

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
GEORGIOS COSMAS

fremsat den 11. juli 1995 *

1. Retssagen mellem Andrea Francovich og Den Italienske Republik, hvorunder der blev forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, som denne besvarede ved dom af 19. november 1991 (sagen Francovich m.fl. ¹, herefter »den første Francovich-dom«), verserer stadig ved Pretura di Vicenza. For at kunne afgøre sagen har den nationale ret fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen to nye præjudicielle spørgsmål, denne gang vedrørende fortolkningen og gyldigheden af artikel 2 i direktiv 80/987/EØF ².

artikel 2, stk. 1. Denne sidstnævnte bestemmelse lyder således:

»1. I henhold til dette direktiv anses en arbejdsgiver for at være insolvent:

I — Retsregler og de faktiske omstændigheder i hovedsagen

a) når der er indgivet begæring om indledning af en procedure med hjemmel i de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser i den pågældende medlemsstat, som vedrører arbejdsgiverens bo og sigter mod en samlet fyldestgørelse af hans kreditorer, og som åbner mulighed for at tage de i artikel 1, stk. 1, omhandlede krav i betragtning,

2. Ifølge artikel 1, stk. 1, i direktiv 80/987 (herefter »direktivet«) finder direktivet anvendelse på krav, som arbejdstagere i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold har erhvervet i forhold til arbejdsgivere, der er insolvente i henhold til direktivets

og

b) når den myndighed, som har kompetence i henhold til nævnte administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser,

* Originalsprog: græsk.

1 — Forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357.

2 — Rådets direktiv 80/987/EØF af 20.10.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23).

— enten har truffet afgørelse om indledning af proceduren

— eller har konstateret, at arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift er lukket endeligt, og at de foreliggende aktiver ikke er tilstrækkelige til at berettige indledning af proceduren.«

3. I øvrigt kan medlemsstaterne ifølge direktivets artikel 1, stk. 2, undtagelsesvis fra direktivets anvendelsesområde udelukke »krav fra visse kategorier af arbejdstagere, fordi arbejdstagernes arbejdsaftale eller ansættelsesforhold er af en særlig karakter, eller fordi der findes andre former for garanti, som sikrer arbejdstagerne en beskyttelse svarende til den, der fremgår af dette direktiv«. Som det er foreskrevet i samme bestemmelse, er de pågældende kategorier af arbejdstagere opregnet i direktivets bilag. For Italiens vedkommende omfatter fortegnelsen over de arbejdstagere, hvis krav kan udelukkes fra direktivets anvendelsesområde (se bilagets punkt II, C), dels »arbejdstagere, der drager fordel af lovbestemte ydelser til sikring af lønnen i tilfælde af økonomisk krise i virksomheden«, dels »skibsbesætninger«.

4. Ifølge artikel 3 er medlemsstaterne forpligtet til at oprette garantiinstitutioner, som sikrer arbejdstagerne betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, og som vedrører løn for perioden inden en bestemt dato, som medlemsstaterne selv fastsætter, således som det

fremgår af artikel 3, stk. 2. Artikel 4 indeholder de nærmere betingelser, hvorunder medlemsstaterne kan begrænse garantiinstitutionernes forpligtelser over for arbejdstagere, mens artikel 7 og 8 regulerer en række spørgsmål i forbindelse med opretholdelsen og beskyttelsen af de rettigheder, der i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens tilkommer arbejdstagere i henhold til lovbestemte, obligatoriske sociale sikringsordninger samt supplerende faglige eller tværfaglige forsikringsordninger. Endelig bestemmer artikel 9, at direktivet ikke berører medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.

5. Den Italienske Republik vedtog ikke de nødvendige foranstaltninger til at gennemføre direktivet i national ret inden for den frist, som var fastsat for medlemsstaterne i direktivets artikel 11, og som udløb den 23. oktober 1983. Efter at Kommissionen havde anlagt sag herom, fastslog Domstolen ved dom af 2. februar 1989 i sagen Kommissionen mod Italien³, at denne havde gjort sig skyldig i et traktatbrud.

6. Kort efter afsigelsen af denne dom og på et tidspunkt, da direktivet endnu ikke var

3 — Sag 22/87, Sml. s. 143.

gennemført i italiensk ret, anlagde Andrea Francovich sag mod den italienske stat ved Pretura di Vicenza. Det fremgik af stævningen i sagen:

a) Francovich havde arbejdet som lønmodtager i en virksomhed i Vicenza, men havde kun fået udbetalt nogle lejlighedsvis acontobeløb af sin løn.

b) Hans arbejdsgiver var ved en retsafgørelse blevet dømt til at betale et beløb på ca. 6 000 000 LIT.

c) Fogeden ved retten i Vicenza havde, da en tvangsfuldbyrdelse af denne retsafgørelse havde vist sig at være umulig, måttet føre til fogedbogen, at udlægsforretningen ikke kunne gennemføres. Francovich havde herefter på ny anlagt sag med påstand om, at den italienske stat i medfør af direktivet tilpligtedes at sikre ham betaling af hans tilgodehavende over for hans arbejdsgiver, subsidiært erstatte ham det tab, han havde lidt ved, at direktivet ikke var blevet gennemført.

7. For at kunne afgøre sagen fandt den nationale ret det nødvendigt ved kendelse af 9. juli 1989 at forelægge Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, som den besvarede i den første Francovich-dom. I denne dom kendte Domstolen følgende for ret:

»1) Bestemmelserne vedrørende fastlæggelse af arbejdstagernes rettigheder i .. direktiv 80/987/EØF ... skal fortolkes således, at arbejdstagerne ikke kan påberåbe sig disse rettigheder ved de nationale domstole over for en medlemsstat, når der ikke er truffet rettidige gennemførelsesforanstaltninger.

