CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS

van 14 mei 1998 *

I — Inleiding

1. In de onderhavige zaak vraagt de Arrondissementsrechtbank te Alkmaar om uitlegging van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (hierna: „richtlijn"). [1]

2. Het geschil in het hoofdgeding betreft de vaststelling van de „onvervulde" loonaanspraken van een werknemer jegens een insolvente werkgever en daarmee de berekening van het uit hoofde van de waarborg te betalen bedrag, ingeval de werkgever gedurende de in de richtlijn bedoelde referentieperiode gedeeltelijke loonbetalingen aan de werknemer heeft verricht.

II — Het relevante gemeenschapsrecht

3. Volgens vaste rechtspraak beoogt de richtlijn werknemers bij insolventie van hun werkgever een gemeenschappelijk minimum aan bescherming te bieden, onverminderd in de lidstaten bestaande gunstigere bepalingen. Hiertoe voorziet de richtlijn in het bijzonder in specifieke garanties voor de betaling van hun onvervulde, uit arbeidsovereenkomst of -verhouding voortvloeiende aanspraken ter zake van loon over een bepaalde concrete periode. [2]

4. Artikel 1 van de richtlijn bepaalt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers tegenover werkgevers die in staat van insolventie in de zin van artikel 2, lid 1, verkeren."

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — PB L 283, blz. 23.

2 — Zie arresten van 10 juli 1997, Bonifaci e. a. en Berto e. a. (C-94/95 en C-95/95, Jurispr. blz. I-3969, punt 3), en Maso e. a. (C-373/95, Jurispr. blz. I-4051, punten 50 en 56).

5. Artikel 2, lid 1, definieert wanneer een werkgever wordt geacht in staat van insolventie te verkeren, waarna lid 2 het volgende bepaalt:

„2. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van de termen ‚werknemer', ‚werkgever', ‚bezoldiging', ‚verkregen recht' of ‚recht in wording'."

6. Volgens artikel 3, lid 1, moeten de door de lidstaten ingestelde waarborgfondsen de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die betrekking hebben op het loon over de vóór een bepaalde datum vallende periode.

Artikel 3, lid 2, bepaalt dat die datum kan zijn, naar keuze van de lidstaten,

— hetzij die van het intreden van de insolventie van de werkgever,

— hetzij die van de aanzegging van het ontslag van de betrokken werknemer wegens insolventie van de werkgever,

— hetzij een combinatie van deze data.

7. Volgens artikel 4 echter hebben de lidstaten de bevoegdheid om bovenbedoelde betalingsverplichting van de waarborgfondsen te beperken tot alleen de binnen een bepaalde periode vallende aanspraken (de referentieperiode), te bepalen aan de hand van de overeenkomstig artikel 3 gekozen datum.

Voor zover de lidstaten gebruik hebben gemaakt van de in artikel 3, lid 2, tweede streepje, bedoelde bevoegdheid, moeten zij „ervoor zorgen dat (...) de onvervulde aanspraken worden gehonoreerd die betrekking hebben op het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding vóór de datum van de aanzegging van het ontslag van de werknemer wegens insolventie van de werkgever" (artikel 4, lid 2, tweede streepje).

8. Deze betalingsverplichting van de waarborgfondsen kan nog verder worden beperkt onder de in artikel 4, lid 3, genoemde voorwaarden:

„3. De lidstaten kunnen evenwel, teneinde te voorkomen dat er bedragen worden uitge-

keerd die voorbijschieten aan het sociale doel van deze richtlijn, een plafond vaststellen voor de waarborg voor het honoreren van onvervulde aanspraken van de werknemers."

9. Artikel 9 bepaalt evenwel:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers."

10. Volgens artikel 11 ten slotte zijn de lidstaten verplicht de passende maatregelen te nemen ter omzetting van de richtlijn in nationaal recht binnen een termijn van 36 maanden na kennisgeving van de richtlijn, welke termijn op 23 oktober 1983 afliep. [3]

III — Het nationale recht

11. In Nederland wordt het probleem van onvervulde verplichtingen van de insolvente werkgever tegenover zijn werknemers geregeld in hoofdstuk IV (artikelen 61-68) van de Werkloosheidswet van 1968. De Commissie brengt onder de aandacht dat Nederland geen specifieke omzettingsmaatregelen heeft genomen, omdat men deze oudere bepalingen conform achtte met de richtlijn.

12. Blijkens de verwijzingsbeschikking en de opmerkingen van partijen kent de Nederlandse wet het volgende stelsel:

13. Volgens artikel 61, lid 1, heeft de werknemer recht op uitkering uit het waarborgfonds, voor zover hij aanspraken heeft jegens zijn insolvente werkgever ter zake van loon en vakantiegeld.

14. Volgens artikel 67, sub a, wordt onder loon verstaan: al hetgeen de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer rechtens verschuldigd is (met uitzondering van vakantiegeld).

