

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GEORGIOS COSMAS
föredraget den 11 juli 1995 *

1. I tvisten mellan Andrea Francovich och Republiken Italien, som fortfarande pågår vid Pretura di Vicenza, har det tidigare ställts en rad olika frågor i en begäran om förhandsavgörande som domstolen har besvarat i dom av den 19 november 1991 (målet Francovich m. fl.¹, nedan kallad "den första domen Francovich"). Den nationella domstolen har funnit det nödvändigt att, för att kunna avgöra tvisten, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande beträffande två nya frågor, denna gång avseende tolkningen och giltigheten av artikel 2 i direktiv 80/987/EEG².

I — Tillämpliga bestämmelser och bakgrund i målet vid den nationella domstolen

2. Enligt artikel 1.1 i direktiv 80/987 (nedan kallad "direktivet") är detta tillämpligt på arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden gentemot arbetsgivare som är att anse som insolventa enligt artikel 2.1 i direktivet. Den

sistnämnda bestämmelsen har följande lydelse:

"1. Såvitt gäller detta direktiv skall en arbetsgivare anses vara insolvent

a) när en ansökan har inlämnats om att det i enlighet med respektive medlemsstats lagar och andra författningar skall inledas ett förfarande som innebär att arbetsgivarens tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar och som gör det möjligt att ta hänsyn till fordringarna enligt artikel 1,

b) när den enligt dessa lagar och andra författningar behöriga myndigheten

* Originalspråk: grekiska.

1 — Förenade målen C-6/90 och C-9/90, Rec. s. I-5357.

2 — Rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens (EGT nr L 283, s. 23).

— antingen har beslutat att inleda förfarandet,

— eller har fastställt att arbetsgivarens företag eller verksamhet definitivt har upphört och att befintliga tillgångar är otillräckliga för att förfarandet skall kunna inledas.”

3. I övrigt får medlemsstaterna enligt direktivets artikel 1.2 undantagsvis utesluta ”fordringar från vissa kategorier av arbetstagare från tillämpningsområdet för detta direktiv på grund av den speciella arten av arbetstagarnas anställningsavtal eller anställningsförhållanden, eller på grund av att det finns andra former av garanti som ger arbetstagarna ett skydd motsvarande det som skall finnas enligt detta direktiv”. Såsom anges i samma bestämmelse är de ifrågakommande kategorierna av arbetstagare upptagna i en bilaga till direktivet. I förteckningen över de arbetstagare vars fordringar kan uteslutas från direktivets tillämpningsområde (se punkt II C i bilagan) anges för Italiens vidkommande dels ”[a]rbetstagare som omfattas av lagstadgade förmåner som garanterar att deras löner kommer att utbetalas även om företaget skulle drabbas av ekonomisk kris”, dels ”[b]esättningen på sjögående fartyg”.

4. Enligt artikel 3 är medlemsstaterna skyldiga att upprätta garantiinstitutioner, vilka garanterar betalning av arbetstagarnas utestående fordringar som grundar sig på anställningsavtal eller anställningsförhållanden och som gäller lön för tiden före ett visst datum, som medlemsstaterna skall fastställa i enlighet med artikel 3.2. I artikel 4 anges de

närmare förutsättningarna för medlemsstaternas begränsning av garantiinstitutionernas förpliktelser gentemot arbetstagarna. I artiklarna 7 och 8 regleras en rad frågor avseende bevarandet och skyddet av de rättigheter som tillkommer arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens enligt i lagstiftning reglerade, obligatoriska socialförsäkringssystem samt kompletterande försäkringssystem avseende en eller flera yrkesgrupper. Slutligen anges i artikel 9 att direktivet inte påverkar medlemsstaternas rätt att tillämpa eller utfärda lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna.

5. Republiken Italien vidtog inte nödvändiga åtgärder för att införliva direktivet i nationell rätt inom den frist som föreskrivs för medlemsstaterna i artikel 11 i direktivet. Fristen löpte ut den 23 oktober 1983. Efter att kommissionen hade väckt talan härom fastslog domstolen i dom av den 2 februari 1989 i målet kommissionen mot Italien³, att Italien hade gjort sig skyldigt till fördragsbrott.

