FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 3. juni 2008 [1]

I — Indledning

1. Rådets direktiv 80/987/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens giver stadigvæk anledning til tvivl om fortolkningen ved de nationale retter [2].

2. Jeg havde lejlighed til at udtale mig om denne bestemmelse i mit forslag til afgørelse i Everson og Barrass-sagen [3], men skal nu endnu en gang undersøge anvendelsesområdet for direktiv 80/987 med hensyn til spørgsmålet om, hvordan det forholder sig, når en virksomhed, der er blevet insolvent, udfører aktiviteter i flere medlemsstater, hvilke kriterier der begrunder tildeling af kompetence til en national myndighed, samt den direkte virkning af nogle af direktivets bestemmelser. Efter ændringen af direktivet i 2002 [4] kræver de rejste spørgsmål, selv om de langt fra er nye, et svar fra Domstolen.

II — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

3. Anders Holmqvist, der var chauffør for selskabet Jörgen Nilsson Akeri och Spedition AB, præsterede tjenesteydelser, der bestod i at afhente gods i Italien, som skulle leveres i Sverige, hvor virksomheden sædvanligvis opererede. Både i Sverige og Italien havde Anders Holmqvist desuden ansvar for overvågning af lastningen og aflæsningen. Som følge af sine arbejdsmæssige forpligtelser kørte Anders Holmqvist også i Østrig og Tyskland.

4. Selskabets driftssted var beliggende i den svenske by Tjörnarp og havde ikke filialer eller andre former for forretningsmæssig repræsentation uden for Sverige.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Direktiv af 20.10.1980 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23).

3 — I den nævnte sag, hvor Domstolen afsagde dom den 16.12.1999 (sag C-198/98, Sml. I, s. 8903), fremsatte jeg forslag til afgørelse den 9.9.1999.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF af 23.9.2002 om ændring af direktiv 80/987 (EFT L 270, s. 10).

5. Selskabet blev erklæret konkurs den 10. april 2006 af Lunds tingsrätt. Kurator tilkendte ved afgørelse af 27. juni 2006 Anders Holmqvist ret til løngaranti i henhold til den svenske Lönegarantilagen (lov om løngaranti) fra 1992, den retsforskrift, som gennemfører direktiv 80/987 i den nationale retsorden.

6. Da Tillsynsmyndigheten i konkurser (kontrolmyndighed i konkursprocedurer, herefter »garantimyndigheden«) var uenig i kuratorens afgørelse, anlagde den sag og gjorde gældende, at Anders Holmqvist ikke havde ret til den svenske løngaranti, da han udførte sine arbejdsopgaver i andre medlemsstater end Sverige, hvorfor han skulle påberåbe sig sin ret i de pågældende andre medlemsstater.

III — Retsforskrifter

7. Direktiv 80/987 har til formål at sikre arbejdstagere et minimum af beskyttelse i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens. Med henblik herpå »pålægger direktivet medlemsstaterne en pligt til at etablere en garantiinstitution, der sikrer arbejdstagerne betaling af løntilgodehavender« [5]. Til dette formål indeholder direktivet en selvstændig definition af begrebet insolvent arbejdsgiver [6] og nogle konkrete foranstaltninger [7].

8. I 1990'erne afsagde Domstolen to præjudicielle domme vedrørende løsning af de ulemper, der var identificeret i insolvensprocedurer med grænseoverskridende forbindelser. Mosbæk-sagen [8] og Everson-sagen [9] leverede nogle kriterier til afgørelse af, hvilken garantiinstitution der skulle dække betalingen af arbejdstagernes tilgodehavende, når en insolvent arbejdsgiver udførte sine aktiviteter i mere end én medlemsstat.

9. Kommissionen tilskyndede i 2001 til en ændring af direktiv 80/987 [10] for at udmønte fremskridtene i retspraksis fra Mosbæk-sagen og Everson-sagen [11] i erkendelse af, at »det

5 — Jeg benytter beskrivelsen i direktiv 2002/74, af hvis anden betragtning det fremgår, at det drejer sig om en *positiv forpligtelse*.

6 — Direktivets artikel 2.

7 — Direktivets artikel 3 og 4.

8 — Dom af 17.9.1997, sag C-117/96, Sml. I, s. 5017.

9 — Everson-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3.

10 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af Rådets direktiv 80/987/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, KOM(2000) 832 af 15.1.2001.

11 — Kommissionen begrunder sit forslag med, at det er udarbejdet med henblik på »retssikkerheden og for at konsolidere arbejdstagernes rettigheder på den måde, som Domstolen har anført«. Efterfølgende nævnes dommene i Everson-sagen og Mosbæk-sagen (forslag til direktiv, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 9).

forhold, at der mangler en eksplicit bestemmelse […], hvori det fastsættes, at den garantiinstitution, som skal dække betalingen af tilgodehavender i tilfælde af, at virksomheder, som har forretningssteder i flere medlemsstater, bliver insolvente, er blevet opfattet som en kilde til manglende retssikkerhed« [12]. Efter dette initiativ vedtoges Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF den 23. september 2002, som indførte en ny artikel 9a i direktiv 80/987, hvis stk. 1 Domstolen skal fortolke i denne præjudicielle sag.

»*Artikel 8a*

1. Såfremt en virksomhed, der har aktiviteter i mindst to medlemsstater, bliver insolvent som defineret i artikel 2, stk. 1, er det garantiinstitutionen i den medlemsstat, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører eller udførte sit arbejde, der skal dække betalingen af arbejdstagernes tilgodehavender.

2. Omfanget af arbejdstagernes rettigheder fastslås i henhold til den lovgivning, der gælder for den pågældende garantiinstitution.

3. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der tages hensyn til de afgørelser, der i de i stk. 1 omhandlede tilfælde træffes inden for rammerne af en insolvensbehandling, jf. artikel 2, stk. 1, som er begæret indledt i en anden medlemsstat, når arbejdsgiverens insolvens som defineret i dette direktiv skal fastslås.«

10. Sverige tilpassede sin retsorden til direktiv 2002/74 i Lönegarantilagen (lov om statslig løngaranti) og pålagde staten ansvaret for betaling af en arbejdstagers løntilgodehavender, såfremt hans arbejdsgiver »er genstand for en sådan insolvensprocedure, som er omhandlet i artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens […]« (§ 1, stk. 3).

11. § 2a i den svenske løngarantilov indfører udtrykkeligt løsningen i artikel 8a i direktiv 2002/74 vedrørende grænseoverskridende situationer med denne ordlyd:

»I de i § 1, stk. 3, omhandlede tilfælde dækkes betaling i henhold til garantien kun, såfremt

12 — Forslag til direktiv, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 8.

arbejdstageren hovedsageligt udfører eller udførte sit arbejde for arbejdsgiverens regning i Sverige.

Såfremt arbejdsgiveren er erklæret konkurs i Sverige, og arbejdstageren hovedsageligt udfører eller udførte sit arbejde for arbejdsgiverens regning i et andet EU- eller EØS-land, sker der ikke betaling i henhold til garantien.«

IV — Den præjudicielle forelæggelse

12. Ved afgørelse af 28. juni 2007 forelagde Lunds tingsrätt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i forlængelse af det af garantimyndigheden anlagte søgsmål mod Anders Holmqvist:

»1) Skal artikel 8a i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF, fortolkes således, at det, for at et selskab kan anses for at have aktiviteter på en bestemt medlemsstats område, kræves, at selskabet har en filial eller et fast driftssted i denne medlemsstat?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende, hvilke betingelser skal da være opfyldt, for at et selskab kan anses for at have aktiviteter i flere medlemsstater?

3) Såfremt selskabet anses for at have aktiviteter på flere medlemsstaters område, og en arbejdstager udfører arbejde for selskabet i flere medlemsstater, hvilke kriterier er da afgørende for, hvor arbejdet sædvanligvis udføres?

4) Har artikel 8a i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF, direkte virkning?«

13. Sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen, Det Forenede Kongeriges, den italienske, den nederlandske, den græske og den svenske regering samt Kommissionen har indgivet

indlæg inden for den frist, der er fastsat i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen.

14. Under retsmødet den 16. april 2008 blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanten for Anders Holmqvist samt af de befuldmægtigede for den italienske og den græske regering samt Kommissionen.

V — Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

15. Med det første spørgsmål tilkendegiver den nationale ret sin tvivl med hensyn til anvendelsesområdet for artikel 8a i direktiv 80/987. Denne fællesskabsretlige bestemmelse indeholder en kompetenceregel for at fastslå, hvilken stat der bærer ansvaret for løngarantien, såfremt en virksomhed har »aktiviteter i mindst to medlemsstater«.

16. Lunds tingsrätt ønsker med andre ord oplyst, hvornår der er tale om en grænseoverskridende aktivitet som omhandlet i den nævnte artikel 8a og anmoder i det andet spørgsmål om fortolkningsregler herfor.

17. De to præjudicielle spørgsmål er tæt forbundne, idet det andet spørgsmål er uomgængeligt for besvarelsen af det første, hvorfor det er hensigtsmæssigt at behandle dem samlet.

18. De regeringer, der har indgivet indlæg i denne præjudicielle sag, Kommissionen og sagsøgte i hovedsagen er enige om, at Anders Holmqvists arbejdsgiver *ikke* har haft aktiviteter i mindst to medlemsstater.

19. Under påberåbelse af Mosbæk- og Everson-dommene påpeger den italienske regering betydningen af de forbindelser, som det insolvente selskab måtte have etableret med en stat, således at det, såfremt det har en tilstrækkeligt fast forretningsmæssig tilstedeværelse i en anden medlemsstat, som det har en vis kontakt med (som f.eks. betaling af arbejdstagernes sociale bidrag), må antages, at det udøver en grænseoverskridende aktivitet. Samme holdning indtager den nederlandske og den græske regering, Kommissionen og Anders Holmqvist. Det Forenede Kongerige argumenterer på lignende måde, men udtrykker det omvendt, da det bestrider, at der foregår en aktivitet i flere stater, fordi en arbejdstager skal bevæge sig mellem dem for at opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser.

Alle er enige om, at der ikke skal åbnes et fast forretningssted i en anden medlemsstat for at bekræfte en grænseoverskridende situation, idet en forretningsmæssig tilstedeværelse af en vis størrelse er tilstrækkelig.

20. Den svenske regering og sagsøgeren i hovedsagen har anført, at artikel 8a i direktiv 80/987 ikke kræver etablering af et permanent kontor i en anden medlemsstat for sin anvendelse. Den svenske regering har ikke fremlagt fortolkningskriterier til præcisering af, hvornår der udføres aktiviteter i flere stater, idet det er tilstrækkeligt, at en arbejdstager sædvanligvis arbejder i en af dem. Sagsøgeren i hovedsagen har parallelt hermed anført, at hvis en person arbejder for sin arbejdsgivers regning i flere medlemsstater, er det rimeligt at hævde, at arbejdet sædvanligvis udføres der, hvor den væsentligste funktion varetages; og i det foreliggende tilfælde blev denne funktion varetaget uden for Sverige.

