FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 14 maj 1998 *

I — Inledning

1. I förevarande mål har Arrondissementsrechtbank te Alkmaar begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande tolkningen av rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens [1] (nedan kallat direktivet).

2. Tvisten vid den nationella domstolen rör frågan hur "utestående" lönefordringar som en arbetstagare innehar gentemot sin insolvente arbetsgivare skall bestämmas och i vid mening beräkningen av den garanti som skall betalas för det fall arbetsgivaren har betalat arbetstagaren en del av dennes lön under den referensperiod som föreskrivs i direktivet.

II — Gemenskapsrättsliga bestämmelser

3. Enligt fast rättspraxis har direktivet till syfte att tillförsäkra arbetstagare ett gemenskapsrättsligt minimiskydd vid arbetsgivarens insolvens och påverkar inte befintliga förmånligare bestämmelser i medlemsstaterna. I detta syfte föreskrivs i direktivet bland annat särskilda garantier för betalning av arbetstagarnas utestående fordringar som grundar sig på anställningsavtal eller anställningsförhållanden och som gäller lön för en viss period. [2]

4. Artikel 1 i direktivet har följande lydelse:

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

* Originalspråk: grekiska.

1 — EGT L 283, s. 23; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 121.

2 — Se domar av den 10 juli 1997 i de förenade målen C-94/95 och C-95/95, Bonifaci m. fl. och Berto m. fl. (REG 1997, s. I-3969), punkt 3, och i mål C-373/95, Maso m. fl. (REG 1997, s. I-4051), punkterna 50 och 56.

...”

5. I artikel 2.1 anges när en arbetsgivare skall anses vara insolvent och i artikel 2.2 föreskrivs följande:

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

6. Enligt artikel 3.1 skall garantiinstitutionerna, som tillskapas av medlemsstaterna, garantera betalning av arbetstagarnas utestående fordringar som grundar sig på anställningsavtal eller anställningsförhållanden och som gäller lön för tiden före ett visst datum.

I artikel 3.2 föreskrivs att detta datum, efter medlemsstaternas val, skall vara

— antingen den dag då arbetsgivarens insolvens inträdde,

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

— eller en kombination av dessa dagar.

7. Enligt artikel 4 får medlemsstaterna dock välja att begränsa garantiinstitutionernas ansvar till fordringar gällande en viss period (referensperiod) som bestäms med utgångspunkt i ett datum som väljs enligt artikel 3.

Om medlemsstaterna utnyttjar den valmöjlighet som föreskrivs i artikel 3.2 andra strecksatsen skall de ”säkerställa att betalning sker av utestående fordringar som gäller lön för de sista tre månaderna av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande före den dag då arbetstagaren fick besked om uppsägning på grund av arbetsgivarens insolvens” (artikel 4.2 andra strecksatsen).

8. Det betalningsansvar som åvilar de garantiinstitutioner som avses ovan kan även begränsas enligt de villkor som föreskrivs i artikel 4.3, som har följande lydelse:

”3. För att undvika utbetalning av belopp som går utöver de sociala målen för detta

direktiv får medlemsstaterna dock sätta en övre gräns för betalningsansvaret på grund av arbetstagarnas utestående fordringar."

9. I artikel 9 föreskrivs emellertid:

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

10. Enligt artikel 11 var medlemsstaterna slutligen skyldiga att sätta i kraft de lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa detta direktiv inom 36 månader efter dagen för anmälan. Denna frist löpte ut den 23 oktober 1983. [3]

III — Nationell rätt

11. I Nederländerna regleras frågan om arbetstagarnas utestående fordringar gentemot sina insolventa arbetsgivare i kapitel IV (artikel 61—68) i Werkloosheidswet (lag om arbetslöshet). Kommissionen har påpekat att Konungariket Nederländerna inte har vidtagit några specifika införlivandeåtgärder, eftersom Nederländerna anser att de nyssnämnda föreliggande bestämmelserna överensstämmer med direktivet.

12. Enligt begäran om förhandsavgörande och parternas yttranden har det system som regleras genom den nederländska lagen följande utseende:

13. Enligt artikel 61.1 har en arbetstagare rätt till en förmån från garantiinstitutionen om han gentemot sin insolvente arbetsgivare har fordringar avseende lön eller semesterersättning.

14. Enligt artikel 67 a förstås med "lön" allt vad arbetsgivaren enligt lag är skyldig arbetstagaren på grund av anställningsförhållandet (med undantag för semesterersättning).

15. Rätten till förmån täcker enligt artikel 64

3 — Dom av den 2 februari 1989 i mål 22/87, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 143), punkt 3.

