CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 9 september 1999 *

1. Wanneer een werknemer in een lidstaat heeft gewerkt bij het bijkantoor van een vennootschap die in een andere lidstaat is opgericht, waar zij ook haar maatschappelijke zetel heeft en in staat van faillissement is verklaard, moet dan het wegens insolventie van de werkgever niet-uitbetaalde salaris worden uitgekeerd door het waarborgfonds van de staat van de maatschappelijke zetel, waar het faillissement is uitgesproken, of door het waarborgfonds van de lidstaat waar hij heeft gewerkt? Dit is, kort gezegd, de prejudiciële vraag die het Industrial Tribunal van Bristol (Verenigd Koninkrijk) aan het Hof heeft voorgelegd.

Voor de beantwoording van deze vraag zal het Hof de bepalingen van richtlijn 80/987/EEG [1] moeten uitleggen.

I — De feiten van het hoofdgeding

2. De bodemprocedure is ingesteld door vroegere werknemers van de vennootschap Bell Lines Ltd (hierna: „Bell"), die de Secretary of State for Trade and Industry (hierna: „Secretary of State") hebben verzocht om het waarborgfonds van het Verenigd Koninkrijk opdracht te geven tot voldoening van het achterstallig loon, de schadevergoeding wegens niet-inachtneming van de opzegtermijn en het vakantiegeld, welke bedragen hun niet tijdig door Bell waren uitbetaald omdat deze insolvent was geworden.

3. Bell was actief als scheepsagent. Zij was opgericht in Ierland en gevestigd te Dublin. [2] In juli 1997 beschikte de High Court van Ierland, dat tot vereffening van de insolvente vennootschap moest worden overgegaan, en benoemde een vereffenaar. Ingevolge Section 426 van de United Kingdom Insolvency Act 1986, die voorziet in

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

1 — Richtlijn 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 (PB L 283, blz. 23).

2 — De vennootschap was niet alleen actief in Ierland, maar eveneens in het Verenigd Koninkrijk, waar zij werknemers in dienst had en over een permanente commerciële vertegenwoordiging beschikte; zij had dochterondernemingen in Frankrijk, Duitsland, Italië en Nederland; zij was geassocieerd met een onderneming in Spanje en was eveneens actief in Oostenrijk en Luxemburg, zonder aldaar over een vestiging te beschikken.

samenwerking tussen ter zake van insolventie bevoegde rechterlijke instanties[3], erkende de High Court in Engeland de benoeming van de vereffenaar door de Ierse High Court en benoemde adjunct-curatoren die zouden assisteren bij de vereffening van het vermogen van de vennootschap in het Verenigd Koninkrijk.

Tijdens de terechtzitting verklaarde de Commissie, dat het feit dat de rechter van het Verenigd Koninkrijk de benoeming van de vereffenaar door de Ierse instanties had erkend en van zijn kant twee adjunct-curatoren had benoemd die zouden assisteren bij de vereffening van het vermogen van Bell in het Verenigd Koninkrijk, niet dezelfde betekenis heeft als de inleiding van een procedure tot insolventverklaring van de vennootschap in dat land.

4. Op de datum waarop zij haar werkzaamheden staakte, had Bell 209 werknemers in het Verenigd Koninkrijk, waar zij zes kantooradressen had. Zowel de vennootschap als haar werknemers betaalden socialezekerheidsbijdragen in het Verenigd Koninkrijk.

5. Het bijkantoor van de vennootschap te Avonmouth, bij Bristol, was overeenkomstig Section 690 A en Schedule 21 A van de Companies Act 1985 ingeschreven bij de Registrar of Companies for England and Wales. Die bepalingen geven uitvoering aan voorschriften voor de registratie van bijkantoren, die zijn opgenomen in richtlijn 89/666/EEG betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen.[4] Naar Engels recht had de inschrijving van het bijkantoor te Avonmouth niet tot gevolg, dat zij een zelfstandige vennootschap werd en evenmin dat zij rechtspersoonlijkheid verkreeg.

6. De deconfiture van de vennootschap leidde tot het ontslag van haar werknemers in het Verenigd Koninkrijk. De meesten van hen spraken de Secretary of State aan tot betaling van het achterstallig loon, maar die aanspraken werden verworpen op grond dat het bevoegde waarborgfonds niet dat van het Verenigd Koninkrijk was, maar het Ierse waarborgfonds. De twee zaken die het voorwerp van de onderhavige procedure vormen, zijn geselecteerd voor een proefproces teneinde vast te stellen, of de Secretary of State deze vorderingen terecht heeft afgewezen.