21. De to første præjudicielle spørgsmål skal behandles ud fra Domstolens praksis, navnlig Mosbæk- og Everson-dommene, som afgrænser vejen frem til en løsning og fjerner enhver tvivl vedrørende artikel 8a i direktiv 80/987.

22. Mosbæk-dommen vedrørte sagen om en kvinde, som i Danmark, Norge, Sverige, Finland og Tyskland udførte arbejde som »comercial manager« for Colorgen, et engelsk selskab med registreret hjemsted i Det Forenede Kongerige. Virksomheden var hverken etableret eller registreret i Danmark. Den havde ikke nogen forbindelse med den danske administration, heller ikke med told- og skattemyndighederne eller de sociale myndigheder. Da Colorgen blev erklæret konkurs og dens ansatte afskediget, anmeldte Carina Mosbæk i sin egenskab af arbejdstager en løngaranti over for den danske garantifond i henhold til den danske lovgivning. Fonden nægtede at dække kravet under henvisning til, at dette påhvilede garantiinstitutionen i det land, hvor arbejdsgiveren havde hjemsted. Carina Mosbæk anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse, hvor hun med præjudiciel karakter modtog en afgørelse fra Domstolen, som bekræftede den danske fonds opfattelse.

23. Tre vigtige følger af Mosbæk-dommen skal påpeges. For det første fastslog den på baggrund af det med direktiv 80/987 forfulgte formål, at bestemmelsens *ratio* angav garantiinstitutionen i den stat, på hvis område der »er truffet afgørelse om indledning af den procedure, der sigter mod en samlet fyldestgørelse af kreditorerne, eller det er konstateret, at arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift er lukket endeligt« [13]. Den formelle afgørelse om indledning af en insolvensprocedure, navnlig såfremt virksomheden har grænseoverskridende elementer, giver et klart spor til løsning af spørgsmålet om, hvor de rettigheder, der er beskyttet i direktiv 80/987, skal udøves, og hertil skal tilføjes kompeten-

13 — Mosbæk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 20.

cereglerne i de europæiske instrumenter vedrørende insolvens og konkurs med fællesskabsretlig dimension, som også fører til staten, hvor den relevante løngarantiinstitution befinder sig [14].

24. Mosbæk-dommen tilføjede for det andet nogle andre kriterier, såfremt arbejdsgiveren havde tættere forbindelser med en anden medlemsstat, og fastslog, »at den garantiinstitution, der er kompetent med hensyn til betalingen af arbejdstagernes løntilgodehavender, er den, som har opkrævet eller i det mindste burde have opkrævet bidrag fra den insolvente arbejdsgiver« [15]. På denne måde lod Domstolen døren stå åben for en anden kompetenceregel, baseret på *aftageren af bidrag* betalt af virksomheden. Når sådanne midler gik til en britisk garantiinstitution, eller når de burde have gjort det, men det ikke forholdt sig sådan, fordi arbejdsgiveren ganske enkelt ikke betalte noget bidrag, ville det være rimeligt, at den britiske fond betalte de påfølgende løntilgodehavender.

25. Den nævnte dom afklarede for det tredje, at direktivet bestemte, »at kun en enkelt medlemsstats garantiinstitution skal indtræde, og dette for at undgå unødige forviklinger mellem de nationale ordninger og navnlig situationer, hvor en arbejdstager kunne gøre gældende i flere medlemsstater, at han var omfattet af direktivet […]« [16]. Det følger heraf, at kompetencen til at betale løntilgodehavender har eksklusiv karakter, da kun en enkelt garantifond bærer ansvaret for at gennemføre direktiv 80/987 [17].

26. Ifølge Mosbæk-dommen anses den omstændighed, at en insolvent virksomhed har udført aktiviteter i andre medlemsstater gennem en repræsentant, ikke for tilstrækkelig relevant til at etablere en grænseoverskridende forbindelse. Så meget desto mindre når konkursbehandlingen er indledt i den stat, hvor virksomheden har hjemsted, og bidragene blev betalt, eller burde være betalt, til garantifonden i denne stat.

14 — Jeg henviser helt klart til Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af 29.5.2000 om konkurs (EFT L 160, s. 1), hvis artikel 3 om international kompetence som generel regel indfører værnetinget i den medlemsstat, »på hvis område centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig«. Det er vigtigt at huske på, at Mosbæk-dommen blev afsagt, før forordning nr. 1346/2000 trådte i kraft, på et tidspunkt, hvor der var forskellige bilaterale internationale konventioner mellem forskellige medlemsstater, idet den europæiske konvention om visse internationale aspekter af konkurs, der blev forhandlet på plads inden for rammerne af Europarådet og fremlagt til undertegnelse i Istanbul den 5.6.1990, aldrig er trådt i kraft.

15 — Mosbæk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 24.

16 — Mosbæk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 26.

17 — Den græske regering har gjort gældende, at efter ændringen i 2002 har direktiv 80/987 ændret dette aspekt af Mosbæk-dommen, idet artikel 8b med indførelsen af en mekanisme til udveksling af relevante oplysninger mellem de kompetente offentlige administrationer har anerkendt delt kompetence mellem de forskellige nationale garantiinstitutioner. Men en så væsentlig ændring ville kræve en klarere og mere åbenbar erklæring fra lovgivers side. Hverken Kommissionens begrundelse for sit forslag eller ordlyden af de parlamentariske drøftelser eller betragtningerne til den endeligt vedtagne tekst afslører en politisk vilje til at indføre en løntilgodehavendemodel med delt kompetence.