— lön för högst tretton veckor omedelbart före den dag då anställningsavtalet sades upp (med undantag för semesterersättning) [fall a],

— förfallen lön under gällande uppsägningstid, som enligt kommissionen är sex veckor [fall b],

— semesterersättning avseende högst ett år [fall c].

16. Såsom Förenade kungariket och kommissionen med rätta har påpekat motsvarar referensperioden på tretton veckor som föreskrivs i artikel 64 a i den nederländska lagen referensperioden på tre månader som föregår uppsägningsbeskedet som föreskrivs i artikel 3.2 andra strecksatsen och artikel 4.2 andra strecksatsen i direktivet. Följaktligen överensstämmer den valmöjlighet som den nederländske lagstiftaren har använt sig av med direktivet.

17. Såsom parterna även mycket riktigt har anmärkt innebär utsträckningen av garantin för arbetstagarnas fordringar till förfallen lön under uppsägningstiden (artikel 64 b i den nederländska lagen), det vill säga under en period som överstiger referensperioden, att mer gynnsamma bestämmelser tillämpas i den mening som avses i artikel 9 i direktivet.

18. Samma sak gäller för semesterersättningen som är garanterad för ett år (artikel 64 c), i vart fall beträffande den del av denna som går utöver referensperioden. [4]

IV — Bakgrund

19. Den 29 oktober 1990 började A. G. R. Regeling (nedan kallad Regeling) arbeta som svetsare hos den nederländske arbetsgivaren Moojen.

Den 14 juni 1991 sade hans arbetsgivare upp anställningsavtalet med verkan från den 1 augusti samma år.

4 — Såsom jag kommer att visa nedan (se punkt 51) täcker den i direktivet föreskrivna garantin hela den avlöning som arbetstagaren hade rätt till för sina utförda tjänster, inklusive tillägg och bidrag enligt lag. Följaktligen skall enligt lag hänsyn tas till semesterersättning motsvarande referensperioden (tre månader eller tretton veckor) vid beräkningen av garantin, medan utbetalning av semesterersättning avseende den period som går utöver referensperioden (högst ett år) utgör en mer gynnsam åtgärd (artikel 9 i direktivet).

Arbetsgivaren försattes därefter i konkurs den 21 april 1992. Konkursen avskrevs emellertid på grund av otillräckliga tillgångar.

20. Till och med slutet av år 1990 uppbar Regeling lön på vanligt sätt. Lönen uppgick till 3 900 HFL (exklusive semesterersättning). På grund av ekonomiska svårigheter betalade arbetsgivaren från och med den 1 januari 1991 däremot endast sporadiskt ut delar av lönen till arbetstagaren. Dessa utbetalningar uppgick vid dennes uppsägning till totalt 18 136 HFL.

21. Efter konkursbeslutet begärde sökanden hos den nederländska garantiinstitutionen att utfå den i direktivet föreskrivna garantin. De ifrågavarande fordringarna som ingick i den aktuella perioden, som sträckte sig från den 15 mars till den 25 juli 1991 (det vill säga referensperioden på tretton veckor eller tre månader samt sexveckorsperioden motsvarande uppsägningstiden) och som avsåg lön, övertidsersättning och semesterersättning, uppgick enligt sökandens egna beräkningar till 21 892 HFL. Enligt sökanden var således arbetsgivaren fortfarande skyldig honom 3 756 HFL avseende ej utbetald lön med mera.

22. Garantiinstitutionen avslog sökandens begäran med motiveringen att det totala beloppet av de utbetalningar som arbetsgivaren hade gjort under denna period översteg de lönefordringar som sökanden hade för samma period.

23. I sitt överklagande av detta beslut till den hänskjutande domstolen gjorde sökanden gällande att de delbetalningar som arbetsgivaren hade gjort inte endast rörde fordringar som hade uppkommit under referensperioden, utan även tidigare fordringar (nämligen fordringar motsvarande den period som sträckte sig från den 1 januari till den 15 mars 1991), på vilka de ifrågavarande betalningarna skulle avräknas i första hand. Garantiinstitutionen hävdade däremot att de delbetalningar som arbetsgivaren hade gjort under den ifrågavarande perioden avsåg betalning av fordringar som uppkommit under samma period och att sökanden därför inte längre var innehavare av några utestående fordringar.

24. Den nationella domstolen har påpekat att de omtvistade nationella bestämmelserna inte uttryckligen reglerar denna fråga och att de nederländska domstolarnas praxis på denna punkt är delad. De allmänna domstolarna har sålunda intagit en ståndpunkt liknande sökandens, medan förvaltningsdomstolarnas praxis överensstämmer med garantiinstitutionens ståndpunkt.