15. Het recht op uitkering omvat volgens artikel 64,

3 — Arrest van 2 februari 1989, Commissie/Italië (22/87, Jurispr. blz. 143, punt 3).

— het loon over ten hoogste dertien weken, onmiddellijk voorafgaande aan de dag van opzegging van de dienstbetrekking (behalve het vakantiegeld) (sub a),

— het loon over ten hoogste de voor de werknemer geldende termijn van opzegging, die, zo merkt de Commissie op, gelijk is aan zes weken (sub b), en

— het vakantiegeld over ten hoogste een jaar (sub c).

16. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie terecht opmerken, is de referentieperiode van dertien weken, zoals genoemd in artikel 64, sub a, van de Nederlandse wet, equivalent aan de periode van drie maanden vóór de datum van aanzegging van het ontslag, als bedoeld in artikel 3, lid 2, tweede streepje, en artikel 4, lid 2, tweede streepje, van de richtlijn. Deze door de Nederlandse wetgever gekozen optie is dus in overeenstemming met de richtlijn.

17. Zoals partijen voorts eveneens terecht opmerken, is de extra zekerstelling van aanspraken van werknemers die zich mede tot de opzeggingstermijn uitstrekken (artikel 64, sub b, Nederlandse wet), en dus verder gaan dan de referentieperiode, een geval van een gunstiger regeling als bedoeld in artikel 9 van de richtlijn.

18. Hetzelfde geldt voor het vakantiegeld, dat voor een jaar wordt zekergesteld, (artikel 64, sub c), althans voor zover dit verder gaat dan de referentieperiode. [4]

IV — De feiten

19. Regeling, verzoeker in het hoofdgeding, trad op 29 oktober 1990 als lasser in dienst van de Nederlandse werkgever Moojen.

Op 14 juni 1991 heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 augustus daaraanvolgende.

4 — Zoals ik hierna nog zal uiteenzetten (zie punt 51), omvat de garantie het gehele loon met alle emolumenten waarop de werknemer recht heeft als tegenprestatie voor de gedurende de referentieperiode verrichte arbeid, met inbegrip van wettelijke verhogingen en toeslagen. Daarom wordt voor de berekening van de garantie van rechtswege rekening gehouden met de vakantietoeslag over de referentieperiode (drie maanden of dertien weken), terwijl betaling van toeslag over een langere periode (tot 1 jaar) geldt als gunstiger regeling (artikel 9 van de richtlijn).

Vervolgens werd de werkgever op 21 april 1992 failliet verklaard. Het faillissement werd echter opgeheven bij gebrek aan baten.

20. Tot eind 1990 heeft verzoeker zijn salaris ad 3 900 HFL (zonder vakantiegeld) normaal ontvangen. Vanaf 1 januari 1991 is de werkgever wegens financiële problemen het aan verzoeker toekomende loon met onregelmatige tussenpozen en onvolledig gaan betalen. Tot het moment van opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft verzoeker in totaal ontvangen een bedrag van 18 136 HFL.

21. Na de faillietverklaring maakte verzoeker bij het Nederlandse waarborgfonds aanspraak op de waarborg uit hoofde van de richtlijn. Zijn aanspraken, te berekenen over de relevante periode van 15 maart tot en met 25 juli 1991 (dat wil zeggen de referentieperiode van dertien weken of drie maanden, alsmede de opzegtermijn van zes weken), aan salaris, overwerktoeslag en vakantietoeslag bedroegen naar zijn berekeningen 21 892 HFL. Volgens verzoeker was zijn werkgever hem dus nog 3 756 HFL schuldig aan achterstallig loon en emolumenten.

22. Het waarborgfonds wees de vordering van verzoeker van de hand, op grond dat de gedeeltelijke betalingen die de werkgever in diezelfde periode had verricht, in totaal meer bedroegen dan het totale bedrag dat verzoeker ter zake van achterstallig loon over diezelfde periode te vorderen had.

23. In het tegen deze laatste beslissing ingestelde beroep bij de verwijzende rechter betoogde verzoeker, dat de gedeeltelijke betalingen van de werkgever niet alleen betrekking hadden op aanspraken die gedurende de referentieperiode waren ontstaan, maar mede op oudere aanspraken (namelijk over de periode vanaf 1 januari tot en met 15 maart 1991), die eerst moesten worden voldaan. Het waarborgfonds daarentegen stelde dat de gedeeltelijke betalingen door de werkgever die binnen de relevante periode waren verricht, strekten tot voldoening van in die periode ontstane vorderingen, om welke reden verzoeker geen onvervulde aanspraken meer zou hebben.

24. De verwijzende rechter merkt op, dat dit probleem niet wordt geregeld in de in geding zijnde nationale bepalingen, terwijl de Nederlandse rechtspraak op dit punt bovendien verdeeld is. Zo zou de burgerlijke rechter de zienswijze van verzoeker volgen en de administratieve rechter die van het waarborgfonds.

25. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad zijn op vorderingen als die van verzoeker de artikelen 1432 en 1435 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing, sinds 1 januari

1992 vervangen door het artikel 43 van boek 6 van het nieuw Burgerlijk Wetboek, dat dezelfde strekking heeft als de vroegere bepalingen. Volgens die bepaling wordt, wanneer een schuldenaar een betaling verricht die aan twee of meer verbintenissen kan worden toegerekend, deze betaling toegerekend aan de verbintenis die de schuldenaar aanwijst. Bij gebreke van zodanige aanwijzing door de schuldenaar, wordt de betaling in de eerste plaats aan de opeisbare verbintenissen, vervolgens aan de meest bezwarende van de opeisbare verbintenissen en, indien de verbintenissen alle even bezwarend zijn, aan de oudste toegerekend. De verwijzende rechter merkt op dat verzoeker bij toepassing van deze bepalingen onvervulde aanspraken over de relevante periode behoudt en derhalve recht heeft op betaling uit hoofde van de waarborg.

26. De administratieve rechter daarentegen, met name de Centrale Raad van Beroep, gaat ervan uit dat iedere loonbetaling die binnen de in artikel 64, sub a en b, Werkloosheidswet, bedoelde periode wordt verricht, moet worden toegerekend op de in diezelfde periode ontstane vordering, waarbij de toerekeningsregeling in het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijft. De Centrale Raad is in dit verband van mening dat de betaling van gewaarborgde vorderingen door het bevoegde waarborgfonds een publiekrechtelijke aangelegenheid is en een specifieke regeling behelst ten opzichte van de civielrechtelijke bepalingen. Zou voor het honoreren van aanspraken uit hoofde van de waarborg worden aangeknoopt aan het civiele verbintenissenrecht, dan zouden vóór de relevante periode ontstane vorderingen mede de omvang bepalen van de door het waarborgfonds over te nemen verplichtingen die op die periode terug te voeren zijn. Dit zou volgens de Centrale Raad ingaan tegen het gehele systeem van overname door het waarborgfonds van verplichtingen van de werkgever. Ingevolge deze rechtspraak heeft verzoeker geen onvervulde aanspraken over de relevante periode en dus geen recht op het gegarandeerde bedrag. De verwijzende rechter merkt op, dat de Centrale Raad zich ervan bewust is dat die oplossing tot een onbevredigend resultaat leidt, maar geen andere oplossing ziet binnen het bestaande nationale wettelijk kader.

27. Gelet op een en ander vraagt de verwijzende rechter zich af, welke van de twee uitleggingen van de in geding zijnde nationale bepalingen met de richtlijn verenigbaar is, en stelt het Hof de volgende prejudiciële vraag:

V — De prejudiciële vraag

„Is aan de verplichtingen van richtlijn 80/987 geheel voldaan met een nationale wettelijke regeling, welke ertoe kan leiden dat de in die richtlijn voorgeschreven honorering van een loonaanspraak slechts plaatsvindt indien en voor zover die loonaanspraak over de in die richtlijn vermelde periode een groter bedrag betreft dan het bedrag aan loon dat de werknemer *in* die zelfde periode heeft ontvangen doch dat, volgens het nationale civiele recht, toegerekend wordt op een loonaanspraak, ontstaan in een *voor* die periode gelegen tijdvak?"

VI — Ten gronde

28. Met deze vraag wil de verwijzende rechter weten of in het geval de onvervulde loonaanspraken van de werknemer jegens de werkgever meer bedragen dan het loon over de referentieperiode, de gedeeltelijke loonuitbetalingen die de werkgever gedurende de referentieperiode heeft verricht, volgens de richtlijn moeten worden geacht uitsluitend te zijn bestemd ter voldoening van de aanspraken die gedurende de referentieperiode zijn ontstaan, dan wel of zij bij voorrang strekken tot voldoening van oudere aanspraken van de werknemer. Met andere woorden, de vraag luidt of de betalingen die de werkgever gedurende de referentieperiode heeft verricht, moeten worden toegerekend op de aanspraken van de werknemer die in de periode zijn ontstaan of op oudere aanspraken van de werknemer.

29. Zo geformuleerd, stelt de prejudiciële vraag de uitlegging aan de orde van de begrippen „onvervulde aanspraken die betrekking hebben op het loon" in artikel 4 van de richtlijn, met name lid 2, tweede streepje, dat naar onweersproken vaststaat, in casu van toepassing is.

30. In dit verband betoogt verzoeker in het hoofdgeding, dat de richtlijn beoogt de werknemers de betaling te waarborgen van al hun onvervulde, tot de referentieperiode herleidbare aanspraken en zij noemt de door de Centrale Raad van Beroep gehanteerde uitlegging van de nationale bepalingen in strijd met de richtlijn.