27. Mosbæk-dommen beskæftigede sig med et tilfælde, hvor der ikke var permanent forretningsmæssig tilstedeværelse i en anden medlemsstat, mens Everson-dommen behandlede det modsatte tilfælde med et selskab med hjemsted i Irland og filial i Det Forenede Kongerige, hvor det beskæftigede mere end 200 ansatte, som betalte deres sociale bidrag til de britiske myndigheder. I modsætning til situationen i Mosbæk-sagen, hvor »den insolvente arbejdsgiver ikke havde nogen virksomhed på den medlemsstats område, hvor arbejdstageren udøvede sin beskæftigelse« [18], var arbejdsgiveren i Everson-sagen »etableret på britisk område, eftersom selskabet havde en filial i Avonmouth, som beskæftigede mere end 200 ansatte, herunder sagsøgerne i hovedsagen« [19]. Under disse forudsætninger fastslog Domstolen, at den garantiinstitution, der var kompetent til at betale arbejdstagernes løntilgodehavender, var »garantiinstitutionen i den medlemsstat, på hvis område filialen er beliggende« [20].

28. Som jeg forklarede i mit forslag til afgørelse i Everson-sagen, kan man ikke sidestille tilstedeværelsen af et britisk selskab i Danmark, som kun består i et lejet kontorlokale og en ansat, med en filial, som beskæftiger 200 ansatte, som er åbnet i en medlemsstat af et selskab, der er stiftet og har hjemsted i en anden medlemsstat [21]. Der foreligger et endnu stærkere argument for en forskellig behandling af de to situationer, når man analyserer situationen for arbejdstageren, som i sidste instans er den, der beskyttes af direktiv 80/987.

29. Formålsfortolkningen repræsenterer det mest relevante fortolkningsprincip, som er anvendt af Domstolen. Formålet med en retsforskrift fremgår af en fortolkning af dens bestemmelser. Direktiv 80/987, ligesom ændringsdirektivet fra 2002, er klare i den henseende, idet de har til formål at »garantere arbejdstagernes retssikkerhed i forbindelse med insolvens hos virksomheder, der virker i flere medlemsstater, og fastslå arbejdstagernes rettigheder […]« [22].

30. Under denne forudsætning, som ligeledes dannede grundlag for Domstolens afgørelse i Mosbæk-sagen og Everson-sagen, foreslår jeg en benægtende besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål, og i betragtning af de faktiske omstændigheder i hovedsagen mener jeg ikke, at en transportvirksomhed, hvis

18 — Everson-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 23.
19 — A.st., præmis 23.
20 — A.st., præmis 24.
21 — Forslag til afgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 3, punkt 23.

22 — Hele indholdet i syvende betragtning til direktiv 2002/74 viser lovgivers intentioner på dette område: »Med henblik på at garantere arbejdstagernes retssikkerhed i forbindelse med insolvens hos virksomheder, der virker i flere medlemsstater, og fastslå arbejdstagernes rettigheder i overensstemmelse med retspraksis ved EF-Domstolen er det nødvendigt at indføje en bestemmelse, hvori det eksplicit fastsættes, hvilken garantiinstitution der skal dække løntilgodehavender i disse tilfælde […]«

ansatte varetager lastnings- og aflæsningsopgaver i andre medlemsstater, hvor der ikke er en permanent forretningsmæssig tilstedeværelse, kan kategoriseres som en virksomhed, der »har aktiviteter i mindst to medlemsstater« ifølge udtrykket i artikel 8a i direktiv 80/987.

31. For at underbygge denne opfattelse henviser jeg til tre stærke argumenter:

32. For det første har retspraksis bekræftet, at en repræsentation som den, Carina Mosbæk udførte, ikke var en »aktivitet i en anden medlemsstat«. Dette var derimod en repræsentation udført af et selskab stiftet i en anden medlemsstat med et omfattende personale, som det var tilfældet i Everson-sagen. Disse to domme giver anledning til at antage, at Domstolen kræver en forretningsmæssig *tilstedeværelse* med henblik på *permanent tilstedeværelse* [23]. Når jeg nævner »tilstedeværelse«, henviser jeg til en infrastruktur, der omfatter materielle og menneskelige ressourcer. At leje et kontorlokale og ansætte en repræsentant, som det var tilfældet i Mosbæk-sagen, er ikke tilstrækkeligt. Permanent tilstedeværelse henviser til tidsmæssig stabilitet, med en stærk vilje til at opretholde tilstedeværelsen på en anden medlemsstats område.

33. For det andet har Domstolen været lige så forsigtig med bedømmelsen af dette aspekt i sager, som vedrører fri udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden. Siden dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland [24] er definitionen af »forretningssted« blevet mere fleksibel, og det er erkendt, at »et […] selskab i en medlemsstat, der i en anden medlemsstat opretholder en permanent tilstedeværelse, er omfattet af traktatens bestemmelser om etableringsretten, også selv om denne tilstedeværelse ikke har form af en filial eller et agentur, men består i, at selskabet blot opretter et kontor, der drives af selskabets eget personale, eller i, at en selvstændig person får fuldmagt til permanent at repræsentere selskabet på samme måde som et agentur« [25]. Denne udvidelse af begrebet til områder, hvor der ikke kræves en tilstedeværelse *stricto sensu,* er ensbetydende med en anerkendelse af et midtvejspunkt, hvor en virksomhed kan udfolde sig i en anden medlemsstat, uden at

23 — Udtrykkene *tilstedeværelse* og *permanent tilstedeværelse* finder jeg særligt egnede til at illustrere den type adfærd, som aktiverer anvendelsen af artikel 8a i direktiv 80/987. Sådan forstår Kommissionen det også i sit oprindelige forslag til ændring af direktivet i 2001, hvor situationen defineres som en situation, hvor »arbejdsgiver[en] har et tilstrækkeligt permanent forretningssted« (s. 10 i forslaget, nævnt ovenfor i fodnote 10).