25. Enligt Hoge Raads praxis skall närmare bestämt artiklarna 1432 och 1435 i Burgerlijk Wetboek (civilrättskodifikation) tillämpas på sådana fordringar som sökanden innehar

och, när det gäller perioden efter den 1 januari 1992, den nya artikel 43 i sjätte boken i samma kodifikation som har samma innehåll som de ovannämnda artiklarna. Av dessa bestämmelser följer att när en gäldenär gör en betalning som kan avse åtminstone två förpliktelser, så skall gäldenären bestämma vilken förpliktelse betalningen i första hand skall avse. Om gäldenären inte har bestämt någon förpliktelse skall betalningen avräknas på förfallna fordringar och därefter på de mest betungande. Om alla fordringar är förfallna och lika betungande, skall den betalning som gäldenären har gjort avräknas på den äldsta fordringen. Den nationella domstolen har uppgivit att om dessa bestämmelser tillämpas så skulle sökanden fortsatt inneha utestående fordringar för den ifrågavarande perioden och följaktligen ha rätt till garantin.

26. Förvaltningsdomstolarna, särskilt Centrale Raad van Beroep, anser å andra sidan att alla löneutbetalningar som gjorts under den period som avses i artikel 64 a och 64 b (se ovan) i lagen om arbetslöshet i första hand skall avräknas på de av arbetstagarens fordringar som har uppkommit under denna period utan hänsyn till civilrättens avräkningsregler. Centrale Raad anser på denna punkt att bestämmelserna om den behöriga institutionens betalning av garantin hör till den offentliga rätten och att de har särskilda kännetecken som skiljer dem från de civilrättsliga bestämmelserna. Att hänföra en sådan fordring som garantin avser till civilrättsliga fordringar skulle få till följd att rättigheter som har uppkommit före referensperioden skulle bestämma garantiinstitutionens skyldigheter för denna period. Enligt Centrale Raad strider detta emellertid mot hela regelverket avseende garantiinstitutionens övertagande av arbetsgivarens förpliktelser. Med tillämpning av denna praxis har sökanden inte längre några utestående fordringar som svarar mot referensperioden och han har följaktligen inte rätt till garantin. Den nationella domstolen har påpekat att Centrale Raad är medvetet om att denna lösning leder till oönskade resultat, men att det inte kan se att det finns några andra möjligheter inom ramen för nationell rätt.

27. Med hänsyn härtill har den nationella domstolen, som frågar sig vilken av de båda tolkningarna av de omtvistade föreskrifterna som överensstämmer med direktivet, beslutat att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen beträffande följande fråga.

V — Tolkningsfrågan

"Har skyldigheterna enligt direktiv 80/987 till fullo uppfyllts genom en nationell lagstiftning som kan leda till att den i direktivet föreskrivna betalningen av en lönefordran endast sker om och i den mån lönefordran för den i direktivet omnämnda perioden avser ett högre belopp än det lönebelopp som arbetstagaren har erhållit *under* samma period, trots att detta enligt nationella civilrättsliga regler skall avräknas på en lönefordran som har uppkommit under viss tid *före* denna period?"

VI — Saken

nella bestämmelserna som Centrale Raad van Beroep förespråkar strider mot direktivet.

28. Med sin fråga vill den nationella domstolen i huvudsak ha svar på om, för det fall att en arbetstagare gentemot sin arbetsgivare innehar fordringar som avser anställningsperioder som går utöver referensperioden, de delbetalningar som arbetsgivaren gör under denna senare period i överensstämmelse med direktivet uteslutande skall anses täcka de av arbetstagarens fordringar som har uppkommit under referensperioden eller i första hand dennes äldsta fordringar. Den nationella domstolen vill med andra ord ha klarhet i om de betalningar som arbetsgivaren har gjort under referensperioden skall avräknas på de av arbetstagarens fordringar som har uppkommit under denna period eller på dennes tidigare fordringar.

29. Ställd på detta sätt ger frågan i begäran om förhandsavgörande upphov till ett tolkningsproblem vad avser uttrycket "utestående fordringar som gäller lön" i artikel 4.2 andra strecksatsen i direktivet. Att denna föreskrift är tillämplig i det förevarande fallet är otvistigt i målet.

30. Sökanden i målet vid den nationella domstolen hävdar i detta avseende att direktivet syftar till att garantera att arbetstagarna erhåller betalning för samtliga utestående fordringar som gäller referensperioden och att en sådan tolkning av de omtvistade nationella bestämmelserna som Centrale Raad van Beroep förespråkar strider mot direktivet.

Också kommissionen hävdar att när en arbetsgivare betalar ut lön under referensperioden som i realiteten avser tidigare perioder, så bibehåller arbetstagaren sina fordringar avseende referensperioden och skall komma i åtnjutande av den däremot svarande garantin i enlighet med direktivets syfte.