2) En medlemsstat ifalder erstatningsansvar for privates tab som følge af den manglende gennemførelse af direktiv 80/987/EØF.«

8. Da der efter afsigelsen af denne dom på ny blev anlagt sag ved Pretura di Vicenza, var decreto legislativo nr. 80 af 27. januar 1992⁴ om gennemførelse af direktivet i national ret i mellemtiden blevet vedtaget. Dette dekrets artikel 1, stk. 1, bestemmer, at når der er indledt en procedure mod en arbejdsgiver om konkurs, akkord, tvangslikvidation

4 — GURI nr. 36 af 13.2.1992.

eller den ekstraordinære administrative procedure, som er fastsat ved decreto-legge nr. 26 af 30. januar 1979, kan arbejdstagere hos en sådan arbejdsgiver — eller dem, der indtræder i disses rettigheder — efter ansøgning få dækket tilgodehavender for ikke-betalt løn af den institution, som er oprettet og nærmere reguleret ved lov nr. 297 af 29. maj 1982, i overensstemmelse med de særlige bestemmelser herom, der er fastsat i lovdekretets artikel 2. Endvidere kan ifølge lovdekretets artikel 1, stk. 2, arbejdstagere — eller dem, som indtræder i disses rettigheder — når der ikke kan indledes nogen af de procedurer mod arbejdsgiveren, som er nævnt i stk. 1, over for den pågældende institution rejse krav om dækning af tilgodehavender for ikke-betalt løn, forudsat det efter de iværksatte forsøg på tvangsfuldbyrdelse af tilgodehavender har vist sig, at arbejdsgiveren ikke har nogen aktiver, eller at disse er utilstrækkelige. Samme lovdekrets artikel 2, stk. 1-6, fastsætter den metode, der skal anvendes for beregningen af det nøjagtige beløb, som den kompetente garantiinstitution skal udbetale de berettigede, mens artikel 2, stk. 7, foreskriver, at bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, 2 og 4, skal anvendes ved beregningen af den godtgørelse, som i givet fald skal udbetales »inden for rammerne af procedurerne i henhold til artikel 1, stk. 1« for det tab, som er lidt ved, at direktivet ikke er blevet gennemført.

garanti for betaling af samtlige arbejdstageres tilgodehavender, herunder de tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler med eller ansættelsesforhold i forhold til arbejdsgivere, mod hvem der ikke kan indledes nogen procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, hvorimod erstatning af tab som følge af, at direktivet ikke er blevet gennemført til den fastsatte frist, kun ydes til de arbejdstagere, som er bundet ved en arbejdsaftale med eller et ansættelsesforhold til en arbejdsgiver, over for hvem der kan indledes en sådan procedure. Efter den nationale rets opfattelse beror den sondring, som den italienske lovgiver har indført, på en bogstavelig fortolkning af direktivets artikel 2, som synes »at udelukke arbejdstagere fra direktivets personelle anvendelsesområde, hvis ikke de ifølge lovgivningen i den medlemsstat, hvis regler de er omfattet af, er ansat hos arbejdsgivere, over for hvem der kan indledes en procedure, som sigter mod en samlet fyldestgørelse af deres kreditorer, men udelukkende opfylder insolvensbetingelsen«. Ifølge forelæggelseskendelsen kan der ikke indledes nogen procedure til samlet kreditorfyldestgørelse over for Francovich' arbejdsgiver — selv om hans insolvens var ubestridt, hvilket bl.a. fremgik af, at den tvangsforfølgning, der blev indledt mod ham, var resultatløs — da han tilhører en kategori af arbejdsgivere, over for hvem det ifølge italiensk ret er udelukket at anvende sådanne procedurer⁵. Under disse forhold fandt Pretura di Vicenza, at afgørelsen af den verserende tvist — og navnlig afgørelsen vedrørende Francovich' krav om erstatning af det tab, han har lidt på grund af den forsinkede gennemførelse af direktivet — afgang af, »hvorledes

9. I sin kendelse af 16. december 1993 har Pretura di Vicenza fremhævet, at det efter rettens opfattelse fremgår af de førnævnte bestemmelser i decreto legislativo nr. 80 af 27. januar 1992, at der i tilfælde af en arbejdsgivers insolvens fremover skal ydes

5 — Jf. artikel 1 i regio decreto nr. 267 af 16.3.1942 (GURI nr. 81 af 6.4.1942), som er nævnt i punkt 8 i Francovich' indlæg ved Domstolen. Som eksempel på arbejdsgivere, over for hvem det ifølge italiensk ret er udelukket at anvende procedurer til samlet kreditorfyldestgørelse, nævnes i forelæggelseskendelsen »arbejdsgivere i landbruget, arbejdsgivere, som driver et frit erhverv, og arbejdsgivere, hvis virksomhed har været indstillet i mere end et år«.

den personkreds, som er beskyttet ved direktiv[et] ... nærmere skal afgrænses«.

II — Det første præjudicielle spørgsmål

10. Af disse grunde afsagde Pretura di Vicenza sin førnævnte kendelse af 16. december 1993, hvorved retten forelagde Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 2 i direktiv 80/987/EØF fortolkes således, at direktivet *kun* omfatter og beskytter arbejdstagere, som er ansat hos arbejdsgivere, hvis bo kan undergives en procedure, som sigter mod en samlet fyldestgørelse af kreditorerne?

2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende — dvs. såfremt direktivet kun beskytter arbejdstagere, som er ansat hos arbejdsgivere, mod hvem der er indledt en procedure vedrørende deres bo, som sigter mod en samlet fyldestgørelse af kreditorerne — må direktivets artikel 2 da anses for gyldig, henset til princippet om en lige og ikke-diskriminerende behandling?»