24 — Dom af 4.12.1986, sag 205/84, Sml. s. 3755.

25 — A.st., præmis 21.

det er nødvendigt at acceptere et strengt begreb om permanent tilstedeværelse [26].

34. For det tredje retter retspraksis ligeledes en særlig opmærksomhed mod arbejdsmarkedssituationen for de arbejdstagere, der påberåber sig deres rettigheder. Denne opmærksomhed viser sig klart i de sager, der vedrører løngaranti, og det er ikke tilfældigt, at der rettes særlig opmærksomhed mod det sted, hvor de sociale bidrag betales, eller det »sociale og sproglige område«, arbejdstagerne tilhører, når der søges en tilknytning til en anden medlemsstat.

35. På baggrund af det ovenfor anførte må artikel 8a i direktiv 80/987 fortolkes således, at der er tale om »aktiviteter i mindst to medlemsstater«, når en virksomhed har permanent forretningsmæssig tilstedeværelse på en anden medlemsstats område. For at vurdere, om der foreligger en grænseoverskridende forbindelse, foreslår retspraksis to kriterier: dels den nødvendige fysiske og menneskelige infrastruktur samt tilstræbelse af stabilitet i en anden medlemsstat, dels social og sproglig tilknytning for de arbejdstagere, som kræver løntilgodehavende fra garantiinstitutionen. Begge kriterier indebærer en afstandtagen til det i retspraksis fastsatte begreb »forretningssted«, da man ikke må glemme den sociale og arbejdsmarkedsmæssige faktor, hvis beskyttelse prioriteres i direktiv 80/987. Som tidligere anført, tjener retspraksis-dynamikken i fortolkningen af artikel 43 EF som fortolkningsinstrument.

36. En anden faktor, der i den foreliggende sag berettiger afstandtagen fra det fællesskabsretlige begreb forretningssted, findes i baggrunden for den ændring, der indførtes med direktiv 2002/74. I kommissionsforslagets oprindelige affattelse omhandlede den nuværende artikel 8a virksomheder »med *forretningssted* på mindst to medlemsstaters område«. Senere blev teksten ændret, indtil den fik sin nuværende ordlyd, som omhandler virksomheder »med *aktiviteter*« på to medlemsstaters område.

37. Virksomheden Jörgen Nilsson Akeri och Spedition AB's stilling skal således vurderes i lyset af de tidligere regler. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at virksomheden ikke har permanent forretningsmæssig repræsentation i nogen anden medlemsstat, med forbehold af, at dens aktiviteter på grund af selve varetransportens karakter hovedsageligt

26 — Dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 19, af 10.7.1986, sag 79/85, Segers, Sml. s. 2375, præmis 16, af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 14, af 12.2.1987, sag 221/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 719, præmis 10, og af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165. En udvikling, som kulminerer med dommen af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459. Relevant finder jeg ligeledes definitionen af »forretningssted« i forordning nr. 1346/2000 om konkurs i artikel 2, litra h): »ethvert sted, hvorfra skyldneren udøver en ikke-forbigående økonomisk eller erhvervsmæssig aktivitet under anvendelse af menneskelige midler og reelle produktionsfaktorer«. Jf. også V. Edwards: Secondary Establishment of Companies — The Case Law of the Court of Justice, *Yearbook of European Law*, nº 18, 1998, og S. Sánchez Lorenzo: Comentario a la sentencia Centros, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, nr. 0, s. 1145 ff.

er grænseoverskridende. På baggrund af, at virksomheden ikke har en filial eller et agentur i en anden medlemsstat, sammenholdt med dens arbejdstageres arbejdsmarkedsmæssige situation, som for Anders Holmqvists vedkommende er økonomisk og socialt tilknyttet det svenske område, mener jeg ikke, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en virksomhed, som udfører »aktiviteter i mindst to medlemsstater«, som omhandlet i artikel 8 i direktiv 80/987.

38. På baggrund af det ovenfor anførte synes det åbenbart, at den løngaranti, der tilkommer Anders Holmqvist, skal kræves over for den svenske garantimyndighed.

39. Hermed er de to første spørgsmål fra Lunds tingsrätt, men også det præjudicielle spørgsmål i sin helhed, blevet besvaret. Det tredje og det fjerde spørgsmål skulle kun behandles, hvis svaret på de foregående havde fået et andet udfald. For det tilfældes skyld, at Domstolen ikke følger mit forslag, skal jeg imidlertid foretage en undersøgelse af de to sidste spørgsmål fra den svenske ret.

VI — Det tredje præjudicielle spørgsmål

40. Såfremt selskabet i hovedsagen anses for at have aktiviteter i flere medlemsstater som omhandlet i artikel 8a i direktiv 80/987, ønsker Lunds tingsrätt oplyst, hvilke kriterier der er afgørende for at tillægge kompetencen til en af de involverede garantiinstitutioner, idet retten, selv om direktivet omhandler myndigheden i »den medlemsstat, hvor [arbejdstageren] sædvanligvis udfører eller udførte sit arbejde«, ønsker en mere præcis definition af udtrykket.

41. Det Forenede Kongeriges og den italienske regering har gjort gældende, at ovenstående definition, der, selv om den ikke udtrykkeligt fremgår af direktivet, er afspejlet i Everson-dommen, hvori Domstolen udtalte, at, når »arbejdsgiveren — som det er tilfældet i hovedsagen — har flere virksomheder i forskellige medlemsstater, må der i forbindelse med afgørelsen af, hvilken garantiinstitution der er kompetent, som et yderligere kriterium og på grundlag af direktivets sociale formål henses til det sted, hvor arbejdstagerne udøvede deres beskæftigelse. Dette svarer i de fleste tilfælde til det sociale og sproglige område, arbejdstagerne tilhører«.