II — De nationale regeling

7. De vorderingen zijn ingesteld krachtens Part XII van de Employment Rights Act van 1996. Ingevolge Section 182 daarvan worden de bedragen die aan de werknemers zijn verschuldigd als gevolg van insolventie van hun werkgever, betaald uit het National Insurance Fund; dat is de algemene

3 — Ierland is de enige lidstaat waar Section 426 van toepassing is.

4 — Elfde richtlijn van de Raad van 21 december 1989 (PB L 395, blz. 36).

socialezekerheidskas, waaraan zowel werkgevers als werknemers bijdragen betalen.

8. Deze wet bevat geen uitdrukkelijke regeling voor het geval dat een vennootschap die over een permanente commerciële vertegenwoordiging in het Verenigd Koninkrijk beschikt en aldaar werknemers in dienst heeft, doch in een andere lidstaat is opgericht, naar het recht van die lidstaat of van enige andere lidstaat, maar niet naar het recht van het Verenigd Koninkrijk insolvent wordt. Nochtans heeft de nationale rechter bij wie het hoofdgeding dient, beslist dat volgens de normale uitleggingsregels van Engels recht de Secretary of State uit hoofde van die wet niet verplicht is de door verzoekers gevorderde lonen en schadevergoedingen te voldoen.

III — De prejudiciële vraag

9. Om discrepanties tussen de rechterlijke instanties van de lidstaten bij de uitlegging van richtlijn 80/987 te voorkomen, heeft het Industrial Tribunal, Bristol, op verzoek van de Secretary of State besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Wanneer

i) een werknemer in een lidstaat werkzaam is voor een werkgever die een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat is, en

ii) de werkgever beschikt over een bijkantoor in de lidstaat waar de werknemer werkzaam is, en dat bijkantoor overeenkomstig de nationale bepalingen ter uitvoering van richtlijn 89/666/EEG van de Raad (Elfde richtlijn inzake vennootschapsrecht) is geregistreerd, hoewel het in die lidstaat niet tot vennootschap is verzelfstandigd en geen van de rechtspersoonlijkheid van de werkgever onderscheiden rechtspersoonlijkheid bezit, en

iii) zowel de werkgever als de werknemer socialezekerheidsbijdragen is verschuldigd in de lidstaat waar de werknemer werkzaam is,

is dan

a) het waarborgfonds van de lidstaat waar de procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers is ingeleid, dan wel

b) het waarborgfonds van de lidstaat waar de werknemer werkzaam is en de werkgever over een permanente commerciële vertegenwoordiging beschikt,

ingevolge artikel 3 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, het voor de uit dien hoofde verschuldigde betalingen bevoegde waarborgfonds?"

IV — Het gemeenschapsrecht

10. Artikel 2 van richtlijn 80/897 luidt als volgt:

„1. In de zin van deze richtlijn wordt een werkgever geacht in staat van insolventie te verkeren:

a) wanneer is verzocht om inleiding van een in de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van de betrokken lidstaat neergelegde procedure die betrekking heeft op het vermogen van de werkgever ter gezamenlijke voldoening van diens schuldeisers en waarbij de in artikel 1, lid 1, bedoelde aanspraken in aanmerking kunnen worden genomen,

en

b) wanneer de autoriteit die uit hoofde van de genoemde wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bevoegd is,

— hetzij besloten heeft tot inleiding van de procedure,

— hetzij geconstateerd heeft dat de onderneming of de vestiging van de werkgever definitief is gesloten, en dat er gebrek aan voldoende activa is om inleiding van de procedure te rechtvaardigen.

(...)"

11. Artikel 3, waarvan het Industrial Tribunal, Bristol, om uitlegging verzoekt, luidt als volgt:

„1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat waarborgfondsen onder voorbehoud van artikel 4 de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die betrekking hebben op het loon over de voor een bepaalde datum vallende periode.

(...)"

12. Richtlijn 89/666 legt bijkantoren een openbaarmakingsverplichting op:

„Artikel 1

1. De akten en gegevens betreffende bijkantoren die in een lidstaat zijn opgericht door onder het recht van een andere lidstaat vallende vennootschappen waarop richtlijn 68/151/EEG van toepassing is, worden volgens het recht van de lidstaat waar het bijkantoor zich bevindt openbaar gemaakt overeenkomstig artikel 3 van voornoemde richtlijn.

(...)"

„Artikel 2

1. De openbaarmakingsplicht bedoeld in artikel 1, heeft slechts betrekking op de volgende akten en gegevens:

(...)

c) het register waarbij het in artikel 3 van richtlijn 68/151/EEG vermelde dossier voor de vennootschap werd aangelegd en het nummer waaronder de vennootschap in dit register is ingeschreven;

(...)

f) — de ontbinding van de vennootschap, de benoeming, de identiteit en de bevoegdheden van de vereffenaars, alsook de beëindiging van

de vereffening in overeenstemming met de openbaarmaking bij de vennootschap overeenkomstig artikel 2, lid 1, onder h, j en k, van richtlijn 68/151/EEG,

— een faillissement, een akkoord of een andere soortgelijke procedure met betrekking tot de vennootschap;

(...)"