11. For at kunne forstå og besvare den nationale rets spørgsmål rigtigt er det efter min opfattelse nødvendigt først at være klar over, at indholdet af de vigtigste af de begreber, som anvendes i direktivet, — og dermed direktivets anvendelsesområde — er fastlagt i direktivets første afdeling ved en direkte eller indirekte henvisning til de gældende begreber og retsfor skrifter i medlemsstaternes lovgivning.

12. Der findes nemlig ingen selvstændig definition af begreberne i artikel 1, stk. 1, hvorefter direktivet finder anvendelse »på krav, som arbejdstagere i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold har erhvervet i forhold til arbejdsgivere, der er insolvente i henhold til artikel 2, stk. 1«. Ifølge artikel 2, stk. 2, berører direktivet således ikke medlemsstaternes ret til at fastlægge betydningen af begreber såsom »arbejdstagere« og »arbejdsgivere«⁶, mens artikel 1, stk. 1, hvad angår definitionen af begrebet »insolvent«, udtrykkeligt henviser til artikel 2, stk. 1, som på sin side afgrænser

6 — Jf. dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 12. Se endvidere generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til afgørelse i sagen Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, hvori der blev afsagt dom den 11.7.1985 (sag 105/84, Sml. s. 2639, på s. 2643).

dette begreb på en sådan måde, at dets grundlæggende bestanddel i sidste ende er afhængig af indholdet og anvendelsen af retsfor-
skrifterne i hver enkelt medlemsstat.

indledning af proceduren eller har konstateret, at arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift er lukket endeligt, og at de foreliggende aktiver ikke er tilstrækkelige til at berettige indledning af proceduren.

13. Det fremgår således af ordlyden i den omtvistede bestemmelse i artikel 2, stk. 1, at det er en betingelse for at anse en arbejdsgiver for insolvent »i henhold til dette direktiv«,

14. Efter ordlyden af artikel 2, stk. 1, kan man således direkte konkludere, at bortset fra, at medlemsstaterne selvsagt har mulighed for at anvende eller indføre gunstigere bestemmelser for arbejdstagerne (se direktivets artikel 9), kan de i direktivet fastsatte rettigheder ikke påberåbes af arbejdstagere, som i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold er knyttet til en arbejdsgiver, over for hvem der ifølge de gældende bestemmelser i den pågældende medlemsstat ikke kan indledes en procedure til samlet fyldestgørelse af hans kreditorer, fordi han ikke er »insolvent« i den særlige betydning, hvori dette begreb forstås efter direktivet.

a) at der i de i den pågældende medlemsstat administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser er regler om en procedure vedrørende arbejdsgiverens bo, som sigter mod en samlet kreditorfyldstgørelse

b) at det under denne procedure er muligt at tage hensyn til krav, som arbejdstagere har erhvervet i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold

c) at der er indgivet begæring om indledning af en procedure, og

d) at den myndighed, som har kompetence i henhold til de nævnte nationale retsfor-
skrifter enten har truffet afgørelse om

15. Denne konstatering virker overraskende. Såvel i direktivets overskrift som i betragtningerne anvendes udtrykket »insolvens« nemlig på en sådan måde, at der ikke gøres særlige indskrænkninger i dette begrebs anvendelsesområde. Det kunne give grund til den antagelse, at begrebet må forstås i den videst mulige betydning, og at det omfatter alle de tilfælde, hvor arbejdsgiveren er ude af stand til at opfylde sine forpligtelser i medfør

af arbejdsaftalen med arbejdstageren eller det mellem dem bestående ansættelsesforhold.

16. Når man imidlertid går tilbage til det direktivforslag, som Kommissionen fremsatte for Rådet den 13. april 1978⁷, fremgår det, at det foreslåede direktivs anvendelsesområde lige fra begyndelsen var begrænset til at beskytte arbejdstagere i det tilfælde, hvor arbejdsgiverens insolvens konstateres under en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse. Ganske vist er første betragtning til forslaget ikke helt klar på det punkt, idet der tales om nødvendigheden af at beskytte arbejdstagere, hvis »arbejdsgiver rammes af konkurs eller andre former for manglende betalingsevne«, men anden betragtning efterlader ingen tvivl herom, da de heri anvendte udtryk har relation til procedurer, som sigter mod en samlet kreditorfyldestgørelse. Ifølge denne betragtning skyldes nødvendigheden af at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens den omstændighed, at de af arbejdsgiverens aktiver, som *kan fordeles*, ofte end ikke er tilstrækkelige til at dække kravene ifølge arbejdsaftalen, selv når de i henhold til lovgivningen er *privilegerede i forhold til andre krav*. I øvrigt er det ifølge tredje betragtning til direktivforslaget nødvendigt at beskytte arbejdstagerne også på grund af den omstændighed, at »sager vedrørende insolvens for det meste [varer] længe og ... vanskeligt [kan] overskues af arbejdstageren«. Endelig fremgår det efter min mening klart af formuleringen af direktivforslagets artikel 1, at direktivets bestemmelser vedrører procedurerne for samlet kreditorfyldestgørelse, da direktivets anvendelsesområde ved denne bestemmelse afgrænses til de arbejdsgivere, som »ikke er betalingsdygtige«, [o.a. egentlig: »som har standset deres betalinger«]. Hermed anvender bestemmelsen et begreb, som i hvert fald i visse med-

lemsstater er en af betingelserne for at erklære nogen konkurs⁸.