Zo betoogt ook de Commissie, dat wanneer de werkgever gedurende de referentieperiode loon betaalt dat in werkelijkheid aan eerdere perioden toe te rekenen is, de werknemer zijn aanspraken voor wat de referentieperiode betreft behoudt en overeenkomstig het doel van de richtlijn uit hoofde van de waarborg moet worden uitbetaald.

31. Het verwerende orgaan brengt daartegen in, dat de richtlijn slechts een gedeeltelijke harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten beoogt en dat artikel 2, lid 2, de lidstaten vrijlaat in de definitie van onder meer het begrip „bezoldiging". Bovendien kent het in casu toepasselijke artikel 4, lid 2, van de richtlijn geen concrete methode voor de vaststelling van het loon dat betrekking heeft op de referentieperiode. Daaruit leidt het verwerende orgaan af, dat de lidstaten vrij zijn te bepalen welk loon, en derhalve welke aanspraken, betrekking hebben op de referentieperiode.

Ook de regering van het Verenigd Koninkrijk acht het — gelet op de beperkte doelstelling van de richtlijn — een zaak van nationaal recht om te bepalen hoe de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen moeten worden geregeld. De richtlijn schrijft overigens dwingend voor dat alleen de aanspraken van werknemers die

gedurende de referentieperiode zijn ontstaan, moeten worden overgenomen, en niet de oudere aanspraken. Daarom is het aan het nationale recht te bepalen hoe moet worden omgegaan met oudere vorderingen van werknemers en hoe door de werkgever gedurende de referentieperiode verrichte betalingen moeten worden toegerekend, dat wil zeggen of die betalingen dienen ter voldoening van aanspraken van de werknemer die gedurende de bewuste periode zijn ontstaan of van oudere aanspraken. Het is volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk daarom niet in strijd met de richtlijn, wanneer betalingen van de werkgever alleen aan vorderingen uit de referentieperiode worden toegerekend en niet aan oudere onvoldaan gebleven vorderingen van de werknemer.

32. Vooropgesteld moet worden dat een geschil als het onderhavige niet zuiver een zaak is van nationaal publiek- of privaatrecht, zoals de nationale rechter ten onrechte schijnt aan te nemen, maar in de eerste plaats een zaak van gemeenschapsrecht. En wel omdat de litigieuze bepalingen van de Werkloosheidswet sinds 23 oktober 1983 worden geacht de richtlijn in nationaal recht om te zetten, dat wil zeggen een deel van het gemeenschapsrecht in het nationale recht te integreren. Daarom mogen op deze bepalingen niet rechtstreeks of bij analogie de beginselen en methoden van deze of gene tak van nationaal recht worden toegepast. Integendeel, de nationale rechter zal de omzettingsbepalingen van de richtlijn in een breder nationaalrechtelijk kader moeten plaatsen en met behulp van algemene uitleggingsbeginselen die recht doen aan hun bijzondere aard, tot een autonome uitlegging van de omzettingsbepalingen moeten komen aan de hand van gemeenschapsrechtelijke criteria, en met het door de richtlijn nagestreefde resultaat voor ogen.

33. Bij de uitlegging van de nationale bepalingen dient het *beginsel* te gelden, dat *de uitlegging conform moet zijn met het gemeenschapsrecht.* Dit beginsel houdt volgens vaste rechtspraak in:

„dat elke nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan, dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen. (...) moet bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, van het Verdrag te voldoen.

Het beginsel van de richtlijnconforme uitlegging dient in het bijzonder door de nationale rechter te worden toegepast wanneer een lidstaat, zoals in casu, heeft geoordeeld, dat de van vóór de betrokken richtlijn daterende bepalingen van zijn nationale recht voldeden aan de vereisten van die richtlijn." [5]

5 — Arrest van 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punten 20 en 21).

34. Dit beginsel houdt naar mijn mening twee specifieke vereisten in. Volgens het *eerste vereiste* moet uitlegging van bepalingen waarmee een richtlijn in nationaal recht wordt omgezet, zoveel mogelijk aldus geschieden, dat het resultaat in overeenstemming is met de bepalingen van de richtlijn.

Dit vereiste heeft het Hof met name geformuleerd bij de toetsing van bepalingen van afgeleid gemeenschapsrecht aan gemeenschapsbepalingen van hogere orde. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld: „indien een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd, dient zij volgens de rechtspraak van het Hof zoveel mogelijk aldus te worden uitgelegd, dat zij in overeenstemming is met de bepalingen van het Verdrag (...). Eveneens dient een toepassingsverordening indien mogelijk aldus te worden uitgelegd, dat zij in overeenstemming is met de bepalingen van de basisverordening." [6]

Aangezien ook de bepalingen van de richtlijn van hogere orde zijn dan de bepalingen van nationaal recht waarbij de richtlijn in nationaal recht wordt omgezet, geldt dit vereiste om dezelfde reden ook in onderhavig geval.