6. Kort tid efter att denna dom hade meddelats, men innan direktivet hade införlivats i

3 — Mål 22/87, Rec. s. 143.

italiensk rätt, väckte Andrea Francovich talan mot den italienska staten vid Pretura di Vicenza. Av ansökan i det målet framgår följande:

7. Den nationella domstolen ansåg i beslut av den 9 juli 1989 att det för att kunna avgöra målet var nödvändigt att begära förhandsavgörande av domstolen beträffande en rad frågor som denna besvarade i den första domen Francovich. I den domen fastslog domstolen följande:

- a) Andrea Francovich hade arbetat som anställd vid ett företag i Vicenza, men hade enbart fått sporadiska utbetalningar av delar av sin lön.
- b) Hans arbetsgivare hade genom dom ålagts att betala ett belopp om ca 6 000 000 LIT.
- c) Den behörige utmätningsmannen vid domstolen i Vicenza hade, då det visade sig omöjligt att verkställa domen, i protokoll över utmätningsförrättning tvingats konstatera att arbetsgivaren saknade utmätningsbara tillgångar. Andrea Francovich hade därefter på nytt väckt talan och åberopat att den italienska staten enligt direktivet var skyldig att säkerställa att hans utestående fordringar gentemot hans arbetsgivare blev betalda, och i andra hand ersätta honom för den skada han hade lidit till följd av att direktivet inte hade införlivats.
- ”1) De bestämmelser i direktiv 80/987/EEG ... som definierar rättigheter för arbetstagare, skall tolkas på så sätt att de berörda personerna inte vid nationella domstolar kan göra gällande rättigheter enligt direktivet gentemot staten när åtgärder för att införliva direktivet inte har vidtagits inom tidsfristerna härför.
- 2) En medlemsstat är skyldig att ersätta enskilda för skador som uppkommer på grund av att direktiv 80/987/EEG inte har införlivats.”
8. Efter att nämnda dom hade meddelats, men innan talan hade väckts på nytt vid Pretura di Vicenza, antogs förordning [decreto legislativo] nr 80 av den 27 januari 1992⁴, som innebar att direktivet införlivades i nationell rätt. I artikel 1.1 i denna förordning föreskrivs att när det mot en arbetsgivare har inletts ett förfarande avseende konkurs, ackord, tvångslikvidation eller det extraordinära administrativa förfarande som föreskrivs i förordning [decreto-legge]

4 — GURI nr 36, 13.2.1992.

nr 26 av den 30 januari 1979, kan arbetstagare hos en sådan arbetsgivare — eller de som övertar dessas rättigheter — efter ansökan få utestående fordringar för obetald lön betalda av den institution som har inrättats och närmare reglerats i lag nr 297 av den 29 maj 1982 i enlighet med de särskilda bestämmelserna i artikel 2 i förordningen. Vidare kan enligt artikel 1.2 i förordningen arbetstagare — eller de som övertar dessas rättigheter — när arbetsgivaren inte kan bli föremål för ett av de förfaranden som anges i första stycket, av den ifrågavarande institutionen kräva betalning av utestående fordringar för obetald lön, under förutsättning att det vid exekutiva åtgärder för att driva in de utestående fordringarna har framkommit att arbetsgivaren saknar tillgångar, eller att dessa är otillräckliga. I artikel 2.1—2.6 i förordningen anges den metod som skall användas för att beräkna det exakta beloppet som den behöriga garantiinstitutionen skall betala till de berättigade. I artikel 2.7 föreskrivs att bestämmelserna i artikel 2.1, 2.2 och 2.4 skall användas vid beräkning av den ersättning som i förekommande fall skall utbetalas ”inom ramen för de förfaranden som avses i artikel 1.1” för den skada som har lidits till följd av att direktivet inte har genomförts.