42. De fremhæver den sidste angivelse i Everson-dommen, hvor det anerkendes, at arbejdstagerens sociale og arbejdsmarkedsmæssige kontekst, og ikke i så høj grad

arbejdsgiverens, er afgørende for at fastslå den kompetente garantiinstitution.

43. Den nederlandske regering hævder en tilsvarende opfattelse, dog på et andet grundlag. På grundlag af en undersøgelse af de fællesskabsretlige regler for retlig kompetence indtager den en beskyttende holdning til arbejdstagerne og angiver det sted, som reelt opfylder forpligtelserne over for dem, såfremt det udgør det nærmeste arbejdsmiljø.

44. Sagsøgeren i hovedsagen foreslår at vælge det sted, hvor arbejdstageren udfører den væsentligste del af sin beskæftigelse, som i det foreliggende tilfælde er udført uden for det svenske område, men sagsøgeren giver heller ikke en løsning på spørgsmålet om, over for hvilken enkelt institution Anders Holmqvist kan gøre sine tilgodehavender gældende.

45. Den svenske regering argumenterer imidlertid i overensstemmelse med direktivets formål for, at svaret skal prioritere arbejdstagerens beskyttelse og foreslår, at den kompetente institution er beliggende i den medlemsstat, hvor arbejdstageren har sin bopæl.

46. Anders Holmqvist støtter den svenske garantiinstitutions egnethed, da hver arbejdsperiode begyndte og sluttede i Sverige; arbejdstagerne får deres løn i Sverige, de hører ind under den svenske socialsikringsordning, og der foretages indeholdelse i lønnen til fordel for den svenske statskasse.

47. Kommissionen har i overensstemmelse med dens benægtende svar på de to første præjudicielle spørgsmål ikke afgivet indlæg vedrørende de to sidste spørgsmål.

48. Jeg har tidligere anført, at Domstolens praksis har fastlagt kriterierne for at afgøre, hvornår en virksomhed har aktiviteter i flere medlemsstater, inden for rammerne af direktiv 80/987. Under henvisning til denne retspraksis behandler jeg det tredje spørgsmål fra den forelæggende ret.

49. Everson-dommen giver anledning til vigtige overvejelser. Jeg har tidligere henvist til dens præmis 23, som fastslog, at det sted, hvor arbejdstagerne udøvede deres beskæftigelse, var holdepunktet. Det skal imidlertid fremhæves, at det i samme præmis er tilføjet, at det »*i de fleste tilfælde* [svarer til] det sociale og sproglige område, arbejdstagerne tilhører« [27]. Jeg understreger dette udtryk,

27 — Min fremhævelse.

fordi det viser, at Domstolen erkender muligheden for, at der foreligger andre holdepunkter for tildeling af kompetencen.

50. For at udarbejde disse regler skal der foretages en undersøgelse af de på det pågældende tidspunkt gældende regler om international retlig kompetence i fællesskabsretten [28]. Det drejer sig klart nok ikke om et dilemma af retlig karakter, da den forelagte tvivl vedrører en administrativ myndighed. Eftersom der imidlertid foreligger bestemmelser om retlig kompetence på det arbejdsmarkedsmæssige område, bl.a. med hensyn til at tildele et værneting i tvister, som vedrører arbejdsaftaler, skal analysen indledes med udgangspunkt i disse bestemmelser.

51. Rådets forordning nr. 44/2001 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område [29] indfører i artikel 19 et særligt værneting i sager om individuelle arbejdsaftaler. Under overholdelse af den filosofi om beskyttelse af arbejdstageren, som lå til grund for direktiv 80/987, giver bestemmelsen mulighed for, at arbejdsgivere med bopæl i en medlemsstat kan sagsøges »ved retterne i den medlemsstat, på hvis område han har bopæl«, eller i en anden medlemsstat. Således gøres *forum loci laboris* gældende, men suppleret med to andre, nemlig retten på det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde, eller, hvis han ikke udfører det i en enkelt medlemsstat, »retten på det sted, hvor den virksomhed, som har antaget arbejdstageren, er eller var beliggende« [30].

52. Til forskel fra artikel 8a i direktiv 80/987, som alene indeholder bestemmelse om et værneting, åbner forordning nr. 44/2001 en vifte af alternative muligheder, men med blikket rettet mod at beskytte den svage part, i dette tilfælde arbejdstageren [31].

53. Den samme grundtone findes i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i

28 — Denne analyse deles af den nederlandske regering og Anders Holmqvist.

29 — Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22.12.2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1).

30 — Jf. M.V. Polak: Jurisdiction and Choice-of-Law Aspects of Employment Contracts i J. Meeusen, M. Pertegás og G. Straetmans (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2004, s. 326-331.

31 — Dette bekræftes i betragtning 13 til forordning nr. 44/2001: »[F]or […] arbejdsaftaler er det ønskeligt at beskytte den svage part ved hjælp af kompetenceregler, der er gunstigere for denne parts interesser end de almindelige kompetenceregler.« Som det anføres i M. Virgós Soriano og F. J. Garcimartín Alférez: Derecho procesal civil internacional, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, s. 113, søges grundlaget for denne tilknytning i, at »retten på det sted, hvor arbejdstageren udfører sine aktiviteter, principielt [er] det værneting, der er beliggende nærmest på arbejdstageren og således [reducerer] hans omkostninger til adgang til retsbeskyttelse«. Det er ligeledes interessant, at forordning nr. 144/2001, til forskel fra sin forgænger, Bruxelles-konventionen, indeholder et særligt afsnit om særtrækkene ved internationale arbejdskontrakter.

udveksling af tjenesteydelser [32], hvis artikel 6 giver en arbejdstager mulighed for at anlægge retssag »i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er eller har været udstationeret, uden at dette i givet fald berører adgangen til at anlægge retssag i en anden stat i overensstemmelse med de internationale konventioner om retternes kompetence […]«. En henvisning, som afspejler nødvendigheden af, at arbejdstageren har adgang til domstolsprøvelse på det sted, han måtte finde mest hensigtsmæssigt. Det drejer sig sammenfattende om at tilnærme jurisdiktionen til sagsøgeren [33].