17. De nævnte forhold, som fremgår af direktivets forhistorie, er i overensstemmelse med den konklusion, som jeg har draget på grundlag af en bogstavelig fortolkning af den omtvistede bestemmelse i den endelige version af direktivets artikel 2, stk. 1, nemlig at direktivet ikke omfatter krav fra arbejdstagere, som ved en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold er knyttet til arbejdsgivere, over for hvem der ifølge den kompetente medlemsstats lovgivning ikke kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse.

18. Den nationale ret har taget et alvorligt forbehold med hensyn til, om denne fortolk-

8 — Jf. dom af 22.2.1979, sag 133/78, Gourdain, Sml. 1979, s. 733, præmis 4, som blev afsagt på foranledning af en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af bestemmelserne i konventionen af 27.9.1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager. Se endvidere vedrørende samme punkt Philippe Woodland: »Observations sur les orientations des droits européens de la faillite«, *La semaine juridique*, 1984, nr. 10, Doctrine, col. 3137, punkt 11. Ud fra dette synspunkt beror den omstændighed, at der i den endelige version af direktivets bestemmelser om afgrænsningen af dets anvendelsesområde (artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1) i stedet for udtrykket »har standset sine betalinger« er anvendt udtrykket »insolvent« på, at det var nødvendigt at undgå de vanskeligheder, som i givet fald kunne opstå ved direktivets gennemførelse i de medlemsstater, hvor begrebet »har ... standset sine betalinger« er ukendt i lovgivningen om samlet kreditorfyldestgørelse (se f.eks., hvad angår italiensk ret, artikel 5 i regio decreto nr. 267 af 16.3.1982 (GURI nr. 81 af 6.4.1982), som Francovich har citeret i sit skriftlige indlæg ved Domstolen. Ifølge denne bestemmelse erklæres en virksomhed konkurs, såfremt den »er insolvent« (min fremhævelse)).

ning er gyldig, og, som også Francovich og Kommissionen har bestridt i deres skriftlige indlæg ved Domstolen. Det Forenede Kongerige, som ikke har afgivet skriftlige indlæg, har ligeledes ytret tvivl herom under den mundtlige forhandling.

19. Det første af de argumenter, som gøres gældende til støtte for denne opfattelse, er, at det indirekte fremgår af den første Francovich-dom — hvori Domstolen gennemgik de præjudicielle spørgsmål vedrørende det omtvistede direktiv og følgerne af, at det ikke var gennemført i national ret — at direktivet også finder anvendelse på arbejdstagere, der i lighed med Francovich er knyttet ved et ansættelsesforhold til arbejdsgiveren, over for hvem der ikke kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse.

20. Dette argument kan ikke godtages. Ifølge praksis⁹ skal Domstolen, når den har fået forelagt et præjudicielt spørgsmål i henhold til traktatens artikel 177, udtale sig om spørgsmålene vedrørende fortolkningen og gyldigheden af en fællesskabsforskrift på grundlag af de faktiske omstændigheder, således som de er beskrevet for den nationale ret. For at kunne påberåbe sig, at Domstolen i den første Francovich-dom indirekte havde taget stilling til det foreliggende problem, var

det derfor i det mindste nødvendigt, at den nationale ret udtrykkeligt havde henledt Domstolens opmærksomhed på, at der efter de gældende retsfor skrifter i Italien ikke over for Francovich' arbejdsgiver kunne indledes nogen procedure til samlet kreditorfyldestgørelse. Dette bekræftes imidlertid hverken af dommens præmis 5 (som Francovich har påberåbt sig i denne forbindelse) eller af nogen andre passager i dommen. Under disse forhold bør det ikke tillægges nogen betydning, at den italienske regering og Kommissionen, som anført i punkt 11 i generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse i sagen, havde ytret tvivl om, hvorvidt Francovich kunne påberåbe sig direktivet, »fordi det ikke fremgår klart, om hans tidligere arbejdsgiver formelt er insolvent«. Hvad angår den italienske regerings og Kommissionens anbringende på dette punkt indskrænkede generaladvokat Mischo sig i øvrigt til i samme passage af sit forslag til afgørelse at bemærke, at det tilkom den nationale ret at afgøre, om Francovich' tidligere arbejdsgiver var insolvent i direktivets artikel 2, stk. 1's forstand.

21. En række yderligere argumenter fra Francovich, Det Forenede Kongerige og Kommissionen går ud på, at direktivets formål er til hinder for at fortolke direktivets artikel 2, stk. 1, på den måde, at den udelukker de arbejdstagere fra sit anvendelsesområde, som ved en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold er knyttet til arbejdsgivere, over for hvem der ikke kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse. Efter denne opfattelse, som også deles af den nationale ret, tilsigter direktivet at beskytte

⁹ — Se dom af 2.6.1994, sag C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs, Sml. I, s. 2303, præmis 16, og af 16.3.1978, sag 104/77, Oehlschlager, Sml. s. 791, præmis 4.

samtlige arbejdstagere, bortset fra dem, som henhører under de kategorier, der er nævnt i direktivets bilag, og som medlemsstaterne har udelukket fra direktivets anvendelsesområde i medfør af undtagelsesbestemmelsen i artikel 1, stk. 2.