13. Artikel 3 van richtlijn 68/151/EEG[5], waarnaar de bovenstaande bepalingen verwijzen, bepaalt:

„1. In iedere lidstaat wordt hetzij bij een centraal register, hetzij bij een handelsregister of vennootschapsregister, voor elk der aldaar ingeschreven vennootschappen een dossier aangelegd.

2. Alle akten en alle gegevens die krachtens artikel 2 openbaar gemaakt dienen te worden, worden in het dossier opgenomen of ingeschreven in het register; de inhoud van het in het register ingeschrevene dient in elk geval uit het dossier te blijken.

(...)"

V — De prejudiciële procedure

14. Binnen de daarvoor in artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG bepaalde termijn zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekers in het hoofdgeding, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Ierse, de Italiaanse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie.

Ter terechtzitting van 6 juli 1999 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door de vertegenwoordigers van verzoekers in het hoofdgeding, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Ierse, de Italiaanse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie.

15. Verzoekers in het hoofdgeding en de Ierse, de Italiaanse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie zijn het erover eens, dat de verplichting om werknemers de hun verschuldigde bedragen te betalen, rust op het waarborgfonds van de lidstaat waar de werknemer arbeid in loondienst verricht en waar de werkgever is gevestigd, te weten waar hij over een permanente commerciële vertegenwoordi-

5 — Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 165, blz. 8).

ging beschikt. De redenen die zij daarvoor hebben aangevoerd, zijn onder meer de volgende: Bell betaalde bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel in het Verenigd Koninkrijk voor de werknemers die zij aldaar in dienst had, maar zij deed dit niet voor de werknemers in Ierland; richtlijn 80/987 voorziet niet in de mogelijkheid van onderlinge verrekening of terugbetaling tussen de waarborgfondsen van de lidstaten voor de bedragen die een bepaald fonds ten behoeve van een ander fonds heeft betaald; het is onverenigbaar met het beginsel van rechtszekerheid, wanneer de werknemer te wiens behoeve bijdragen zijn betaald aan het waarborgfonds van een lidstaat, zich zou moeten vervoegen bij het waarborgfonds van een andere lidstaat om betaling te verkrijgen van zijn achterstallig loon zonder te weten, of hij schadeloos zal worden gesteld volgens de voorschriften van de lidstaat waar hij heeft gewerkt dan wel volgens die van de lidstaat waar hij zijn vordering heeft ingediend.

16. Het standpunt van de regering van het Verenigd Koninkrijk verschilt radicaal van dat van de andere partijen die opmerkingen hebben ingediend. Zij betoogt namelijk, dat het waarborgfonds dat de betaling dient te verrichten, dat van de lidstaat is waar tot de inleiding van de procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers is besloten dan wel dat van de lidstaat waar de definitieve sluiting van de onderneming is geconstateerd. Volgens haar dient deze uitlegging, die in overeenstemming is met het arrest Mosbæk [6] van het Hof, algemeen te gelden en ook in de onderhavige zaak te worden gehanteerd, omdat het een eenvoudige regel is die in alle situaties een duidelijk antwoord verschaft.

VI — Onderzoek van de prejudiciële vraag

17. Het Industrial Tribunal, Bristol, wenst in wezen te vernemen, welk waarborgfonds ingevolge artikel 3 van richtlijn 80/987 bevoegd is om de onvervulde loonaanspraken van de werknemers in het hoofdgeding te honoreren.

18. Zoals ik zojuist heb aangegeven, is van alle partijen die opmerkingen hebben ingediend, de regering van het Verenigd Koninkrijk de enige die van mening is dat het antwoord op de prejudiciële vraag reeds volgt uit het arrest Mosbæk. [7] Zowel verzoekers in het hoofdgeding als de Ierse, de Italiaanse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie stellen daartegenover, dat de beslissing van het Hof alleen geldt voor het feitencomplex in de zaak

6 — Arrest van 17 september 1997 (C-117/96, Jurispr. blz. I-5017).

7 — Aangehaald in voetnoot 6.

Mosbæk en dat in dat arrest geen algemeen toepasselijke regel mag worden gelezen.