35. Volgens het *tweede vereiste* moet, wanneer een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht voor meer dan een uitlegging vatbaar is, aan de uitlegging die de bepaling in overeenstemming doet zijn met de richtlijn de voorkeur worden gegeven boven de uitlegging waarbij zij met de richtlijn in strijd zou zijn.

Ook dit beginsel heeft het Hof gehanteerd bij de geldigheidstoetsing van bepalingen van secundair gemeenschapsrecht, waarbij het overwoog, dat „wanneer een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht voor meer dan een uitlegging vatbaar is, de uitlegging die de bepaling in overeenstemming doet zijn met het Verdrag, de voorkeur verdient boven de uitlegging waarbij zij in strijd zou zijn met het Verdrag". [7]

Om de hierboven uiteengezette redenen moet echter worden aangenomen dat dit beginsel ook geldt bij de uitlegging van nationale bepalingen die de richtlijn in nationaal recht omzetten. [8]

6 — Arrest van 24 juni 1993, Dr. Tretter (C-90/92, Jurispr. blz. I-3569, punt 11).

7 — Zie arrest van 4 december 1986, Commissie/Denemarken (252/83, Jurispr. blz. 3713, punt 15).

8 — De integratie van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde heeft geresulteerd in een piramideopbouw van rechtsregels binnen de Gemeenschap, met de nationale rechtsregels aan de basis, daarboven de regels van afgeleid gemeenschapsrecht en aan de top de verdragsbepalingen en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Bij deze indeling moeten de regels op ieder niveau in overeenstemming zijn niet alleen met de regels van de hogere, maar ook met die van alle onderliggende lagen, zodat de samenhang en de doelmatigheid van het systeem verzekerd is. In dat kader is het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht niet meer dan een bijzondere uitdrukking van het algemener beginsel van voorrang van hogere rechtsregels boven lagere rechtsregels, welk beginsel *eigen is aan ieder rechtssysteem. Om die reden is de verhouding* tussen nationale omzettingsmaatregelen en de bepalingen van de richtlijn congruent aan de verhouding tussen de bepalingen van de richtlijn en de verdragsbepalingen; hetgeen geldt voor de tweede categorie geldt ook voor de eerste.

36. Uiteraard houden genoemde beginselen niet in, dat de nationale rechter kan volstaan met een keuze van een van de twee in het nationale recht geboden oplossingen, in de eerste plaats omdat, zoals ik reeds zei, dit dilemma hier niet aan de orde is, gelet op de gemeenschapsrechtelijke aard van het geschil.

37. Evenmin gaat het erom, voor ieder concreet geval rechtstreeks of door analogie die oplossing toe te passen die „voor de werknemer het gunstigst" uitvalt (in casu de civielrechtelijke oplossing). Dat de civielrechtelijke oplossing in casu uiteindelijk gunstiger is voor de werknemer is niet meer dan toeval. Zoals we zagen, regelt het Nederlandse Burgerlijk Wetboek tot in detail de volgorde waarin verbintenissen worden voldaan, namelijk eerst de door de werkgever aangewezen verbintenissen, dan de meest bezwarende verbintenissen, enzovoort. Die voorrangsregels zijn echter niet in overeenstemming met de richtlijn. Zoals ik hierna (punt 45) nader uiteen zal zetten, is het niet aanvaardbaar dat de werkgever bepaalt welke vordering met de gedeeltelijke betaling wordt voldaan en welke onvoldaan blijft, omdat hij op die wijze het bestaan en de omvang van een communautair recht (namelijk de waarborg) zou bepalen. En het criterium, of een vordering meer of minder bezwarend is, verdraagt zich evenmin met de geest van de richtlijn. Waar de volgorde van voldoening van verbintenissen volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek binnen het nationale recht in logisch en systematisch opzicht een zekere functie heeft, is het niet zinvol deze samenhang open te breken en er bepaalde criteria uit te lichten om die op onderhavig geval toe te passen.

38. En ten slotte gaat het er ook niet om, de meest „gunstige" oplossing voor de werknemer te vinden onder aanhaling van enkel en alleen het eerdergenoemde doel (zie punt 3) van de richtlijn. De richtlijn beoogt de werknemers weliswaar bepaalde garanties te bieden, maar de uitkering ingevolge de waarborg hangt af van bepaalde voorwaarden, en wordt niet in alle gevallen ten koste van alles opgedrongen. Uit het doel van de richtlijn laten zich geen oplossingen afleiden die niet met de letter daarvan in overeenstemming zijn [9], omdat ook de teleologische uitlegging een uitlegging intra legem is en niet extra of contra legem. Daarom gaat de uitlegging van de telkens toepasselijke gemeenschapsbepalingen in alle gevallen vóór, en mocht daarna nog ruimte blijven voor een gunstige uitlegging, dan kan op het beschermende oogmerk van de richtlijn worden teruggegrepen.