31. Den svarande institutionen har gentemot detta invänt att direktivet syftar till att delvis harmonisera de nationella lagarna och att artikel 2.1 ger medlemsstaterna rätt att fritt definiera bland annat begreppet "lön". Till detta skall läggas att det i artikel 4.2 i direktivet, som är tillämplig i det förevarande fallet, inte anges någon specifik metod för att bestämma lönen som svarar mot referensperioden. Den svarande institutionen drar därav slutsatsen att medlemsstaterna har frihet att bestämma vilken lön och följaktligen vilka fordringar som skall svara mot referensperioden.

Också den brittiska regeringen hävdar att det med hänsyn till direktivets begränsade syfte är i den nationella rätten som den närmare regleringen av förpliktelserna som grundas på anställningsavtalet skall göras. Till detta kommer att direktivet endast innehåller en tvingande föreskrift om att ta upp sådana fordringar som arbetstagarna innehar som

har uppkommit under referensperioden och inte också tidigare fordringar. På grund härav är det den nationella rätten som skall bestämma vad som skall ske med arbetstagarnas tidigare fordringar och med de betalningar som arbetsgivaren har gjort under referensperioden, det vill säga avgöra om dessa betalningar skall täcka arbetstagarnas fordringar som har uppkommit under den ifrågavarande perioden eller tidigare fordringar. Enligt den brittiska regeringen utgör direktivet följaktligen inte något hinder mot att de betalningar som arbetsgivaren har gjort endast avräknas på sådana utestående fordringar som arbetstagaren innehar som gäller referensperioden och inte på tidigare fordringar.

32. Det skall redan nu sägas att en sådan tvist som den som ligger till grund för målet i den nationella domstolen inte är en tvist som klart och enkelt faller in under nationell rätt, oavsett om det är fråga om offentlig rätt eller civilrätt, som de nationella domstolarna felaktigt synes anta. Det är huvudsakligen fråga om en tvist som faller in under gemenskapsrätten. Skälet till detta är att föreskrifterna i lagen om arbetslöshet sedan den 23 oktober 1983 anses säkerställa införlivandet av direktivet med den nationella rätten, det vill säga att en del av gemenskapens rättsordning inlemmas med den nationella rätten. Följaktligen går det varken direkt eller analogt att tillämpa principer eller metoder på de ifrågavarande föreskrifterna som hör hemma i något rättsområde inom den nationella rättsordningen. Tvärtom skall den nationella domstolen, genom att ta hjälp av föreskrifter som generellt sett säkerställer införlivandet av direktivet med den nationella rätten och genom att tillämpa allmänna tolkningsprinciper som överensstämmer med deras särskilda natur, tolka föreskrifterna utifrån gemenskapsrättsliga kriterier och med målsättningen att uppnå det resultat som avses i direktivet så att ett autonomt införlivande av direktivet säkerställs.

33. Vid tolkningen av de nationella föreskrifterna måste *principen om gemenskapsrättskonform tolkning* tillämpas. Enligt denna princip måste enligt domstolens fasta praxis

"varje nationell domstol vid tolkning och tillämpning av nationell rätt ... utgå ifrån att staten haft för avsikt att fullt ut uppfylla de skyldigheter som följer av det berörda direktivet. ... [D]en nationella domstolen [är] vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter direktivet, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med artikel 189 tredje stycket i fördraget.

Principen om direktivkonform tolkning gör sig särskilt gällande för den nationella domstolen om en medlemsstat, som i förevarande fall, gjort den bedömningen att redan gällande bestämmelser i nationell rätt motsvarar kraven i det berörda direktivet." [5]

5 — Dom av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret (REG 1993, s. I-6911; svensk specialutgåva, häfte 14), punkterna 20 och 21.

34. Av denna princip följer enligt min mening två regler. När det är nödvändigt att tolka föreskrifter som införlivar ett direktiv med nationell rätt skall dessa enligt den *första regeln*, så vitt möjligt, tolkas på ett sådant sätt att de överensstämmer med bestämmelserna i direktivet.

Domstolen har särskilt betonat denna regel när den kontrollerar om bestämmelserna i gemenskapens sekundärrätt överensstämmer med överordnade gemenskapsbestämmelser. Domstolen har sålunda exempelvis uttalat att "när en bestämmelse i gemenskapens sekundärrätt kräver tolkning så skall den i möjligaste mån tolkas så att den blir förenlig med fördraget. ... En genomförandeförordning skall på samma sätt tolkas i överensstämmelse med bestämmelserna i grundförordningen där så är möjligt". [6]

Med hänsyn till att bestämmelserna i direktivet går före de bestämmelser i nationell rätt genom vilka direktivet införlivas med nationell rätt, gäller den ovannämnda regeln av samma skäl även för det förevarande fallet.