19. Gezien dit verschil van mening zal ik nader ingaan op de feiten van die zaak. Hierin was de vraag aan de orde, welk waarborgfonds bij insolventie van de werkgever de aan een werknemer krachtens zijn arbeidsverhouding verschuldigde bedragen moet voldoen, wanneer die werkgever niet is gevestigd in de lidstaat waar de werknemer woont en aldaar uitsluitend wordt vertegenwoordigd via de werkzaamheden van die ene werknemer, die zijn functie uitoefende in door de werkgever gehuurde kantoorruimte.

20. Mevrouw Mosbæk, die in Denemarken woonde, werd in juni 1993 door de vennootschap naar Engels recht Colorgen Ltd aangenomen als commercieel manager voor Denemarken, Noorwegen, Zweden, Finland, en later ook voor Duitsland. Colorgen, waarvan de zetel is gevestigd in Engeland, was in Denemarken niet gevestigd of als onderneming of anderszins ingeschreven, met name niet bij de belasting- of de douanedienst. Zij werd aldaar alleen door mevrouw Mosbæk vertegenwoordigd. Voor haar werkzaamheden was door Colorgen een kantoor gehuurd. Gedurende de gehele duur van de arbeidsverhouding werd het loon door Colorgen rechtstreeks aan betrokkene betaald zonder inhouding van belastingen, pensioenbijdragen of andere socialezekerheidspremies overeenkomstig Deens recht.

21. Na verloop van een jaar werd Colorgen failliet verklaard en werden haar werknemers, waaronder mevrouw Mosbæk, ontslagen. Overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn diende mevrouw Mosbæk zowel bij het Deense waarborgfonds als bij de Engelse curator in het faillissement van de vennootschap een vordering in van 471 996 DKR ter zake van onbetaald gebleven loon, provisies en zakelijke onkosten. Het waarborgfonds weigerde de vordering te voldoen, op grond dat het waarborgfonds in de staat van vestiging van de werkgever, in casu het Verenigd Koninkrijk, daartoe bevoegd was. In het daaropvolgend rechtsgeding stelde het Østre Landsret (Denemarken) aan het Hof een prejudiciële vraag.

22. In zijn arrest antwoordde het Hof, dat wanneer de werkgever is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de werknemer woont en arbeid in loondienst verrichtte, het waarborgfonds dat bevoegd is voor de betaling van de vorderingen van die werknemer in geval van insolventie van zijn werkgever, het waarborgfonds is van de staat waar overeenkomstig artikel 2, lid 1, van richtlijn 80/987 tot inleiding van de procedure ter gezamenlijke voldoening is

besloten dan wel de sluiting van de onderneming of vestiging van de werkgever is geconstateerd.

Aldus, letterlijk, de beslissing die volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk de status van algemene regel dient te krijgen.

23. Om te beginnen wijs ik erop, dat de feiten in deze twee zaken aanzienlijk van elkaar verschillen. In feite is mijns inziens de enige overeenkomst, dat in beide zaken een vennootschap iemand in dienst had in een andere lidstaat dan waarin zij haar zetel had.

De verschillen zijn echter talrijk: ten eerste had Colorgen in Denemarken alleen maar een kantoor gehuurd opdat mevrouw Mosbæk, haar enige werkneemster, daar kon werken, terwijl Bell in het Verenigd Koninkrijk meer dan 200 personen in dienst had. Ten tweede was Colorgen in Denemarken niet gevestigd of als onderneming of anderszins ingeschreven, met name niet bij de belasting- of de douanedienst, terwijl Bell in het Verenigd Koninkrijk minstens één bijkantoor had waarop de openbaarmakingsverplichting van richtlijn 89/666 van toepassing was. Ten derde had Colorgen geen socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de Deense wetgeving ingehouden, terwijl Bell socialezekerheidsbijdragen voor haar werknemers in het Verenigd Koninkrijk had betaald.

Bezien moet nog worden, of, ondanks deze verschillen, in casu dezelfde oplossing als in de zaak Mosbæk kan worden toegepast en of terecht kan worden beslist, dat het waarborgfonds dat bevoegd is voor de betaling van de loonaanspraken van de wegens de insolventie van hun werkgever ontslagen werknemers van Bell in het Verenigd Koninkrijk, het waarborgfonds is van de lidstaat waarin zij in staat van vereffening werd verklaard, dat wil zeggen het Ierse waarborgfonds.