39. Na deze kanttekeningen wil ik overgaan tot de kern van de zaak, namelijk de vraag welke vorderingen moeten worden geacht „onvervuld" te zijn gebleven als bedoeld in de richtlijn, zodat zij meetellen voor de berekening van de waarborg.

40. Zoals met name blijkt uit de eerste overweging van de considerans en uit de artikelen 1, lid 1, en 3, lid 1, van de richtlijn, moeten de op te richten waarborgfondsen in beginsel *alle* onvervulde aanspraken van de

9 — Arrest van 9 november 1995, Francovich II (C-479/93, Jurispr. blz. I-3843, punt 20).

werknemers garanderen, die vóór een bepaalde datum ontstaan en verband houden met de insolventie van de werkgever.

41. Bovendien moeten als „onvervulde" aanspraken in de gebruikelijke zin van het woord en voor zover niets anders uit de richtlijn blijkt, worden beschouwd alle aanspraken die de werkgever wegens zijn insolventie onbetaald heeft gelaten. Ingeval gedeeltelijke betalingen door de werkgever zijn verricht, zijn de „onvervulde" aanspraken het verschil tussen het totale bedrag dat de werknemer te vorderen heeft, en hetgeen de werkgever in totaal heeft betaald. In dat geval speelt het geen rol wanneer de gedeeltelijke betalingen hebben plaatsgevonden, dus of die nu zijn verricht aan het begin, in het midden, of aan het eind van de vóór de in artikel 3, lid 2, van de richtlijn bedoelde datum gelegen periode.

42. Van deze betekenis van het begrip „onvervulde" aanspraken moet worden uitgegaan, zeker wanneer de lidstaten een referentieperiode vaststellen overeenkomstig artikel 4, lid 2, en de betalingsverplichting van de waarborgfondsen beperken tot de aanspraken van werknemers die tot die periode terug te voeren zijn.

43. Ook in dat laatste geval immers blijft de werknemer die gedurende een langere periode dan de referentieperiode geheel of gedeeltelijk onbetaald is gebleven, op zijn insolvente werkgever een vordering houden tot hetzelfde *totale* bedrag als in het eerstbedoelde geval. Het enige verschil is dat wanneer een referentieperiode wordt gekozen volgens artikel 4, de garantie niet het totaal aan onvervulde aanspraken dekt, maar alleen die welke binnen de referentieperiode vallen. Voor zover de werkgever af en toe een gedeelte van het verschuldigde loon heeft betaald, zijn de „onvervulde" aanspraken die binnen de referentieperiode vallen wederom het verschil tussen hetgeen de werknemer in totaal te vorderen heeft en hetgeen hem in totaal is uitbetaald, onverschillig of die uitbetalingen nu hebben plaatsgevonden tijdens, vóór (bijvoorbeeld bij wijze van voorschotten) dan wel na de referentieperiode (bijvoorbeeld nabetaling van het verschuldigde loon). Het zou immers niet logisch zijn en aan het doel van de richtlijn voorbijschieten, wanneer die voorschotten of nabetalingen niet in aanmerking zouden worden genomen voor de vaststelling van de binnen de referentieperiode vallende „onvervulde" aanspraken van de werknemer. [10]

44. Daarom is het tijdstip waarop de betalingen zijn verricht op zichzelf niet van belang, zeker niet in die mate als de verwerende instelling en de regering van het Verenigd Koninkrijk menen. Bij aanvaarding van die zienswijze zouden het bestaan en de omvang van een door het gemeenschapsrecht toegekend recht immers komen af te hangen van toevallige en onvoorzienbare factoren, zoals de liquiditeit van de insolvente werkgever, en eventueel ook van diens wil en manipulaties.

10 — Daarentegen is de voorgestelde uitlegging niet alleen logisch maar ook billijk. En wel omdat hiermee eventueel misbruik wordt tegengegaan door dubbele betaling van dezelfde vordering, doordat enerzijds een voorschot (of een nabetaling) over de referentieperiode wordt betaald, en anderzijds voor diezelfde vordering een beroep op de garantie wordt gedaan.

Zo zou de werkgever toevallig of opzettelijk gedurende de referentieperiode loon ter voldoening van oudere vorderingen van de werknemers kunnen uitbetalen, om de waarborg waarop dezen recht hebben te verzwakken of teniet te doen. Dat zou echter in strijd zijn met het beschermende oogmerk van de richtlijn.

45. Deze zienswijze zou er bovendien toe leiden, dat de bij toepassing van artikel 4, lid 2, toch al reeds beperkte waarborg nog meer zou kunnen worden beperkt door de wil van de werkgever, dus om andere redenen dan die in de richtlijn zijn genoemd. Dit kan niet worden aanvaard, omdat de gevallen waarin beperking van de betalingsverplichting van de waarborgfondsen is toegestaan, limitatief in de richtlijn worden opgesomd, en de daartoe strekkende bepalingen, gelet op het uitzonderlijke karakter en het doel van de richtlijn, eng moeten worden uitgelegd.

