser og traktatens bestemmelser, idet det princip, der gælder for det sidstnævnte forhold, gælder tilsvarende for det førstnævnte.

36. Disse principper kan naturligvis ikke medføre, at det er tilstrækkeligt, at den nationale ret vælger én af de to løsninger, der står til rådighed efter national ret, først og fremmest fordi et sådant dilemma som allerede nævnt ikke opstår, da sagsforholdet er af fællesskabsretlig karakter.

37. Der er heller ikke tale om — direkte eller analogt — at vælge den løsning, der fremstår som »den mest fordelagtige« for arbejdstageren i hvert enkelt tilfælde (dvs. i denne sag den civilretlige regel). Dette skyldes først og fremmest, at det forhold, at den civilretlige løsning fører til et fordelagtigt resultat for arbejdstagerne, er helt tilfældigt. Som allerede omtalt har man i den nederlandske civilret foretaget en nøje regulering af, i hvilken rækkefølge de betalte beløb skal henføres til forskellige tilgodehavender, idet man har givet fortrinsret til de tilgodehavender, arbejdsgiveren har angivet, derefter til de mest bebyrdende osv. Denne prioritetsorden er imidlertid ikke i overensstemmelse med direktivet. Som det nærmere vil blive omtalt i det følgende (punkt 45) kan det ikke accepteres, at arbejdsgiveren angiver, hvilket tilgodehavende den delvise betaling skal henføres til, og dermed hvilket tilgodehavende der ikke indfries, fordi dette vil være afgørende for, om en ret i henhold til fællesskabsretten (dvs. garantien) overhovedet består, og i givet fald i hvilket omfang den består. På samme måde er der ingen sammenhæng mellem kriteriet om, hvorvidt tilgodehavendet er bebyrdende eller ej, og direktivets ånd. Da reglerne i den nederlandske civillovbog om, hvilke tilgodehavender bestemte betalinger skal henføres til, udgør et nøje fastlagt regelsæt, må det også være utænkeligt at bryde sammenhængen ved at udvælge bestemte kriterier, der skal anvendes i den konkrete sag.

38. Endelig drejer det sig heller ikke om at finde den mest fordelagtige løsning for arbejdstageren, udelukkende under henvisning til direktivets formål (jf. ovenfor i punkt 3). Direktivet har ganske vist til formål at opstille bestemte garantier for arbejdstagerne, men der stilles også betingelser, og det kræves ikke, at garantierne indrømmes for enhver pris i hvert enkelt tilfælde. Der kan ikke af direktivets formål udledes løsninger, som ikke er i overensstemmelse med dets ordlyd [9], fordi også en formålsfortolkning er en fortolkning intra legem og ikke extra eller contra legem. Derfor må det i hvert enkelt tilfælde være en fortolkning af de relevante fællesskabsbestemmelser, der har fortrinnet, og hvis der består et råderum for en mere fordelagtig fortolkning, kan man gribe tilbage til direktivets beskyttelsesformål.

39. Efter disse bemærkninger vil jeg gå over til at behandle realitetsspørgsmålet i sagen, dvs. spørgsmålet om, hvilke tilgodehavender — i direktivets forstand — der ikke er betalt og dermed skal tages i betragtning ved opgørelsen af garantibeløbet.

40. Som det fremgår bl.a. af første betragtning til direktivet og af direktivets artikel 1, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, skal de garantiinstitutioner, der oprettes, som udgangspunkt sikre arbejdstagerne betaling af *alle* tilgode-

9 — Dom af 9.11.1995, sag C-479/93, Francovich II, Sml. I, s. 3843, præmis 20.

havender, som er opstået inden et bestemt tidspunkt på grund af arbejdsgiverens insolvens.

41. Ved »ikke betalte« tilgodehavender i ordenes almindelige betydning må man, medmindre andet er bestemt i direktivet, forstå ethvert tilgodehavende, som arbejdsgiveren på grund af sin insolvens ikke har betalt. Hvis arbejdsgiveren betaler delvis, må de ikke betalte tilgodehavender være restbeløbene, når man fra arbejdstagerens samlede tilgodehavender trækker det samlede beløb, arbejdsgiveren har betalt. Det er i så fald uden betydning, hvornår den delvise betaling har fundet sted, dvs. om den har fundet sted i begyndelsen af, midt i eller ved slutningen af den periode, der ligger forud for det tidspunkt, der omhandles i direktivets artikel 3, stk. 2.