A — *Toepasselijkheid van richtlijn 80/987 op in een lidstaat geopende bijkantoren van vennootschappen die in een andere lidstaat zijn opgericht, en het vestigingsrecht*

24. Een van de doeleinden van richtlijn 80/987 is inderdaad, aan de werknemers een minimumbescherming te bieden bij insolventie van hun werkgever, zulks door de tussen de lidstaten met betrekking tot de omvang van die bescherming bestaande verschillen te verkleinen, zonder daarbij afbreuk te doen aan in de lidstaten bestaande gunstigere bepalingen. De richtlijn verplicht de lidstaten tot oprichting van fondsen, die aan de werknemers de betaling moeten waarborgen van ten minste een gedeelte van het loon dat zij wegens insolventie van hun werkgever niet hebben ontvangen. De algemene regel van artikel 5, sub b, bepaalt, dat, tenzij de over-

heid voor de volledige financiering zorgdraagt, de werkgevers in de financiering van die instellingen moeten bijdragen. De verplichting van de waarborgfondsen om aanspraken te honoreren, bestaat ook wanneer de werkgevers zich niet hebben gekweten van hun verplichting om in hun financiering te participeren.

25. Richtlijn 80/987 is slechts toepasselijk, indien de werkgever die de betrokken werknemers in dienst had, in staat van insolventie verkeert. De richtlijn definieert niet de begrippen werknemer en werkgever, zodat het aan de nationale wetgever staat daarin te voorzien.

Daarentegen preciseert artikel 2, dat een werkgever geacht wordt in staat van insolventie te verkeren i) wanneer is verzocht om inleiding van een in het nationale recht voorziene procedure die betrekking heeft op het vermogen van de werkgever ter gezamenlijke voldoening van diens schuldeisers, en ii) wanneer de bevoegde autoriteit hetzij heeft besloten tot inleiding van de procedure, hetzij heeft geconstateerd dat de onderneming of de vestiging van de werkgever definitief is gesloten en dat er niet voldoende activa zijn om inleiding van de procedure te rechtvaardigen.

26. De verwijzende rechter heeft in zijn beschikking aangegeven, dat zijn nationale recht geen uitdrukkelijke regeling bevat voor het geval dat een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap, die personeel in dienst heeft in het Verenigd Koninkrijk en aldaar over een permanente vertegenwoordiging beschikt, insolvent is geworden naar het recht van die lidstaat of van een andere lidstaat, maar niet naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, zodat de Secretary of State niet verplicht is de loonaanspraken te honoreren van de werknemers die in het Verenigd Koninkrijk werkzaam zijn en met de insolventie van de onderneming zijn geconfronteerd.

27. Het komt mij voor, dat deze situatie de erkenning van loonaanspraken van werknemers die in het Verenigd Koninkrijk in dienst zijn van een bijkantoor van een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap, niet uitsluit, wanneer de voorwaarden zijn vervuld die het Hof heeft opgesomd om een werkgever in staat van insolventie te kunnen achten. Die voorwaarden zijn, dat het nationale recht voorziet in een insolventieprocedure; dat in het kader van die procedure de uit arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers in aanmerking kunnen worden genomen; dat is verzocht om inleiding van deze procedure, en dat de bevoegde autoriteit hetzij tot inleiding van de procedure heeft besloten, hetzij heeft geconstateerd dat de onderneming of de vestiging van de werkgever definitief is gesloten en dat er niet voldoende activa zijn. [8]

28. Mijn mening is gebaseerd op een aantal redenen, die ik uiteen zal zetten. Ten eerste

8 — Arrest van 9 november 1995, Francovich (C-479/93, Jurispr. blz. I-3843, punt 18).

bepaalt richtlijn 80/987 niet, dat een vennootschap die in een lidstaat insolvent is verklaard, eveneens in staat van insolventie moet zijn verklaard in een andere lidstaat overeenkomstig de wetgeving van deze laatste. Ten tweede heeft de High Court of Justice (England and Wales), hoewel in het Verenigd Koninkrijk niet is verzocht om inleiding van een procedure ter gezamenlijke voldoening van Bell's schuldeisers en die procedure ook niet is ingeleid, niettemin de benoeming van een vereffenaar door de Ierse rechtbank erkend en adjunct-curatoren benoemd ter assistentie bij de vereffening van het vermogen van de vennootschap in het Verenigd Koninkrijk. Het komt mij voor, dat de High Court dit niet zou hebben gedaan wanneer zij niet had geconstateerd, dat Bell de exploitatie van haar kantoren in het Verenigd Koninkrijk had gestaakt. Ten derde moet volgens artikel 2, lid 1, sub f, van richtlijn 89/666 de inleiding van de insolventieprocedure van Bell in Ierland en de daaropvolgende vereffeningsbeschikking in het Verenigd Koninkrijk openbaar worden gemaakt. Ten slotte, ofschoon richtlijn 80/987 niet van invloed is op de definitie van „werkgever" in het nationale recht, is het mijns inziens duidelijk, dat de insolventieprocedure niet tegen de onderneming — al dan niet opgericht in de vorm van een vennootschap — in haar geheel hoeft te worden ingeleid, omdat artikel 2, lid 1, sub b, spreekt van „de [bevoegde] autoriteit (...) geconstateerd heeft dat de onderneming of de *vestiging*[9] van de werkgever definitief is gesloten".