22. Jeg kan ikke tilslutte mig denne opfattelse. Ganske vist har Domstolen fastslået, at direktivets målsætning er »at sikre alle arbejdstagere et minimum af beskyttelse«¹⁰, og at direktivet finder anvendelse på samtlige kategorier af arbejdstagere, der ifølge definitionen i national ret har status som arbejdstager, bortset fra dem, som er nævnt i direktivets bilag¹¹. Disse betragtninger kan imidlertid ikke have anden betydning end at fastslå, at direktivet skal beskytte alle arbejdstagere, som falder ind under dets anvendelsesområde, således som dette er fastlagt ikke blot ved bestemmelserne i artikel 1, men også ved de lige så grundlæggende bestemmelser i artikel 2. Følgelig udgør artikel 1, stk. 1 — som i forening med artikel 2, stk. 2, definerer begrebet »arbejdstagere« på den måde, at alle de personer, som falder ind under denne gruppe i henhold til den pågældende medlemsstats lovgivning, anses for arbejdstagere i direktivets forstand — kun et første skridt i afgrænsningen af direktivets anvendelsesområde. Følgelig er den omstændighed, at den særlige undtagelse fra denne regel, som er fastsat ved artikel 1, stk. 2, skal

fortolkes snævert, således som Domstolen har fastslået¹², ikke tilstrækkelig til at udelukke muligheden for, at direktivets anvendelsesområde må indskrænkes yderligere som følge af artikel 2, stk. 1, der definerer, hvad der skal forstås ved en »insolvent arbejdsgiver«, hvilket begreb er lige så væsentligt for anvendelsen af direktivet.

23. I den forbindelse anfører Kommissionen, at denne opfattelse i betragtning af artikel 2, stk. 1's ordlyd vil give medlemsstaterne yderligere en mulighed for — ud over den, som de har efter artikel 1, stk. 2 — at begrænse direktivets anvendelsesområde, nemlig i kraft af de nationale lovregler, som fastlægger de personer, over for hvem der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse. Denne betænkelighed deles af Det Forenede Kongerige. Jeg for min del er af den opfattelse, at disse procedurer pr. definition vedrører afvejningen af modstridende interesser, som er så forskellige¹³, at risikoen for, at en

10 — Jf. førnævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien (se fodnote 3), præmis 23, samt dom af 8.11.1990, sag C-53/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3917, præmis 19.

11 — Jf. førnævnte dom i sagen Wagner Miret (se fodnote 6), præmis 12.

12 — Jf. førnævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien (se fodnote 3), præmis 23.

13 — Jf. dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, præmis 15. I denne dom fandt Domstolen (navnlig under henvisning til, at konkursretten har en særlig karakter, således som det kommer til udtryk i samtlige medlemsstaters retssystemer og i Fællesskabets retsorden, og til de væsentlige forskelle mellem de pågældende regler i de enkelte medlemsstater), at Rådets direktiv 77/187/EØF af 14.2.1977, som vedrører beskyttelsen af arbejdstagere i forbindelse med overførsel af virksomheder (EFT L 61, s. 26), ikke i mangel af en udtrykkelig bestemmelse herom i direktivet, omfatter overførsler af virksomheder, som er foretaget inden for rammerne af en procedure om konkursbehandling eller tilsvarende procedurer (se præmis 14-17).

medlemsstat begrænser kredsen af de arbejdsgivere, over for hvem der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldstgørelse, alene med det formål at begrænse kredsen af de arbejdstagere, som falder ind under direktivet, kan betragtes som temmelig fjern. Jeg bestrider absolut ikke, at der består en risiko herfor, men skal blot bemærke, at den er den direkte og uundgåelige følge af, at fællesskabslovgiver ikke har givet begrebet »insolvent arbejdsgiver« et bestemt indhold, som er ens for samtlige medlemsstater, men definerer begrebet på en sådan måde, at det som tidligere nævnt reelt afhænger af begrebets indhold og anvendelse i national ret. I øvrigt beror risikoen for, at de retsforhold, som falder ind under direktivets anvendelsesområde, veksler fra medlemsstat til medlemsstat, ikke blot på artikel 2, stk. 1's indhold, men også på den omstændighed, at direktivet ifølge artikel 2, stk. 2, ikke berører medlemsstaternes ret til at fastlægge indholdet af andre begreber, såsom »arbejdsgiver« og »løn«, hvilke begreber er lige så væsentlige for anvendelsen af direktivet.

- a) arbejdsgiverens insolvens efter denne bestemmelse må forstås som den faktiske tilstand, denne befinder sig i, og som består i, at han er ude af stand til at opfylde sine forpligtelser over for arbejdstageren på normal vis,
- b) at udtrykket i denne bestemmelse »procedure ... [som] sigter mod en samlet fyldstgørelse af hans kreditorer« under hensyn til det anførte ikke skal forstås i streng teknisk forstand¹⁴, og
- c) at artikel 2, stk. 1, derfor retteligt må forstås således, at en arbejdstager for at kunne påberåbe sig direktivets garantier ikke blot kan støtte ret på, at arbejdsgiveren er insolvent, men også på, at dennes insolvens i det mindste skal være fastslået ved, at der er indledt en offentlig procedure.

Ifølge Francovich (se punkt 21 ff. i dennes indlæg ved Domstolen) — som har samme opfattelse vedrørende direktivets formål, og som i lighed med Kommissionen mener, at

24. Kommissionen har gjort gældende (se dens skriftlige indlæg under punkt C 10) — hvorved den på ny har henvist til direktivets formål, der som nævnt efter dennes opfattelse må forstås således, at direktivet tilsigter en beskyttelse af samtlige arbejdstagere alene med undtagelse af dem, som henhører under de kategorier, der er nævnt i direktivets bilag — at man, hvis artikel 2, stk. 1, skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets formål, må antage, at

¹⁴ — Vedrørende dette spørgsmål henviste Kommissionen under den mundtlige forhandling til den passage i generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til afgørelse i fornævnte Abels-sag (se fodnote 13), hvori det anføres (se Sml. 1985, s. 473), at direktiv 80/987 klart omfatter »virksomheder, som er under konkurs, skønt det — som artikel 2, stk. 1, viser — omfatter flere procedurer i anledning af insolvens end den formelle konkurs«. Efter min opfattelse må denne passage forstås således, at udtrykket i direktivets artikel 2, stk. 1, »procedurer ... [som] sigter mod en samlet fyldstgørelse af hans kreditorer«, ikke blot omfatter konkurs, men også andre procedurer til samlet kreditorfyldstgørelse (se endvidere Abels-dommens præmis 16, sidste punktum).

der med begrebet insolvens i artikel 2, stk. 1, sigtes til den faktiske situation, som den pågældende arbejdsgiver befinder sig i — må en arbejdsgiver efter en korrekt fortolkning af denne bestemmelse anses for insolvent, når betingelserne for at anvende en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse »teoretisk« er opfyldt, selv om den i national ret foreskrevne procedure efterfølgende viser sig ikke at være konkret anvendelig på den kategori af arbejdsgivere, som den pågældende henhører under.