46. Voor de tegengestelde zienswijze kunnen geen argumenten worden ontleend aan de beperkte harmonisering die met de richtlijn wordt nagestreefd, en evenmin aan de in artikel 2, lid 2, aan de lidstaten overgelaten beoordelingsbevoegdheid.

47. Het is juist dat het Hof in zijn arrest van 9 november 1995, Francovich II [11], oordeelde dat de richtlijn een gedeeltelijke harmonisatie nastreeft van de wetgevingen van de lidstaten op het gebied van bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (punt 20). In dit arrest heeft het Hof echter een ander probleem moeten oplossen. Met name onderzocht het de betekenis van de insolventie van de werkgever in de zin van artikel 2, lid 1, welk begrip beslissend is voor de omvang van de werkingssfeer van de richtlijn. In het arrest oordeelde het Hof, dat gelet op de afwezigheid van een gemeenschappelijk aanvaarde betekenis van het begrip insolventie, alleen de werknemers onder de richtlijn vallen die gebonden zijn aan werkgevers, tegen wie met betrekking tot hun vermogen een procedure ter gezamenlijke voldoening van hun schuldeisers kan worden ingeleid. Die kwestie houdt geen verband met de onderhavige zaak, waarin niet wordt betwist dat verzoeker en zijn werkgever binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

Bovendien schijnt de gemeenschapswetgever de weg van de gedeeltelijke harmonisatie niet te hebben nagestreefd, maar hiertoe door de omstandigheden te zijn gedwongen, dat wil zeggen door de aanzienlijke verschillen die de wetgevingen van de lidstaten op dit punt vertoonden en de praktische moeilijkheid om gemeenschappelijke regels op te stellen die zich uniform in alle lidstaten zouden laten toepassen. [12] Aangezien dit probleem zich niet voordoet bij het definiëren van het begrip van onvervulde aanspraken, is er geen reden om deze keuze van de wetgever hier als argument in te roepen.

11 — Aangehaald in voetnoot 9.
12 — Zie hetzelfde arrest, punt 28.

48. Ten aanzien van artikel 2, lid 2, van de richtlijn moet worden opgemerkt dat die bepaling de definitie van bepaalde begrippen aan het nationale recht overlaat, waaronder ook het begrip „bezoldiging". Onder die begrippen komt echter het in deze zaak centraal staande begrip „onvervulde aanspraken" niet voor. Aangezien de opsomming in deze bepaling limitatief is, is er geen ruimte voor een extensieve uitlegging van de bepaling in die zin, dat de daarin vervatte beoordelingsvrijheid van de lidstaten ook tot andere begrippen zou kunnen worden uitgebreid, zeker niet tot begrippen die een gemeenschapsrechtelijke inhoud hebben, zoals het in casu litigieuze begrip.

49. Los daarvan heeft de betrokken bepaling niet de betekenis die de verwerende instelling en de regering van het Verenigd Koninkrijk daaraan toeschrijven. Die bepaling staat de lidstaten immers geenszins toe om de begrippen „werknemer", „werkgever", „bezoldiging" enzovoorts bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht naar believen in te vullen. Integendeel, de bepaling houdt in dat bovengenoemde begrippen, behoudens gunstiger maatregelen (artikel 9 van de richtlijn), bij de omzetting van de richtlijn dezelfde betekenis houden als die zij reeds in het nationale recht hadden.

50. Op dit punt heeft het Hof in het reeds aangehaalde arrest Wagner Miret [13], na eerst eraan te hebben herinnerd dat:

„Volgens artikel 2, lid 2, van de richtlijn wordt de inhoud van het begrip werknemer bepaald door het nationale recht" (punt 11),

verklaard:

„Hieruit volgt, dat richtlijn 80/987 van toepassing is op alle categorieën van werknemers die in het nationale recht van een lidstaat als zodanig worden gedefinieerd, met uitzondering van die welke in haar bijlage worden genoemd" (punt 12).

Het Hof kwam tot de conclusie dat „wanneer hoger leidinggevend personeel naar nationaal recht de hoedanigheid van werknemer heeft, de maatregelen ter omzetting van de richtlijn, voor zover deze niet deze categorie omvatte, onvolledig waren, met als gevolg dat de betrokken werknemers, voor zover uitgesloten van de garantie, recht hebben op schadevergoeding vanwege de staat" (punten 14, 22 en dictum).