Ik zie geen enkele reden waarom — voor toepasselijkheid van richtlijn 80/987 — in een lidstaat geen insolventieprocedure zou kunnen worden aangevraagd tegen het bijkantoor van een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd en die heeft opgehouden haar lopende financiële verplichtingen te vervullen, of waarom de bevoegde autoriteit van eerstgenoemde staat niet zou kunnen constateren, dat het bijkantoor definitief is gesloten en dat er niet voldoende activa zijn.

29. Het Hof heeft in het arrest Mosbæk gesteld, dat in de praktijk de inleiding van de procedure ter gezamenlijke voldoening van de schuldeisers, waardoor rekening kan worden gehouden met de loonaanspraken van de werknemers, meestal wordt verzocht in de staat waar de werkgever is gevestigd.[10]

30. De regering van het Verenigd Koninkrijk schijnt van oordeel te zijn, dat een onderneming slechts in de lidstaat is gevestigd waarin zij is opgericht en waar zij haar zetel heeft. Het komt mij voor, dat dat de reden is waarom zij stelt dat voor alle werknemers van Bell het Ierse waarborgfonds het enige bevoegde is, ongeacht de lidstaat waarin zij werkzaam waren en

9 — Cursivering van mij.

10 — Het Hof heeft hieraan toegevoegd: „De inwerkingtreding van het verdrag betreffende insolventieprocedures, ondertekend te Brussel op 23 november 1995 (nog niet gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*), dat in artikel 3, lid 1, uitgaat van ‚het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar', als belangrijkste bevoegdheidscriterium, zal deze algemene tendens nog versterken". De tekst van dit verdrag, dat door alle lidstaten met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk is ondertekend maar nog niet is geratificeerd, is gepubliceerd door de American Society of International Law, in *International Legal Materials*, Washington, 1996, deel XXXV, blz. 1223.

socialezekerheidsbijdragen betaalden. De andere partijen die opmerkingen hebben ingediend, zijn daarentegen van oordeel, dat een vennootschap die is opgericht in een lidstaat waar zij haar zetel heeft, eveneens kan zijn gevestigd in een andere lidstaat en dat daarvoor voldoende is, dat zij er een bijkantoor heeft of, om de woorden van verzoekers in het hoofdgeding aan te halen, een „permanente commerciële vertegenwoordiging".

31. Ik onderschrijf deze tweede opvatting. Immers, artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) ziet de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen in een lidstaat door communautaire onderdanen op het grondgebied van een andere lidstaat als een essentieel bestanddeel van de vrijheid van vestiging. Bijgevolg is een vennootschap die is opgericht in een lidstaat, gemeenschapsrechtelijk aldaar evenzeer gevestigd als een vennootschap die, na in een andere lidstaat te zijn opgericht, haar vestigingsrecht in eerstgenoemde lidstaat uitoefent door aldaar een bijkantoor te openen.

Bovendien is, zoals wordt bevestigd in de derde overweging van de considerans bij richtlijn 89/666 betreffende de openbaarmakingsplicht van bijkantoren van bepaalde vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen, de oprichting van een bijkantoor naast de oprichting van een dochteronderneming één van de mogelijkheden waarover een vennootschap momenteel beschikt om haar vestigingsrecht in een andere lidstaat uit te oefenen.

32. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening, dat, anders dan in de zaak Mosbæk waarin de Britse vennootschap in Denemarken uitsluitend was vertegenwoordigd via een gehuurd kantoor en één werknemer, een in een lidstaat geopend kantoor van een vennootschap die in een andere lidstaat is opgericht en aldaar haar zetel heeft, geacht kan worden een in de zin van de richtlijn insolvente werkgever te zijn, mits in de eerste lidstaat is verzocht om inleiding van een insolventieprocedure en mits de bevoegde autoriteit de definitieve sluiting en het ontbreken van voldoende activa heeft geconstateerd.