25. Som anført ovenfor under punkt 22 er det ikke muligt at fastslå direktivets formål uden hensyn til dets anvendelsesområde, således som dette er afgrænset ved såvel artikel 1 som artikel 2. Følgelig bør rigtigheden af de fortolkninger, som Francovich og Kommissionen har foreslået, af den omtvistede bestemmelse, ikke vurderes ud fra, om den sikrer, at samtlige arbejdstagere — bortset fra de grupper, som er nævnt i bilaget — omfattes af direktivets anvendelsesområde, men ud fra en undersøgelse af, om hvorvidt disse fortolkninger er forenelige med ordlyden af den omtvistede bestemmelse. Dette sidste spørgsmål kan imidlertid kun besvares benægtende.

26. Jeg skal på dette sted erindre om, at det efter den omtvistede bestemmelse er en betingelse for at anse den pågældende arbejdsgiver for insolvent:

a) at der er indgivet begæring om indledning af en bestemt procedure af en særlig

karakter (»som sigter mod en samlet fyldestgørelse af hans kreditorer«, hvorunder der endvidere skal være mulighed for at tage hensyn til krav fra arbejdstagere, som er opstået i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold), der er foreskrevet i den pågældende medlemsstats lovgivning [artikel 2, stk. 1, litra a)]¹⁵

b) at den myndighed, som er kompetent i henhold til den pågældende medlemsstats lovgivning, har truffet afgørelse om indledning af proceduren [artikel 2, stk. 1, litra b), første led] eller har konstateret, at arbejdsgiverens virksomhed eller bedrift er endeligt lukket, og at de foreliggende aktiver ikke er tilstrækkelige til at berettigede indledningen af proceduren [artikel 2, stk. 1, litra b), andet led¹⁶]. Følgelig kan

15 — Den omstændighed, at der i bestemmelsen henvises til en bestemt procedure, indebærer efter min opfattelse, at der ikke er noget grundlag for den fortolkning af bestemmelsen, som Det Forenede Kongerige foreslog under den mundtlige forhandling, og hvorefter en medlemsstat, som i sin lovgivning anerkender begrebet »faktisk insolvens«, ikke kan udelukke en arbejdstager fra direktivets anvendelsesområde, i det tilfælde, hvor der ikke kan indledes nogen procedure til samlet kreditorfyldestgørelse mod den pågældende arbejdsgiver, men han dog er »de facto insolvent«, jf. ovenfor.

16 — Såvel Francovich som Kommissionen har påberåbt sig denne bestemmelse til støtte for deres synspunkt om, at der med begrebet »insolvens« i direktivet alene sigtes til noget rent faktisk. Jeg mener ikke, at man kan se bort fra, at denne bestemmelse også vedrører den situation, hvor et organ, der er kompetent i medfør af en bestemmelse, som udgør en del af den pågældende medlemsstats ordning vedrørende procedurer til samlet kreditorfyldestgørelse, konstaterer visse faktiske omstændigheder. Ud fra dette synspunkt er det interessant at sammenligne den nugældende version af den fornævnte bestemmelse med den oprindelige version af artikel 2 i Kommissionens forslag til Rådet, hvorefter arbejdsgiveren antoges at have »standset sine betalinger« (hvilket begreb som tidligere nævnt blev anvendt i direktivforslaget i stedet for begrebet »insolvens«), bl.a. i det tilfælde, hvor hans virksomhed har måttet indstille driften som følge af betalingsstandsning, uden at det var nødvendigt, at dette blev konstateret af et kompetent organ.

de fortolkninger, som Francovich og Kommissionen har foreslået, ikke godtages, medmindre man helt ser bort fra bestemmelsens ordlyd. Selv om de to synspunkter er forskelligt formuleret, er kernen i dem begge, hvis jeg ikke tager fejl, at den omtvistede bestemmelse reelt har det indhold, at arbejdstageren kan anmode om, at der indledes en procedure mod hans arbejdsgiver til samlet kreditorfyldestgørelse, selv om det ikke efter den pågældende medlemsstats lovgivning er muligt at indlede en sådan procedure mod arbejdsgiveren. Efter denne opfattelse skal den myndighed, til hvem arbejdstageren retter sin anmodning, alene vurdere, om betingelserne for at indlede en procedure »teoretisk« er opfyldt. Følgen af denne opfattelse ville være, at medlemsstaterne for at sikre en korrekt gennemførelse af direktivet skulle foretage særlige ændringer i deres lovregler om samlet kreditorfyldestgørelse, således at det blev muligt efter anmodning fra den pågældende arbejdstager at fastslå, at de nødvendige betingelser for at indlede passende procedurer over for arbejdsgiveren »teoretisk« var opfyldt¹⁷. Der er ingen støtte for en sådan fortolkning af direktivet. Som det fremgår af den pågældende bestemmelses ordlyd (»indledning af en procedure *med hjemmel* i de ... fastsatte bestemmelser i den pågældende medlemsstat«) vedrører bestemmelsen de procedurer til samlet kreditorfyldestgørelse, som er beskrevet i medlemsstaternes gældende retsforskrifter på området, og bestemmelsen indeholder ikke noget krav om, at disse retsforskrifter ændres eller suppleres af hensyn til direktivets anvendelse.