9. I sitt beslut av den 16 december 1993 har Pretura di Vicenza uppgett att det enligt dess uppfattning framgår av ovannämnda bestämmelser i förordning nr 80 av den 27 januari 1992 att även om det vid en arbetsgivares insolvens hädanefter skall beviljas garanti för betalning av samtliga arbetstagares utestående fordringar, inklusive utestående

fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden gentemot arbetsgivare som inte kan bli föremål för något förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, utgår ersättning för skada på grund av att direktivet inte har införlivats inom den föreskrivna fristen däremot enbart till de arbetstagare som genom anställningsavtal eller anställningsförhållanden är knutna till en arbetsgivare som inte kan bli föremål för ett sådant förfarande. Enligt den nationella domstolens uppfattning grundar sig den åtskillnad som den italienska lagstiftaren har gjort på en bokstavstolkning av artikel 2 i direktivet, som förefaller ”att från den personkrets på vilken direktivet är tillämpligt, utesluta de arbetstagare som är anställda hos arbetsgivare som enligt den nationella lagstiftning som dessa lyder under inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, trots att arbetsgivarna är insolventa”. Enligt beslutet om hänskjutande kan Andrea Francovichs arbetsgivare — trots att denne onekligen är insolvent, vilket bland annat framgår av att de specialexecutiva åtgärder som vidtagits mot denne inte har givit något resultat — inte bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, eftersom denne tillhör en kategori av arbetsgivare som enligt italiensk rätt inte kan bli föremål för sådana förfaranden⁵. Pretura di Vicenza fann under sådana omständigheter att avgörandet av den anhängiga tvisten — närmare bestämt prövningen av Francovichs krav på ersättning av den skada som han lidit på grund av att direktivet hade genomförts för sent — var

5 — Jfr. artikel 1 i förordning nr 267 av den 16 mars 1942 (GURI nr 81, 6.4.1942), som har nämnts i punkt 8 i Andrea Francovichs yttrande till domstolen. Som exempel på sådana arbetsgivare, på vilka det enligt italiensk rätt inte är möjligt att tillämpa förfaranden för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, nämns i beslutet om hänskjutande ”arbetsgivare inom jordbrukssektorn, arbetsgivare som är fria yrkesutövare, och arbetsgivare som inte bedriver någon verksamhet sedan mer än ett år tillbaka”.

beroende av "hur den personkrets som är skyddad genom direktivet närmare skall avgränsas".

II — Den första frågan

10. Pretura di Vicenza har med anledning härav fattat ovannämnda beslut av den 16 december 1993, varigenom den i en begäran om förhandsavgörande har ställt följande frågor till domstolen:

11. För att kunna förstå och besvara den nationella domstolens frågor är det enligt min uppfattning nödvändigt att först göra klart att innehållet i de viktigaste begreppen som används i direktivet — och därmed direktivets tillämpningsområde — fastställs genom en direkt eller indirekt hänvisning i direktivets första avsnitt till gällande begrepp och bestämmelser i medlemsstaternas lagstiftning.

"1) Skall artikel 2 i direktiv 80/987/EEG tolkas så, att det *endast* är sådana arbetstagare vars arbetsgivare — enligt den nationella rättsordning som de lyder under — kan bli föremål för ett förfarande som innebär att tillgångarna tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar som omfattas av direktivet och åtnjuter skydd enligt det?

2) Om svaret på den första frågan är jakande och det följaktligen endast är sådana arbetstagare vars arbetsgivare omfattas av ett förfarande som innebär att tillgångarna tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar som är skyddade enligt direktivet: Är artikel 2 i direktivet giltig med beaktande av likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen?"

12. Det finns nämligen ingen självständig definition av de begrepp som avses i artikel 1.1, enligt vilken direktivet "skall tillämpas på arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden gentemot arbetsgivare som är att anse som insolventa enligt artikel 2.1". Enligt artikel 2.2 påverkar direktivet inte medlemsstaternas rätt att fastställa innebörden i begrepp som "arbetstagare" och "arbetsgivare"⁶. I artikel 1.1 hänvisas i fråga om avgränsningen av begreppet "insolvent" uttryckligen till artikel 2.1, i vilken detta begrepp avgränsas på ett sådant sätt att dess grundläggande beståndsdel slutligen beror på innehållet i

⁶ — Jfr. dom av den 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. s. I-6911, punkt 12). Se vidare generaladvokat Sir Gordon Slynnns förslag till avgörande i målet Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, i vilket dom avkunnades den 11 juli 1985 (105/84, Rec. s. 2639, s. 2643).

och tillämpningen av lagstiftningen i varje enskild medlemsstat.

företag eller verksamhet definitivt har upphört och att befintliga tillgångar är otillräckliga för att förfarandet skall kunna inledas.