B — *Het belang van het feit, dat de ondernemer bijdragen heeft betaald, voor de beslissing welk waarborgfonds bevoegd is*

33. In het arrest Mosbæk heeft het Hof eveneens opgemerkt, dat ingevolge artikel 5, sub b, van de richtlijn het garantiestelsel wordt gefinancierd door de werkgevers, tenzij de overheid voor de volledige financiering zorgt, en dat het bij gebreke van enige andersluidende bepaling in de

richtlijn strookt met de opzet van de richtlijn, dat het waarborgfonds dat de bijdragen van de insolvabele werkgever heeft geïnd of althans had moeten innen, ook bevoegd is voor de voldoening van onvervulde aanspraken van werknemers. [11]

34. Dit was niet het geval ten aanzien van het Deense waarborgfonds omdat, ofschoon de werkneemster in Denemarken woonde en aldaar had gewerkt, de werkgever in Denemarken noch was gevestigd noch was geregistreerd als onderneming of anderszins, met name niet bij de belastingdienst of de douane. [12] Bovendien had hij op het salaris van de werkneemster nooit belasting, pensioenbijdragen of andere socialezekerheidsbijdragen, zoals het Deense recht voorschrijft, ingehouden.

In de onderhavige zaak daarentegen beschikte de insolvente onderneming niet alleen over een bijkantoor in het Verenigd Koninkrijk, maar betaalde zij bovendien, evenals haar werknemers, bijdragen en droeg zij aldus bij aan de financiering van het socialezekerheidsstelsel van die lidstaat.

35. Ik ben het niet eens met de regering van het Verenigd Koninkrijk wanneer deze stelt, dat het bevoegde waarborgfonds niet dat van de staat is waar de bijdragen zijn betaald, omdat volgens richtlijn 80/987 de lidstaten het waarborgfonds geheel uit openbare middelen kunnen financieren.

Het betreft inderdaad een optie voor de lidstaten bij de organisatie van de financiering van hun waarborgfondsen. Niettemin kan de tegenwerping van het Verenigd Koninkrijk gemakkelijk worden weerlegd, omdat, zoals ik hierboven heb aangegeven, krachtens artikel 5, sub c, van de richtlijn de waarborgfondsen de achterstallige lonen ook dan dienen te betalen, wanneer de ondernemer zijn verplichting tot bijdragebetaling niet is nagekomen. Wanneer een ondernemer geen bijdragen heeft betaald, dan zal dat evenzeer van invloed zijn op het fonds dat volledig door de overheid wordt gefinancierd, als op het fonds dat gedeeltelijk door werkgevers wordt gefinancierd, doch dat de bijdragen niet heeft kunnen innen van de insolvent verklaarde werkgever. En toch zijn beide verplicht de onbetaalde loonaanspraken van werknemers te honoreren.

36. Mitsdien concludeer ik, dat het waarborgfonds dat de bijdragen van de insolvente ondernemer heeft geïnd of althans had moeten innen, het waarborgfonds is dat de onvervulde loonaanspraken van de werknemers die met insolventie van hun

11 — Arrest Mosbæk, aangehaald in voetnoot 6, punt 24.

12 — Het Deense waarborgfonds werd rechtstreeks door de staat gefinancierd. Aangezien die financiering bestond uit één promille van de omzetbelasting, kan worden gesteld dat de bijdragen werden voldaan door de ondernemers, zij het op indirecte wijze.

werkgever zijn geconfronteerd, moet honoreren.

C — *Het ontbreken van de mogelijkheid in richtlijn 80/987 tot onderlinge verrekening tussen de waarborgfondsen van de lidstaten*

37. In het arrest Mosbæk schonk het Hof eveneens aandacht aan het feit, dat in de richtlijn de mogelijkheid tot onderlinge verrekening of terugbetaling tussen de waarborgfondsen van de verschillende lidstaten ontbreekt, hetgeen volgens het Hof zou kunnen bevestigen, dat de communautaire wetgever in geval van insolventie van een werkgever slechts de tussenkomst van het waarborgfonds van één lidstaat wenselijk heeft geacht, zulks teneinde onnodige verwikkelingen tussen de nationale stelsels te vermijden en inzonderheid situaties, waarin een werknemer in verscheidene lidstaten aanspraak zou kunnen maken op de rechten die uit de richtlijn voortvloeien.

38. Op grond van die vaststelling betoogt de regering van het Verenigd Koninkrijk, dat alleen het waarborgfonds van de staat waar tot inleiding van de procedure ter gezamenlijke voldoening van schuldeisers is besloten, tussenbeide dient te komen en de loonaanspraken van de werknemers die in dienst waren bij de bijkantoren in de verschillende lidstaten, moet honoreren.