27. Under hensyn til disse betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål på følgende måde: »Artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 skal fortolkes således, at de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der ikke efter de relevante bestemmelser i den pågældende medlemsstat kan indledes nogen procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, er undtaget fra direktivets anvendelsesområde.«

III — Det andet præjudicielle spørgsmål

28. Den besvarelse, jeg har givet af det første præjudicielle spørgsmål, rejser det spørgsmål, om direktivets artikel 2, stk. 1, er gyldig under hensyn til princippet om ligebehandling og forbuddet mod forskelsbehandling. Det fremgår af denne direktivbestemmelse,

¹⁷ — Hvis jeg ikke tager fejl, gjorde Det Forenede Kongerige under den mundtlige forhandling gældende, at man ikke kan udelukke en sådan fortolkning af den pågældende bestemmelse.

således som den er fortolket i det foregående, at direktivet kun beskytter de arbejdstagere, som ved en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold er knyttet til en arbejdsgiver, over for hvem der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, mens andre arbejdstagere ikke er omfattet af direktivet.

29. Det generelle ligebehandlingsprincip er en af de almindelige retsgrundsætninger af højere rang, som fællesskabsinstitutionerne uden undtagelse er bundet af ved udøvelsen af de beføjelser, som de er tillagt ved bestemmelser i traktaten og den afledede ret. Fællesskabsinstitutionerne er således forpligtet til at overholde dette princip også ved udøvelsen af de beføjelser, som de har fået tillagt ved traktaten med hensyn til harmoniseringen af medlemsstaternes lovgivninger¹⁸. Også på dette område er det derfor som følge af ligebehandlingsprincippet forbudt at behandle ensartede situationer forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet¹⁹.

30. Hvad angår den retlige kontrol med, om fællesskabsinstitutionerne ved indførelsen af harmoniseringsforskrifter har overholdt de forpligtelser, som følger af ligebehandlingsprincippet, skal der imidlertid tages hensyn til de særlige betingelser, hvorunder denne beføjelse udøves²⁰. Domstolen har nemlig fastslået²¹, at fællesskabsinstitutionerne ved udøvelsen af de beføjelser, som de har fået tillagt med hensyn til harmoniseringen af medlemsstaternes lovgivninger, må have et vist skøn ved vurderingen af, om det kun er muligt at foretage en etapevis harmonisering i betragtning af de særlige kendetegn ved det område, der skal koordineres. Domstolen har herom nærmere anført (under henvisning til de harmoniseringsbestemmelser, der vedtages i henhold til traktatens artikel 57, stk. 2), at det er nødvendigt at anerkende en sådan skønsbeføjelse for fællesskabsinstitutionerne på dette område, da »gennemførelsen af sådanne harmoniseringsbestemmelser ... i almindelighed [er] vanskelig, fordi den forudsætter, at de kompetente fællesskabsinstitutioner på grundlag af forskellige og komplicerede nationale bestemmelser udarbejder fælles regler, som er i overensstemmelse med de i traktaten definerede formål ...«²². Under disse omstændigheder må det efter min opfattelse antages, at det principielt er muligt at betragte de særlige hensyn og vanskelighe-

18 — Hvad angår den retlige kontrol med, at fællesskabsinstitutionerne overholder fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger ved udøvelsen af en beføjelse med hensyn til harmoniseringen af lovgivninger, se dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, navnlig præmis 20 og 21 samt præmis 7 ff., 12 ff. og 41 ff.

19 — Jf. dom af 18.4.1991, sag C-63/89, Assurances du Crédit mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 1799, præmis 22 og 23. Jf. endvidere punkt 11 i generaladvokat Tesaurus' forslag til afgørelse i samme sag.

20 — Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt den omstændighed, at fællesskabslovgiver har en mere eller mindre vid skønsbeføjelse på et bestemt område, kan påvirke vurderingen af, om en af fællesskabslovgiver truffet foranstaltning strider mod forbuddet mod forskelsbehandling, se dom af 21.2.1990, forenede sager C-267/88 og C-285/88, Wuidart m.fl., Sml. I, s. 435, præmis 13, 14 og 18.

21 — Jf. dom af 29.2.1984, sag 37/83, Rewe-Zentrale, Sml. s. 1229, præmis 20, af 20.6.1991, sag C-39/90, Denavit, Sml. I, s. 3069, præmis 29, og forment dom i sagen Assurances du Crédit mod Rådet og Kommissionen (se fodnote 19), præmis 11.

22 — Se præmis 10 i forment dom i sagen Assurances du Crédit mod Rådet og Kommissionen (se fodnote 19).

der, som viser sig i forbindelse med udfærdigelsen af harmoniseringsbestemmelser, som objektive grunde, der kan retfærdiggøre en forskellig behandling af ensartede situationer.