42. Denne fortolkning må så meget mere gælde, når medlemsstaterne har fastsat en referenceperiode i overensstemmelse med artikel 4, stk. 2, og dermed begrænser garantiinstitutionernes betalingspligt til tilgodehavender, der er opstået i referenceperioden.

43. Også i dette tilfælde har arbejdstagere med tilgodehavender, der helt eller delvis ikke er betalt, for en periode ud over referenceperioden nemlig fortsat *under ét* tilgodehavender af samme størrelse over for den insolvente arbejdsgiver som i det førstnævnte tilfælde. Den eneste forskel er, at når referenceperioden er fastsat i overensstemmelse med artikel 4, omfatter garantien ikke samtlige tilgodehavender, men kun dem, der er opstået i referenceperioden. Hvis arbejdsgiveren med uregelmæssige mellemrum har betalt en del af den forfaldne løn, består de »ikke betalte« tilgodehavender for referenceperioden også her i de resterende tilgodehavender, når man fra de samlede tilgodehavender trækker de samlede betalinger, uanset om de er sket i referenceperioden, på et tidligere tidspunkt (f.eks. i form af lønforskud) eller på et senere tidspunkt (udskudt betaling af forfalden løn). Det ville være ulogisk og gå videre end direktivets formål kræver, hvis sådanne lønforskud eller udskudte lønudbetalinger ikke blev taget i betragtning ved opgørelsen af arbejdstagerens »ikke betalte« tilgodehavender for referenceperioden [10].

44. Heraf følger, at selve betalingstidspunktet ikke i sig selv har betydning, i hvert fald ikke i det omfang den sagsøgte garantiinstitution og Det Forenede Kongeriges regering har hævdet. Hvis man lagde disse to parters opfattelse til grund, ville man lade eksistensen og omfanget af rettigheder i henhold til fællesskabsretten afhænge af tilfældige og uforudselige forhold som f.eks. den insolvente arbejdsgivers likviditet og even-

10 — Den her foreslåede fortolkning er ikke alene den eneste logiske, men også den rigtige fortolkning, idet man hermed undgår eventuelle misbrug, f.eks. i form af dobbelt betaling af samme tilgodehavende — først i form af et forskud på lønnen i referenceperioden (eller en lønbetaling med tilbagevirkende kraft) og derefter endnu en betaling i form af en garanti for samme tilgodehavende.

tuelt også arbejdsgiverens bevidste handlinger eller omgåelseshandlinger. Det ville således være tilstrækkeligt til, at garantien omfattede lavere beløb eller helt bortfaldt, at arbejdsgiveren i referenceperioden tilfældigt eller bevidst betalte lønbeløb, som reelt vedrørte tidligere tilgodehavender. Dette ville imidlertid være i strid med direktivets formål, som er at beskytte arbejdstagerne.

45. Hertil kommer, at hvis man lagde den nævnte opfattelse til grund, ville garantien — som allerede er begrænset i medfør af artikel 4, stk. 2 — kunne formindskes yderligere som følge af forhold, arbejdsgiveren er herre over, og af andre grunde en dem, der forfølges i henhold til direktivet. Dette kan ikke accepteres, fordi de tilfælde, hvori det er tilladt at begrænse garantiinstitutionernes betalingspligt, er udtømmende opregnet i direktivet, og de pågældende bestemmelser under hensyn til direktivets formål skal fortolkes strengt, da der er tale om undtagelsesbestemmelser.

46. Den modsatte fortolkning kan ikke støttes hverken på den begrænsede harmonisering, direktivet tager sigte på at gennemføre, eller på den valgmulighed, der indrømmes medlemsstaterne i direktivets artikel 2, stk. 2.