54. En hurtig gennemgang af lovvalgsreglerne viser forbavsende ensartede instrumenter. På linje med, hvad der var tilfældet med forordning nr. 44/2001, indeholder artikel 6 i Romkonventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser [34], en alternativ lovvalgsregel, således at en arbejdsaftale i mangel af parternes valg er undergivet loven i det land, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sin arbejdsopgave. Hvis arbejdstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i et bestemt land, anvendes loven i det land, »hvor det forretningssted, som har antaget arbejdstageren, er beliggende, medmindre det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, i hvilket fald loven i dette land finder anvendelse« [35].

55. Som tidligere nævnt søger de retsforskrifter, som indeholder kompetence- eller lovvalgsregler, som er specifikke for arbejdsaftaler, ligevægt mellem tilknytningen og beskyttelsen af arbejdstagerne, til hvilket formål de åbner forskellige muligheder, men med et og samme formål, nemlig at give arbejdstageren mulighed for adgang til domstolsprøvelse, under påberåbelse af en lovgivning, der er tæt på hans retlige og personlige forhold. Affattelsen af Romkonventionens artikel 6 er nok den mest tydelige med udtrykket en arbejdsaftale, der »har en nærmere tilknytning« til et andet land [36]. Sådanne forbindelser til et område tjener som referencepunkt, når der skal findes et sted, som sikrer retsbeskyttelse af arbejdstageren.

32 — EFT L 18, s. 1.

33 — Det fælles formål med dette direktiv og de øvrige fællesskabsretlige bestemmelser om retternes kompetence understreges i s. Sánchez Lorenzo, og J.C. Fernández Rozas: *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, s. 480-481.

34 — Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser åbnet for undertegnelse i Rom den 19.6.1980 (EFT L 266, s. 1).

35 — Det skal fremhæves, at forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I), som er udarbejdet af Kommissionen og aktuelt behandles i Europa-Parlamentet, tilpasser Romkonventionen for »at tage hensyn til EF-Domstolens retspraksis […] og dens brede fortolkning af begrebet sædvanligt arbejdssted« (Kommissionens forslag, KOM 2005, 650, s. 7). Sammenhængen og eventuelle følger af ændringen af ordlyden analyseres i P. Venturi: Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di regolamento »Roma I« i P. Franzina (ed.): *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento 'Roma I'*, CEDAM, Milano, 2006, s. 65-74. Om fortolkningen af artikel 6 i lyset af den nationale retspraksis, jf. R. Plender og M. Wilderspin: *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Aplicable to Contractual Obligations*, 3. udg., Sweet & Maxwell, London, 2008, s. 169, 170 og 171.

36 — Domstolen har ikke haft mulighed for at fortolke Romkonventionens artikel 6, da konventionen som bekendt ikke i sin 17-årige levetid har givet anledning til præjudicielle spørgsmål.

56. Domstolens praksis, som har fortolket disse bestemmelser, nærmere bestemt vedrørende forordning nr. 44/2001 (i dens tidligere konventionelle udgave), har gentagne gange fastslået, at, når en arbejdstager udfører sit arbejde i forskellige stater, er stedet for den »sædvanlige udførelse« det sted, som tvisten har sin væsentligste tilknytning til [37]. I Mulox-sagen [38] havde direktøren for international marketing i en virksomhed med hjemsted i London, som udførte forretningsmæssige aktiviteter i Tyskland, Belgien, Nederlandene og de skandinaviske lande, etableret sit kontor på sin bopæl i Aix les Bains (Frankrig); fra en bestemt dato arbejdede han kun i Frankrig. Ved fastlæggelsen af det sted, hvor han arbejdede sædvanligvis, tog Domstolen hensyn til, at udførelsen af arbejdstagerens opgaver var sket »fra et kontor, der er beliggende i en kontraherende stat, som arbejdstageren har taget bopæl i, […] og som han vendte tilbage til efter hver forretningsrejse« [39].

57. Det følger af det ovenstående, at i en arbejdsmæssig sammenhæng, hvor det debatteres, hvilket værneting der er hensigtsmæssig, for at en arbejdstager kan forsvare sine rettigheder, er det uundgåeligt at undersøge de faktiske omstændigheder og vurdere arbejdstagerens retlige og personlige forhold. Under denne forudsætning må det område, der er nærmest arbejdstageren, give den mest rimelige tilknytning [40].

58. Hvis denne opfattelse imidlertid overføres på direktiv 80/987, må det indledningsvis understreges, at til forskel fra reglerne om retternes kompetence og lovvalgsreglerne, som indeholder forskellige muligheder, angiver artikel 8a i direktiv 80/987 et enkelt værneting. Den græske regering har anført, at denne kompetence ikke er eksklusiv, men Mosbæk-dommen fastslog det modsatte.

59. På denne baggrund foretrækker jeg at acceptere et fast kriterium, der kan tjene som formodning for et sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udøver sit arbejde. Jeg mener, at det sted, hvor de sociale bidrag, som skal

37 — Jf. N. Marchal Escalona: Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana, La Ley, nr. 5986, 2004.