arbejdstagere ikke befinder sig i samme situation, da de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, har større behov for beskyttelse, fordi denne procedure ofte er langvarig, og fordi det efter indledningen af proceduren ikke længere er muligt for arbejdstagerne at forfølge deres krav individuelt. Jeg kan ikke tilslutte mig dette synspunkt. Selv om en arbejdstager af de førnævnte grunde er afskåret fra at gøre sit krav gældende, når der er indledt en procedure mod hans arbejdsgiver til samlet kreditorfyldestgørelse, er den arbejdstager, over for hvis arbejdsgiver der ikke kan indledes en sådan procedure, og som uden resultat har anvendt alle de retsmidler, der står til hans rådighed for at opnå fyldestgørelse af sine krav som følge af arbejdsaftalen, i den samme udsigtsløse situation (endda uden håb om, at den vil kunne ændre sig, heller ikke på langt sigt). Den græske regerings argument om, at de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, har større behov for beskyttelse, fordi disse arbejdsgivere normalt er handlende og derfor er udsat for større forretningsrisici, støttet på den meget tvivlsomme antagelse, at de arbejdsgivere, over for hvem der ikke efter medlemsstaternes lovforskrifter kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, som hovedregel ikke er handlende. Den italienske regerings argument om, at de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgivere der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, udgør en særlig gruppe i forhold til de andre, fordi disse arbejdsgivere normalt er handelsvirksomheder, hvis aktivitet påvirker fællesmarkedets funktion, lider af samme mangel på solidt grundlag i de faktiske omstændigheder. Selv om den faktiske forudsætning for dette argument imidlertid skulle vise sig at være korrekt, ses det ikke, hvorfor de førnævnte arbejdstagere skulle have større behov for beskyttelse end de øvrige, når deres arbejdsgiver er insolvent.

31. Jeg er ikke det mindste i tvivl om, at såvel de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgivere der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, som de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der ikke kan indledes en sådan procedure, befinder sig i sammenlignelige situationer, når deres arbejdsgiver er ude af stand til at fyldestgøre krav, der beror på en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold, som knytter arbejdstageren til den pågældende arbejdsgiver. Ingen af disse to grupper af arbejdstagere kan nemlig anses for mere beskyttelsesværdig end den anden, når arbejdsgiveren befinder sig i en sådan situation. De argumenter til støtte for den modsatte opfattelse, som er fremført af Rådet samt af den italienske og græske regering, kan efter min opfattelse ikke godtages. Rådet har navnlig anført, at de to grupper af

32. Det er dog min opfattelse, at sondringen mellem de to førnævnte, sammenlignelige grupper af arbejdstagere — hvorefter kun de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldstgørelse, omfattes af direktivets anvendelsesområde — er berettiget på grund af vanskelighederne i forbindelse med indførelsen af harmoniseringsbestemmelser på dette område. Det vanskeligste problem ved harmoniseringen af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelsen af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens er nemlig definitionen af begrebet »insolvent arbejdsgiver« og udfærdigelsen af regler, på grundlag af hvilke de faktiske omstændigheder kan fastslås, som skal foreligge, for at betingelserne for anvendelsen af dette begreb er opfyldt. Ud fra dette synspunkt gav det anledning til færre problemer, at man definerede begrebet »insolvent arbejdsgiver« under henvisning til de arbejdsgivere, over for hvem der i medfør af de pågældende medlemsstaters lovgivninger kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldstgørelse. På trods af de betydelige forskelle mellem de gældende ordninger i de enkelte medlemsstater²³, har disse ordninger nemlig i hvert fald en vis mindste fællesnævner, da de nationale lovgivninger på dette område foreskriver anvendelsen af en række procedurer, inden for rammerne af hvilke visse særligt hertil bemyndigede organer på grundlag af bestemte kriterier fastslår, hvorvidt betingelserne for at indlede disse procedurer er opfyldt. Derimod er der langt større vanskeligheder forbundet med konstateringen af insolvensen hos en arbejdsgiver, over for hvem der ikke kan indledes en sådan procedure. Valget af det kriterium for insolvens, som ellers er det mest nærliggende for denne gruppe af arbejdsgivere, nemlig umuligheden af at fuldbyrde en retsafgørelse, som er afsagt mod en arbejdsgiver efter et sagsanlæg fra en

arbejdstager vedrørende tilgodehavender som følge af ansættelsesforholdet, rejser nemlig nogle særligt komplicerede og ømtålelige problemer, da indførelsen af harmoniseringsforskrifter på dette område hindres af særlige forhold i medlemsstaternes domstolsystemer og de forskelle, som de udviser. De førnævnte betragtninger udgør efter min opfattelse en objektiv grund, som kan retfærdiggøre, at kun de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der i medfør af den pågældende medlemsstats lovgivning kan indledes en procedure til samlet kreditorfyldstgørelse, omfattes af anvendelsesområdet for direktiv 80/987/EØF, der er vedtaget i henhold til traktatens artikel 100, og der, som det direkte fremgår af direktivets betragtninger, kun udgør et første stadium i harmoniseringen af lovgivningerne om beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens²⁴. Direktivets artikel 2, stk. 1, som indeholder denne begrænsning, kan derfor ikke anses for at være i strid med det generelle ligebehandlingsprincip.

33. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål på følgende måde: »Gennemgangen af artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 har intet frembragt, der kan anfægte bestemmelsens gyldighed.«

24 — Se anden betragtning, hvorefter direktivet blev vedtaget under hensyntagen til nødvendigheden af at mindske de eksisterende forskelle mellem medlemsstaterne hvad angår omfanget af arbejdstagerens beskyttelse i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens.

23 — Jf. førnævnte dom i Abels-sagen (se fodnote 13), præmis 17.

IV — Forslag til afgørelse

34. På grundlag af samtlige de anførte betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare de forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

- »1) Artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 skal fortolkes således, at de arbejdstagere, over for hvis arbejdsgiver der ikke efter de relevante bestemmelser i den pågældende medlemsstat kan indledes nogen procedure til samlet kreditorfyldestgørelse, er undtaget fra direktivets anvendelsesområde.
- 2) Gennemgangen af artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 har intet frembragt, som kan anfægte bestemmelsens gyldighed.«