35. När nationella bestämmelser som säkerställer införlivandet av ett direktiv med den nationella rätten kan tolkas på flera sätt skall enligt den *andra regeln* företräde ges åt den tolkning som säkerställer att dessa bestämmelser överensstämmer med direktivet och inte åt den tolkning som medför att de inte stämmer överens med detta.

Domstolen har även bekräftat denna princip vad gäller kontrollen av giltigheten av bestämmelser i gemenskapens sekundärrätt genom att betona att "när en text som hör till gemenskapens sekundärrätt kan tolkas på flera sätt, skall företräde ges åt den tolkning som gör att bestämmelsen överensstämmer med fördraget snarare än den som medför att det kan konstateras att den inte stämmer överens med denna". [7]

Av de skäl som jag har angett ovan måste det antas att denna princip även gäller beträffande tolkningen av nationella bestämmelser som införlivar ett direktiv med nationell rätt. [8]

6 — Dom av den 24 juni 1993 i mål C-90/92, Dr Tretter (REG 1993, s. I-3569), punkt 11.

7 — Se dom av den 4 december 1986 i mål 252/83, kommissionen mot Danmark (REG 1986, s. 3713), punkt 15.

8 — Införlivandet av gemenskapens rättsordning med de nationella rättsordningarna innebär en ny hierarki av rättsregler inom gemenskapen i form av en pyramid i vilken de nationella reglerna utgör basen, den sekundära gemenskapsrätten är mitten och reglerna i fördraget samt gemenskapsrättens allmänna principer bildar toppen. Inom hierarkin för de juridiska normerna, måste reglerna i varje nivå inte endast överensstämma med reglerna i den närmast högre nivån, utan med reglerna i samtliga högre nivåer så att det inre sambandet och effektiviteten i systemet kan säkerställas. I detta sammanhang är principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt endast ett uttryck för den mer allmänna regeln om de högre reglernas företräde framför de lägre reglerna som är inneboende i själva begreppet rättssystem. Eftersom förhållandet mellan de nationella reglerna genom vilka direktivet införlivas och direktivets regler är symmetriskt till förhållandet mellan direktivets regler och reglerna i fördraget, måste det som gäller för det andra förhållandet även gälla för det första.

36. De ovannämnda principerna innebär naturligtvis inte att det är tillräckligt att den nationella domstolen väljer någon av de båda lösningar som den nationella rätten erbjuder, väsentligen på grund av att, såsom jag har visat på ovan, ett sådant dilemma är otänkbart på grund tvistens natur, vilken hör till gemenskapsrätten.

37. Det är heller inte fråga om att direkt eller analogt tillämpa den lösning som visar sig vara "den mest förmånliga" för arbetstagaren i varje konkret fall (i det förevarande fallet den civilrättsliga lösningen). Först och främst bör nämnas att den omständigheten att den civilrättsliga lösningen i det förevarande fallet utmynnar i ett för arbetstagaren gynnsamt resultat beror på slumpen. Såsom har nämnts ovan är frågan om i vilken ordning betalda belopp skall avräknas på olika fordringar noggrant reglerad i den nederländska civilrätten, varvid företräde ges åt de fordringar som arbetsgivaren bestämmer, därefter åt de mest betungande och så vidare. Denna företrädesordning överensstämmer emellertid inte med direktivet. Såsom jag kommer att förklara mera i detalj nedan (punkt 45) kan man inte godta att arbetsgivaren bestämmer vilken fordring som delbetalningen skall avräknas mot och vilken fordring som förblir obetald, eftersom denne i så fall skulle bestämma förhandenvaron och omfattningen av gemenskapsrätten (det vill säga garantin). På samma sätt är kriteriet som grundas på skuldbördan och inte på fordringen främmande för direktivets anda. Med hänsyn till att den avräkningsordning för betalningar som föreskrivs i den nederländska civilrättskodifikationen besitter en inre logik är det vidare svårt att föreställa sig varför man skulle förstöra denna ordnings systematik och välja ut vissa kriterier och tillämpa dem på det förevarande fallet.

38. Slutligen är det inte fråga om att komma fram till den lösning som är "den mest förmånliga" för arbetstagaren genom att klart och enkelt åberopa syftet med direktivet (vilket jag har visat på i punkt 3 ovan). Direktivet avser nämligen att ge arbetstagarna vissa garantier, men underkastar dessa garantier vissa villkor och kräver inte att garantierna säkerställs till varje pris i varje fall. Man kan inte härleda lösningar utifrån direktivets syfte som inte överensstämmer med dess bokstav, [9] eftersom även en teleologisk tolkning är en tolkning intra legem och inte en tolkning extra legem eller contra legem. Följaktligen är det tolkningen av de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna som har företräde i varje fall och om ett manöverutrymme kvarstår för en mer förmånlig tolkning så kan man med framgång åberopa direktivets skyddssyfte.