47. I Francovich II-dommen [11] har Domstolen ganske vist udtalt, at direktivet har til formål at gennemføre en delvis harmonisering af medlemsstaternes lovgivninger med hensyn til beskyttelsen af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (præmis 20). I dommen skulle Domstolen dog tage stilling til et andet spørgsmål end det, der nu foreligger, idet den skulle tage stilling til begrebet arbejdsgiverens insolvens i artikel 2, stk. 1, der er af afgørende betydning for direktivets anvendelsesområde. Domstolen fastslog på baggrund af, at der ikke findes en almindeligt anerkendt definition af insolvensbegrebet, at direktivet finder anvendelse på alle arbejdstagere, mod hvis arbejdsgivere der indledes en procedure vedrørende deres bo, som sigter mod en samlet fyldestgørelse af kreditorerne. Dette spørgsmål har ingen sammenhæng med det, der skal tages stilling til i den foreliggende sag, hvori det ikke er bestridt, at sagsøgeren og hans arbejdsgiver er omfattet af direktivet.

Hertil kommer, at den delvise harmonisering, man har valgt at gennemføre, ikke har været et bevidst valg fra fællesskabslovgivers side, men har været påtvunget af de faktiske forhold, dvs. på grund af de betydelige forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger på området og de praktiske vanskeligheder, der var forbundet med at udarbejde fælles regler, som kunne anvendes ensartet i alle medlemsstaterne [12]. Eftersom definitionen af begrebet ikke betalte tilgodehavender ikke giver anledning til vanskeligheder af denne art, er der ingen grund til at påberåbe sig det nævnte valg fra fællesskabslovgivers side.

11 — Jf. ovenfor i fodnote 9.

12 — Francovich II-dommen, præmis 28.

48. For så vidt angår direktivets artikel 2, stk. 2, er der grund til at nævne, at bestemmelsen giver adgang til, at man i national ret definerer bestemte begreber, herunder lønbegrebet. Ikke betalte tilgodehavender, som er det relevante begreb i denne sag, nævnes dog ikke som et af disse begreber, og da opregningen i bestemmelsen er udtømmende, er der ingen mulighed for at fortolke bestemmelsen udvidende og dermed lade den omfatte andre begreber og specielt ikke begreber med et fællesskabsretligt indhold som det, der er tale om i denne sag.

49. Uafhængigt heraf har bestemmelsen ikke den betydning, som den sagsøgte institution og Det Forenede Kongeriges regering vil tillægge den. Den giver på ingen måde medlemsstaterne ret til efter deres eget skøn at opstille definitioner af begreberne »arbejdstager«, »arbejdsgiver«, »løn« osv. i forbindelse med gennemførelsen af direktivet i national ret. Tværtimod går bestemmelsen ud på, at de anførte begreber — medmindre der udstedes mere fordelagtige regler i henhold til direktivets artikel 9 — ved gennemførelsen af direktivet har den samme betydning, som de allerede har i national ret.

50. På dette punkt bemærkede Domstolen følgende i den ovenfor nævnte dom i Wagner Miret-sagen [13]:

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

Derefter udtalte Domstolen følgende:

»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).

På dette grundlag fastslog Domstolen, at i tilfælde, hvor direktionsmedlemmer i national ret betragtes som arbejdstagere, er direktivet ikke blevet gennemført for deres vedkommende, hvis gennemførelsesforanstaltningerne ikke omfatter direktionsmedlemmer. Hvis disse arbejdstagere ikke har mulighed for at være omfattet af garantien, kan de kræve erstatning af medlemsstaten for det tab, de har lidt (præmis 14 og 22 samt domskonklusionen).

51. Af tilsvarende grunde må resultatet blive det samme for alle de udtryk, der er nævnt i bestemmelsen. Med hensyn til beregningen af garantien må »løn« derfor forstås som det beløb, som den enkelte arbejdstager efter national ret havde ret til at modtage fra sin

13 — Jf. ovenfor i fodnote 5.

arbejdsgiver som modydelse for de præsterede ydelser, men som han ikke har fået på grund af arbejdsgiverens insolvens. Arbejdstageres løn fastsættes i almindelighed ved administrative retsforskrifter, ved kollektive overenskomster eller i nogle tilfælde ved aftale mellem parterne. Efter sådanne bestemmelser kan der gælde en mindsteløn (til tider også en højeste løn) samt tillæg, godtgørelser og andre ydelser af forskellig karakter, pristalsregulering osv. Efter min opfattelse skal alle disse lønbestanddele for arbejdstageren tages i betragtning ved fastlæggelsen af hans løn [14] og dermed — på grundlag af lønnen — ved opgørelsen af garantibeløbet [15] i henhold til direktivet.