38 — Dom af 13.7.1993, sag C-125/92, Mulox IBC, Sml. I, s. 4075.

39 — A.st., præmis 25.

40 — Dette udledes af Domstolens praksis i sin helhed og navnlig af Mulox-dommen, men også af dom af 26.5.1982, sag 133/81, Ivenel, Sml. s. 1891, præmis 14 og 16, af 9.1.1997, sag C-383/95, Rutten, Sml. I, s. 57, præmis 17, og af 10.4.2003, sag C-437/00, Pugliese, Sml. I, s. 3573, præmis 18. For nylig har generaladvokat Poiares Maduro i forbindelse med en fortolkning for første gang af det arbejdsmarkedsmæssige indhold af forordning nr. 44/2001 gjort den beskyttende karakter af denne tekst gældende i sammenligning med dens konventionelle forgænger: »Forfatterne af forordning nr. 44/2001 ønskede at medtage en særlig afdeling vedrørende retternes kompetence på området for arbejdsaftaler, idet de fandt, at »det [er] ønskeligt at beskytte den svage part ved hjælp af kompetenceregler, der er gunstigere for denne parts interesser end de almindelige kompetenceregler«. Det ville under disse omstændigheder være overraskende, hvis nævnte forfattere ved at vedtage forordning nr. 44/2001 har villet fratage arbejdstageren muligheden for at kunne benytte de mere fordelagtige regler, som han havde inden for rammerne af Bruxelleskonventionen forud for forordningens ikrafttrædelse.« (Generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-462/06, Glaxosmithkline, fremsat den 17.1.2008, hvor Domstolen endnu ikke har afsagt dom, punkt 21.)

dække et eventuelt lønkrav, betales, bedst afspejler arbejdstagerens retlige og personlige forhold.

60. En sådan formodning kan imidlertid afkræftes af andre beviser, og der bør være en regel for særtilfælde, som giver systemet en vis fleksibilitet, på linje med Romkonventionens artikel 6 og med min opfattelse i forslaget til afgørelse i Everson-sagen: I sidste instans ligger kompetencen hos myndigheden i den medlemsstat, hvor »det sociale og sproglige område, som arbejdstagerne tilhører«, er beliggende.

61. I det foreliggende tilfælde er der ingen grund til at anvende den sidstnævnte løsning, idet selskabet i hovedsagen betalte Anders Holmqvists sociale bidrag i Sverige, og der antoges ikke at være nogen social og sproglig tilknytning for arbejdstageren til et andet område i Unionen, som han kun sporadisk opholdt sig i (nærmere bestemt Italien, Østrig og Tyskland) under de rejser, han foretog for arbejdsgiverens regning.

62. Svaret til Lunds tingsrätt må derfor være at for at fastslå det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sine arbejdsopgaver, må der ifølge artikel 8a i direktiv 80/987 forstås den stat, hvor arbejdsgiveren har betalt de relevante sociale bidrag, medmindre arbejdstageren undtagelsesvist har en social og sproglig tilknytning til et andet område i Unionen.

VII — Det fjerde præjudicielle spørgsmål

63. Endelig ønsker den nationale ret oplyst, om artikel 8a i direktiv 80/987 har direkte virkning.

64. Sammenholdt med det ovenstående ville det kun være nødvendigt at undersøge dette spørgsmål, hvis der havde været tale om en tilsidesættelse fra Sveriges side.

65. § 2 a i Lönegarantilagen gennemfører direktivets artikel 8a, og derfor bør den fortolkes på baggrund af den fællesskabsretlige bestemmelse [41]. Stk. 2 i den nævnte nationale bestemmelse fastsætter, at »såfremt arbejdsgiveren er erklæret konkurs i Sverige,

41 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 26, og af 4.2.1988, sag 157/86, Murphy m.fl., Sml. s. 673, præmis 11. Ifølge J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal og R. J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, s. 106 og 107, viser retspraksis en klar prioritering af princippet om konform fortolkning i stedet for princippet om direkte virkning.

og arbejdstageren hovedsageligt udfører eller udførte sit arbejde for arbejdsgiverens regning i et andet EU- eller EØS-land, sker der ikke betaling i henhold til garantien«. Sammenfattende meddeler den i negativ, hvad direktivet udtrykker i positive termer. Når den svenske lovgiver henviser til et arbejde udført »hovedsageligt i et andet EU- eller EØS-land«, må det forstås, at der anvendes et udtryk, der svarer til »sædvanligvis udfører« i en anden medlemsstat, som anvendes i direktivets artikel 8a.

66. Idet den svenske lovgivning følgelig kan fortolkes i overensstemmelse med direktivet, må en mere gennemgribende undersøgelse af det fjerde spørgsmål afvises.

VIII — Forslag til afgørelse

67. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Lunds tingsrätt, således:

»1) Artikel 8a i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF, skal fortolkes således, at det, for at et selskab kan anses for at have aktiviteter på mindst to medlemsstaters område, ikke kræves, at selskabet har en filial eller et fast driftssted.

2) For at et selskab kan anses for at have aktiviteter i flere medlemsstater, skal der tages hensyn til to kriterier: for det første den uomgængelige fysiske og menneskelige infrastruktur samt tilstræbelse af permanent tilstedeværelse i en anden medlemsstat; for det andet social og sproglig tilknytning for de arbejdstagere, som kræver deres tilgodehavender fra garantiinstitutionen.

3) Det sted, hvor arbejdstageren »sædvanligvis« udfører eller udførte sit arbejde, er det sted, hvor de sociale bidrag betales med henblik på at dække et eventuelt lønkrav, medmindre arbejdstageren undtagelsesvis har en social eller sproglig tilknytning til et andet område i Unionen.«