39. Efter dessa klargöranden skall jag övergå till prövningen i sak, det vill säga jag kommer att belysa frågan om vilka fordringar som skall anses som "utestående" i den mening som avses i direktivet och således kan tas med i beräkningen av garantin.

40. Såsom särskilt framgår av det första övervägandet i ingressen samt artikel 1.1 och 3.1 i direktivet skall de upprättade garantiinstitutionerna i princip garantera *samtliga* utestående fordringar som arbetstagarna innehar

9 — Dom av den 9 november 1995 i mål C-479/93, Francovich II (REG 1995, s. I-3843), punkt 20.

som har uppkommit före ett visst datum och som är knutna till arbetsgivarens insolvens.

41. Vidare måste alla fordringar som arbetsgivaren inte har betalat på grund av att han var insolvent anses som "utestående" i enlighet med den vanliga betydelsen av ordet och i avsaknad av motsatt bestämmelse i direktivet. För det fall arbetsgivaren har gjort delbetalningar utgör de "utestående" fordringarna sådana fordringar som återstår när man har dragit av arbetsgivarens samtliga betalningar från arbetstagarens samtliga ovannämnda fordringar. I detta fall är det ointressant när delbetalningarna har skett, det vill säga om de har gjorts i början, i mitten eller i slutet av den period som föregår det datum som föreskrivs i artikel 3.2 i direktivet.

42. Denna tolkning av ordet "utestående" måste gälla i än högre grad när medlemsstaterna fastställer en referensperiod i enlighet med artikel 4.2 och begränsar garantiinstitutionernas ansvar för arbetstagarnas fordringar till denna period.

43. I detta senare fall behåller nämligen de arbetstagare som fortfarande har vissa helt eller delvis utestående fordringar för en period som överstiger referensperioden *generellt* samma fordringar gentemot den insolvente arbetsgivaren, såsom i det föregående fallet. Den enda skillnaden är att när referensperioden har fastställts enligt artikel 4, täcker garantin inte samtliga utestående fordringar, utan endast dem som hänför sig till referensperioden. Om arbetsgivaren sporadiskt har betalat ut en del av förfallen lön, utgör de "utestående" fordringarna för referensperioden, återigen, sådana fordringar som återstår när man har dragit av samtliga betalningar från samtliga fordringar, oavsett om betalningarna har gjorts under referensperioden, före denna (till exempel genom förskott på lönen) eller till och med efter denna (uppskjuten betalning på förfallen lön). Man skulle befinna sig i ett ologiskt läge som skulle gå utöver direktivets syfte om hänsyn inte togs till dessa förskott eller uppskjutna betalningar för att bestämma arbetstagarens "utestående" fordringar för referensperioden. [10]

44. Följaktligen har betalningsdagen inte någon betydelse i sig, i vart fall inte i den mening som den svarande institutionen och den brittiska regeringen har angivit. Om denna tes skulle godtas skulle förhandenvaron och omfattningen av rättigheter som följer av gemenskapsrätten vara beroende av slumpartade och oförutsedda faktorer såsom den insolvente arbetstagarens likviditet och eventuellt dennes goda vilja och manipulationer. Det skulle således räcka med att arbets-

10 — Den föreslagna tolkningen är inte endast logisk utan också rättvis. Skälet till detta är att den undviker ett eventuellt missbruk såsom dubbelbetalning av samma fordring först i form av ett förskott (eller en betalning med retroaktiv effekt) på lönen motsvarande referensperioden och sedan i form av garantin som betalas för samma fordring.

givaren, oavsiktligt eller överlagt, under referensperioden betalar ut lön som i realiteten svarar mot arbetstagarens tidigare fordringar för att den garanti som arbetstagarna har rätt till skall reduceras eller tillintetgöras. En sådan situation skulle emellertid strida mot direktivets syfte att tillförsäkra arbetstagarna ett skydd.

45. Om man skulle ansluta sig till denna tes skulle det vidare innebära att den redan med tillämpning av artikel 4.2 begränsade garantin skulle kunna reduceras ytterligare i enlighet med arbetsgivarens önskemål och av andra skäl än de som föreskrivs i direktivet. Detta kan emellertid inte godtas, eftersom de fall där det är tillåtet att begränsa garantiinstitutionernas betalningsskyldighet är uttömmande uppräknade i direktivet och dessa föreskrifter bör tolkas strikt med hänsyn till att de har karaktären av undantag och med hänsyn till direktivets syfte.