52. Med hensyn til, hvad der skal forstås ved løn i direktivets forstand, må det antages, at direktivet ikke giver mulighed for at fravige faste regler i national ret og i hvert fald ikke til skade for arbejdstagerne. Dette må gælde af to grunde. For det første fordi direktivet har et helt specielt formål, som er at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, men ikke at harmonisere medlemsstaternes regler på det arbejdsretlige område. For det andet fordi medlemsstaterne, hvis de havde adgang til at anlægge en snævrere opfattelse af begreber som »arbejdstager« og »løn« end efter de sædvanligt gældende nationale retsregler, kunne opstille begrænsninger i arbejdstagerbeskyttelsen i tilfælde, der ikke udtrykkeligt er omtalt i direktivet. Dette ville imidlertid være i strid med direktivets ordlyd og ånd.

53. Set under denne synsvinkel har det ingen betydning, at medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 4, stk. 3, kan begrænse garantiinstitutionernes betalingspligt i videre omfang end fastlagt i artikel 4, stk. 2. Bestemmelsen i artikel 4, stk. 3, giver nemlig adgang til at fastsætte et loft over garantien, således som den følger af de to foregående stykker, men den har ikke til formål at regulere selve fastlæggelsen af garantien. Under alle omstændigheder kan undtagelsesbestemmelsen i artikel 4, stk. 3 (som der ikke er rejst spørgsmål om i den foreliggende sag) kun benyttes »for at undgå udbetaling af beløb, der overstiger ...[direktivets] sociale sigte«, hvilket ikke er tilfældet i denne sag [16].

14 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, a.st., præmis 11. I almindelighed opfattes lønbegrebet vidt i den europæiske social- og arbejdsret. Herom kan der henvises til definitionen af løn i traktatens artikel 119, stk. 2, og Domstolens fortolkning af denne bestemmelse (jf. f.eks. dom af 11.3.1981, sag 69/80, Worringham og Humphreys, Sml. s. 767, præmis 14 ff., af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 11 og 12, og af 7.3.1996, sag C-278/93, Freers og Speckmann, Sml. I, s. 1165, præmis 17-20). Der kan også henvises til bl.a. artikel 68, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT L 149, s. 2) (dom af 1.10.1992, sag C-201/91, Grisvard og Kreitz, Sml. I, s. 5009, præmis 14 ff.).

15 — Det kan også nævnes, at den foreliggende sag mellem sagsøgeren og garantiinstitutionen i hvert fald til dels synes at være opstået, fordi parterne ved opgørelsen af garantibeløbet ikke lægger de samme beløb til grund. Dette betyder, at de eventuelt har forskellig opfattelse af, hvilket lønbegreb der skal lægges til grund for opgørelsen af garantien. F.eks. fremgår det af forelæggelsesbeslutningen, at sagsøgeren, efter min opfattelse med rette, lægger til grund, at han har krav på overtidsbetaling og på løntillæg efter lovgivningen, mens garantiinstitutionen ikke synes at tage disse beløb i betragtning. Da de faktiske omstændigheder med hensyn til dette spørgsmål ikke er klart oplyst, og da hverken den forelæggende ret eller nogen af parterne udtrykkeligt har rejst spørgsmålet, finder jeg det ikke nødvendigt, at Domstolen behandler det nærmere.

16 — Efter min opfattelse har Domstolen ret og pligt til at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt, i tilfælde af et søgsmål fra Kommissionens side eller i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse.

VII — Forslag til afgørelse

54. Sammenfattende foreslår jeg følgende besvarelse af det præjudicielle spørgsmål:

»Artikel 4, stk. 2, andet led, 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 skal fortolkes således, at delvise lønudbetalinger, som arbejdsgiveren har foretaget i referenceperioden, i tilfælde hvor arbejdstageren har tilgodehavender for løn over for arbejdsgiveren for perioder, der rækker ud over referenceperioden, kun skal henføres til de af arbejdstagerens tilgodehavender, der er opstået i referenceperioden, hvis der ikke på samme grundlag findes tilgodehavender for tidligere tidsrum.«