51. Dit moet om dezelfde reden ook gelden voor alle termen die in die bepaling worden genoemd. Zo wordt onder „bezoldiging" voor de berekening van de garantie verstaan al hetgeen waarop de individuele werknemer volgens het nationale recht jegens zijn werk-

13 — Zie hierboven, voetnoot 5.

gever aanspraak heeft als tegenprestatie voor de verrichte arbeid, maar hem bleef onthouden door de insolventie van die werkgever. De beloning van werknemers wordt in het algemeen vastgesteld bij bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten, in sommige gevallen ook onderlinge overeenstemming van partijen. Die bepalingen voorzien in minimum (soms ook maximum) loongrenzen, verschillende toeslagen, verhogingen, extra verhogingen, prijspeilaanpassingen enzovoort. Naar mijn mening zijn al deze componenten van de beloning van een werknemer in aanmerking te nemen voor de vaststelling van zijn „bezoldiging" [14] en daarmee van de hem volgens de richtlijn toekomende garantie. [15]

52. Waar het gaat om de vraag, wat voor de toepassing van de richtlijn onder „bezoldiging" moet worden verstaan, geeft de richtlijn in ieder geval geen vrijbrief om van de vaste bepalingen van nationaal recht af te wijken, en zeker niet in voor de werknemers ongunstiger zin. Dit om hoofdzakelijk twee redenen. In de eerste plaats omdat de richtlijn een specifiek doel nastreeft, namelijk de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever, en niet de harmonisatie van het arbeidsrecht van de lidstaten. In de tweede plaats omdat de lidstaten, wanneer zij voor begrippen als „werknemer" engere definities konden kiezen dan die vanouds in het nationale recht gelden, beperkingen zouden kunnen aanbrengen op de bescherming van werknemers buiten de uitdrukkelijk in de richtlijn genoemde gevallen; dat zou met de letter en de geest van de richtlijn in strijd zijn.

53. Zo bezien is van geen enkel belang, dat de lidstaten de betalingsverplichting van de waarborgfondsen uit hoofde van artikel 4, lid 2, op grond van lid 3 van hetzelfde artikel nog verder kunnen beperken. Die laatste bepaling staat immers toe een plafond te stellen aan het bedrag van de garantie dat uit de andere twee bepalingen voortvloeit, maar heeft geen betrekking op de vaststelling van de garantie zelf. In ieder geval is gebruikmaking van deze uitzonderingsbepaling (die in deze zaak overigens niet aan de orde is) alleen gerechtvaardigd „om te voorkomen dat er bedragen worden uitgekeerd die voorbijschieten aan het sociale doel van de richtlijn" [16], wat hier echter niet het geval is.

14 — Zie arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 11. In het algemeen heeft het begrip „beloning" in het gemeenschapsrecht een ruime strekking. Zie in dit verband de definitie van het begrip „beloning" in artikel 119, lid 2, van het Verdrag en de uitlegging van het Hof (zie bijvoorbeeld arresten van 11 maart 1981, Worringham en Humphreys, 69/80, Jurispr. blz. 767, punten 14 e. v.; 17 mei 1990, Barber, C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punten 11 en 12, en 7 maart 1996, Freers en Speckmann, C-278/93, Jurispr. blz. I-1165, punten 17-20, enzovoort. Zie ook artikel 68, lid 1, van verordening nr. 1408 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2) (arrest van 1 oktober 1992, Grisvard en Kreitz, C-201/91, Jurispr. blz. I-5009, punten 14 e. v.), enzovoort.

15 — Wellicht is in onderhavige zaak het geschil tussen verzoeker en het waarborgfonds mede toe te schrijven aan het feit, dat partijen niet dezelfde emolumenten voor de berekening van de garantie in aanmerking schijnen te nemen. Dit betekent dat er een meningsverschil bestaat met betrekking tot het begrip „loon" dat ten grondslag ligt aan de berekening van de garantie. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt bijvoorbeeld dat verzoeker er, naar mijn mening terecht, van uitgaat dat hij recht heeft op loon over zijn overuren, alsmede op de wettelijke verhoging van zijn loon, terwijl het waarborgfonds deze emolumenten buiten beschouwing schijnt te laten. Aangezien deze vraag op feitelijk niveau niet nader is verduidelijkt, terwijl de verwijzende rechter noch partijen deze kwestie uitdrukkelijk aan de orde stellen, lijkt mij dat het Hof op dit punt niet nader behoeft in te gaan.

16 — Of aan deze voorwaarde is voldaan kan en behoort door het Hof worden getoetst in het kader van een eventueel beroep van de Commissie of van een prejudiciële procedure.

VI — Conclusie

54. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 4, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 80/987/EEG moet aldus worden uitgelegd, dat wanneer een werknemer jegens zijn werkgever onvervulde loonaanspraken heeft tot een hoger bedrag dan het loon over de referentieperiode, de gedeeltelijke loonbetalingen die de werkgever gedurende die periode heeft verricht, tot voldoening strekken van tijdens de referentieperiode ontstane aanspraken van de werknemer, uitsluitend voor zover er geen oudere onvervulde aanspraken van de werknemer zijn."