46. En motsatt uppfattning har varken stöd i den begränsade harmonisering som direktivet syftar till att åstadkomma eller den möjlighet som artikel 2.2 erbjuder.

47. Visserligen har domstolen i domen i målet Francovich II [11] uttalat att direktivet syftar till att åstadkomma en delvis harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning vad gäller skyddet för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens (punkt 20). I den domen avgjorde domstolen emellertid en annan fråga. Närmare bestämt klargjorde den begreppet arbetsgivarens insolvens i den mening som avses i artikel 2.1 som är avgörande när det gäller omfattningen av tillämpningsområdet för direktivet. I domen uttalade domstolen att direktivet med hänsyn till att en allmänt godtagen definition av begreppet insolvens saknas är tillämpligt på arbetstagare vars arbetsgivare är föremål för ett förfarande som innebär att deras tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. Denna fråga saknar samband med det förevarande målet i vilket det inte ifrågasätts att sökanden och dennes arbetsgivare skulle omfattas av direktivet.

Gemenskapslagstiftaren synes vidare inte av egen kraft ha valt en lösning som består i en delvis harmonisering utan denna har framtvingats av omständigheterna, det vill säga de betydande skillnader som de olika medlemsstaternas lagstiftningar uppvisar på detta område och de praktiska svårigheter som utarbetandet av gemensamma regler som kan tillämpas på ett enhetligt sätt i de olika medlemsstaterna ger upphov till. [12] Med hänsyn till att definitionen av utestående fordring inte ger upphov till svårigheter av detta slag finns det ingen anledning att åberopa den lösning som den ovannämnde lagstiftaren har valt.

11 — Nämnd i fotnot 9 ovan.

12 — Se samma dom, punkt 28.

48. Beträffande artikel 2.2 i direktivet finns det anledning att påpeka att denna föreskrift överlåter definitionen av vissa begrepp, bland andra "lön", till de nationella rättsordningarna. Bland dessa begrepp återfinns emellertid inte begreppet "utestående fordring", som är avgörande i det förevarande fallet. Med hänsyn till att den uppräkning som denna föreskrift innehåller är uttömmande är det inte heller möjligt att tolka föreskriften extensivt och utvidga den möjlighet som den erbjuder till andra begrepp, särskilt inte till begrepp som har ett gemenskapsrättsligt innehåll, såsom det omtvistade begreppet i förevarande mål.

49. Oberoende därav har den ifrågavarande föreskriften inte den innebörden som den svarande institutionen och den brittiska regeringen har förespråkat. Denna föreskrift medger alls inte att medlemsstaterna efter eget behag definierar begreppen "arbetstagare", "arbetsgivare", "lön" och så vidare vid införlivandet av direktivet med nationell rätt. Tvärtom innebär föreskriften att de ovannämnda uttrycken, med förbehåll för att gynnsammare åtgärder vidtas, vid införlivandet av direktivet skall ha samma innebörd som de redan tidigare har i nationell rätt.

50. På denna punkt har domstolen i domen i det (ovannämnda) målet Wagner Miret [13], efter att först ha erinrat om att det

"[i] enlighet med artikel 2.2 [i övrigt] ankommer ... på nationell rätt att definiera vad som menas med begreppet arbetstagare" (punkt 11),

uttalat följande:

"Härav följer att direktivet om arbetsgivarens insolvens är ämnat att tillämpas på alla kategorier av arbetstagare som i en medlemsstats nationella rätt definieras som sådana, med undantag för dem som finns angivna i bilagan till direktivet" (punkt 12).

Domstolen drog därav slutsatsen att eftersom arbetstagare som har företagsledande ställning enligt nationell rätt ansågs tillhöra kategorin arbetstagare var åtgärderna som skulle säkerställa införlivandet av direktivet otillräckliga i så måtto att de inte inbegrep arbetstagare med företagsledande ställning, vilket innebar att dessa, för det fall att de gick miste om garantin, hade rätt till ersättning från den berörda medlemsstaten (punkterna 14 och 22 samt domslutet).