39. Ik kan deze uitlegging niet aanvaarden. Mijns inziens heeft het Hof bedoeld te zeggen, dat een werknemer zich tot slechts één waarborgfonds behoort te kunnen wenden om zijn achterstallige loonaanspraken voldaan te krijgen, ook indien hij in de loop van zijn carrière in verschillende lidstaten heeft gewerkt, teneinde te voorkomen dat, om zijn vorderingen in één lidstaat te zien toegewezen, de in andere lidstaten vervulde tijdvakken van arbeid moeten worden samengeteld. Dat is de reden waarom het Hof het ontbreken van een verrekeningsstelsel tussen de waarborgfondsen van de lidstaten heeft vermeld. [13]

40. Bovendien vereist het beginsel van rechtszekerheid, dat een werknemer die in een lidstaat in dienst is bij een — in de aangegeven zin — aldaar gevestigde werkgever en die samen met de werkgever bijdragen aan het socialezekerheidsstelsel

13 — Op het gebied van de sociale zekerheid van migrerende werknemers worden in verband met het systeem van coördinatie van de nationale socialezekerheidsstelsels de verzekerde periodes die in de verschillende lidstaten zijn vervuld, samengeteld voor de berekening van de uitkeringen. Het is eveneens op dit gebied, dat een verrekeningssysteem is opgezet voor de terugbetaling van uitkeringen die door een socialezekerheidsinstelling van een lidstaat zijn betaald voor rekening van die van een andere lidstaat.

heeft betaald, zich kan wenden tot het waarborgfonds van die staat voor betaling van achterstallige lonen die hem als gevolg van de insolventie van zijn werkgever zijn verschuldigd, en zulks overeenkomstig de hem vertrouwde wetten van die staat. Het zou in strijd zijn met dat beginsel, wanneer hij zich zou moeten wenden tot het waarborgfonds van een andere lidstaat om vergoeding te verkrijgen op basis van hem onbekende bepalingen en tariefschalen van die andere staat.

Vanzelfsprekend belet het bovenstaande de lidstaten in het geheel niet, procedures vast te stellen die voor de werknemers gunstiger zijn, zoals bijvoorbeeld de Scandinavische landen hebben gedaan, die onderling een informele samenwerking van de waarborgfondsen hebben georganiseerd. [14]

41. Er zijn nog meer argumenten die pleiten voor de door mij voorgestelde oplossing. Ten eerste wordt de rechtsbescherming van de werknemer versterkt, wanneer hij betaling van het hem verschuldigde loon kan vorderen van de autoriteiten van de staat waar hij zijn beroepswerkzaamheden heeft verricht. Ten tweede wordt hij op dezelfde wijze behandeld als alle andere werknemers in die staat die in dienst zijn bij ondernemingen die aldaar hun zetel hebben, hetgeen anders ligt wanneer hij zich zou moeten wenden tot het waarborgfonds van een andere lidstaat.

42. De Commissie heeft nog andere redenen aangevoerd. Voor toepasselijkheid van richtlijn 80/987 moet er immers zowel een werknemer als een insolvente werkgever zijn. Die twee begrippen worden gedefinieerd in de wetgeving van de lidstaten en moeten in elk concreet geval worden beoordeeld door de nationale rechter. Daarom dienen de werknemer en de werkgever aan dezelfde wetgeving te zijn onderworpen.

Bovendien, zolang er geen Europees verdrag is dat voorziet in een uniforme procedure van insolventverklaring voor de gehele Gemeenschap, in het kader waarvan rekening wordt gehouden met alle activa en alle potentiële schuldeisers, blijven de nationale wetgevingen gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel, zodat met de activa die niet vallen onder de jurisdictie van een lidstaat, geen rekening kan worden gehouden in een procedure die in die staat is ingeleid.

Last but not least mogen de taalproblemen niet worden onderschat waarmee de werknemer zou worden geconfronteerd wanneer hij zijn vordering in een andere lidstaat moet indienen, omdat dergelijke problemen de doelmatigheid van de door de richtlijn verleende bescherming kunnen verminderen.

14 — Die samenwerking, die is gebaseerd op een beslissing van Nordisk Råd (Noordse Raad) van 1984, biedt de werknemer de mogelijkheid om, wanneer de wetgeving van de staat van vestiging van zijn werkgever gunstiger voor hem is dan die van de staat waarin hij werkt, betaling van zijn vordering te eisen van het garantiefonds van eerstgenoemde staat. Schaumburg-Müller: *Lønmodtagernes Garantifond, en Lovkommentar*, Munksgaard, Kopenhagen, 1987, blz. 167.

VII — Conclusie

43. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de door het Industrial Tribunal, Bristol, gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Wanneer werknemers in een lidstaat in dienst zijn geweest van het bijkantoor van een vennootschap die in een andere lidstaat is opgericht, waar zij haar zetel heeft en waar de procedure ter gezamenlijke voldoening van schuldeisers is ingeleid, is het waarborgfonds dat overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, de onvervulde loonaanspraken moet honoreren, het fonds van de staat waar de werknemers hun arbeid hebben verricht en waar de werkgever bijdragen heeft betaald of had moeten betalen ter financiering van het fonds."