51. Av samma skäl måste man inta samma ståndpunkt när det gäller de andra uttrycken som anges i det ovannämnda direktivet. När det gäller beräkningen av garantin förstås med "lön" det belopp som den ifrågavarande arbetstagaren hade rätt att erhålla av sin

13 — Se fotnot 5 ovan.

arbetsgivare som vederlag för utförda tjänster, men som han har gått miste om på grund av den senares insolvens. Arbetstagarnas löner fastställs allmänt genom författningsbestämmelser, kollektivavtal eller, i vissa fall, överenskommelse mellan parterna. I dessa bestämmelser föreskrivs en minimilön (ibland även en maximilön) samt bidrag, ersättningar, tillägg av olika slag, anpassning till prisindex och så vidare. Enligt min mening bör hänsyn tas till samtliga dessa delar av arbetstagarens avlöning vid fastställandet av hans lön [14] och, på grundval av denna, vid beräkningen av den garanti [15] som skall utgå i enlighet med direktivet.

52. När det gäller frågan vad som skall betraktas som "lön" vid tillämpningen av direktivet lämnar detta inte något utrymme för att frångå fast etablerade bestämmelser i nationell rätt, särskilt inte till nackdel för arbetstagarna. Det finns huvudsakligen två skäl för detta. För det första, eftersom direktivet har ett specifikt syfte, vilket är att skydda arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens och inte att harmonisera medlemsstaternas arbetsrätt. För det andra, eftersom medlemsstaterna, för det fall att de hade möjlighet att ge en trängre definition av begreppen "arbetstagare", "lön" och så vidare än den som vanligtvis gäller i den nationella rätten, skulle kunna begränsa skyddet för arbetstagarna i fall som inte uttryckligen föreskrivs i direktivet, något som dock skulle gå stick i stäv mot direktivets bokstav och anda.

53. Ur denna synvinkel har den omständigheten att medlemsstaterna med stöd av artikel 4.3 och i enlighet med artikel 4.2 kan begränsa garantiinstitutionernas betalningsskyldighet ytterligare inte någon som helst betydelse. Föreskriften i artikel 4.3 gör det möjligt att sätta en övre gräns för den garanti som följer av de två andra föreskrifterna och avser inte fastställandet av garantin i sig. I vart fall kan utnyttjandet av denna undantagsföreskrift (som inte är aktuell i detta mål) endast komma ifråga "[f]ör att undvika utbetalning av belopp som går utöver de sociala målen för detta direktiv", vilket inte är fallet här. [16]

14 — Se (punkt 11) domen det ovannämnda i målet kommissionen mot Italien. Begreppet "lön" ges i allmänhet en vid mening i den europeiska socialrätten. På denna punkt hänvisas till definitionen av lön i artikel 119 andra stycket i fördraget och domstolens tolkning härav (se, till exempel, dom av den 11 mars 1981 i mål 69/80, Worringham och Humphreys, REG 1981, s. 767, punkt 14 och följande, svensk specialutgåva, häfte 6; dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber, REG 1990, s. I-1889, punkterna 11 och 12, svensk specialutgåva, häfte 10, och dom av den 7 mars 1996 i mål C-278/93, Freers och Speckmann, REG 1996, s. I-1165, punkt 17—20). Se även artikel 68.1 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2) (dom av den 2 oktober 1992 i mål C-201/91, Grisvard och Kreitz, REG 1992, s. I-5009, punkt 14 och följande), etc.

15 — När det gäller det förevarande fallet skall påpekas att tvisten mellan sökanden och garantiinstitutionen, i vart fall till viss del, beror på den omständigheten att parterna inte har tagit hänsyn till samma belopp vid beräkningen av garantin. Detta innebär att det eventuellt är fråga om olika synsätt vad avser begreppet "lön" som utgör grunden för fastställandet av garantin. Av begäran om förhandsavgörande framgår exempelvis att sökanden, enligt min mening med rätta, anser sig ha rätt till ersättning för den övertid han har fullgjort samt lönepåslag enligt lag, men att det inte är säkert att garantiinstitutionen har tagit hänsyn till dessa omständigheter. Då omständigheterna rörande denna fråga emellertid inte klart framgår och varken den nationella domstolen eller någon annan berörd part uttryckligen har framställt någon fråga på denna punkt, anser jag inte att det är nödvändigt att domstolen behandlar denna fråga närmare.

16 — Enligt min mening har domstolen rätt och skyldighet att kontrollera om dessa villkor är uppfyllda antingen i samband med en eventuell talan av kommissionen eller i samband med en begäran om förhandsavgörande.

VII — Förslag till avgörande

54. Med hänsyn till ovanstående överväganden föreslår jag att tolkningsfrågan besvaras enligt följande:

Artikel 4.2 andra strecksatsen i rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens skall tolkas på så sätt att om en arbetstagare gentemot sin arbetsgivare innehar fordringar som avser lön som går utöver referensperioden, skall de delbetalningar som arbetsgivaren har gjort under referensperioden endast avräknas på de av arbetstagarens fordringar som har uppkommit under denna senare period om det inte kvarstår några tidigare utestående fordringar på samma grund.