13. Det framgår således av lydelsen av den omtvistade bestämmelsen i artikel 2.1 att det är en förutsättning för att en arbetsgivare skall anses vara insolvent ”[s]åvitt gäller detta direktiv”,

a) att det enligt respektive medlemsstats lagar och andra författningar finns ett förfarande som innebär att arbetsgivarens tillgångar tas i anspråk för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar,

b) att det under detta förfarande är möjligt att ta hänsyn till arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden,

c) att en ansökan om inledande av förfarandet har inlämnats, och

d) att den enligt ovan nämnda lagar och andra författningar behöriga myndigheten antingen har beslutat att inleda förfarandet eller har fastställt att arbetsgivarens

14. Av ordalydelsen i artikel 2.1 kan man således direkt dra slutsatsen — med förbehåll för att medlemsstaterna naturligtvis har möjlighet att tillämpa eller införa förmånligare bestämmelser för arbetstagarna (se artikel 9 i direktivet) — att de i direktivet fastställda rättigheterna inte kan åberopas av arbetstagare som på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden är knutna till en arbetsgivare som enligt gällande bestämmelser i den ifrågavarande medlemsstaten inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, eftersom arbetsgivaren inte är ”insolvent” i den särskilda mening som detta begrepp har enligt direktivet.

15. Detta konstaterande framstår som överraskande. Såväl i direktivets rubrik som i övervägandena används nämligen uttrycket ”arbetsgivarens insolvens” utan att det därvid görs några särskilda inskränkningar i räckvidden av detta begrepp. Detta skulle kunna leda till det antagandet att begreppet måste förstås i dess vidast möjliga betydelse och att det omfattar alla de fall där arbetsgivaren saknar förmåga att uppfylla de förpliktelser som följer av anställningsavtal med arbetstagaren eller av de anställningsförhållanden som binder dem till varandra.

16. Om man emellertid går tillbaka till det direktivförslag som kommissionen lämnade till rådet den 13 april 1978⁷ [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå], framgår det att det föreslagna direktivets tillämpningsområde redan från början var begränsat till att avse skydd för arbetstagare i det fall då arbetsgivarens insolvens konstateras under ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. Även om det första övervägandet i ingressen i förslaget inte är helt klart i detta avseende, eftersom det där hänvisas till behovet av att skydda arbetstagare "när arbetsgivaren försätts i konkurs eller annars blir insolvent", lämnar det andra övervägandet i ingressen inga tvivel härom, eftersom de däri använda uttrycken har anknytning till förfaranden som syftar till ett kollektivt tillgodoseande av borgenärernas fordringar. Enligt detta övervägande är det nödvändigt att skydda arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens eftersom de av arbetsgivarens tillgångar som *kan utdelas* mycket ofta är otillräckliga för att fordringar på grund av anställningsavtal skall kunna täckas, inte ens när dessa fordringar i lagstiftningen har *företrädesrätt framför andra fordringar*. Dessutom är det enligt det tredje övervägandet i ingressen till direktivförslaget nödvändigt att skydda arbetstagarna också på grund av att "förfaranden beträffande insolvens för det mesta pågår under lång tid och är svåröverskådliga för arbetstagarna". Slutligen framgår det enligt min mening klart av lydelsen av artikel 1 i direktivförslaget att direktivets bestämmelser är kopplade till förfaranden för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, eftersom direktivets tillämpningsområde genom denna bestämmelse avgränsas till sådana arbetsgivare som "har ställt in sina betalningar". Härigenom används i bestämmelsen ett begrepp som, i vart fall i vissa

medlemsstater, är en av förutsättningarna för att någon skall försättas i konkurs.⁸

17. De nämnda förhållandena, som framgår av direktivets förhistoria, överensstämmer med den slutsats som jag har dragit på grundval av en bokstavstolkning av den omtvistade bestämmelsen i den slutliga versionen av artikel 2.1 i direktivet, nämligen att direktivet inte omfattar fordringar för arbetstagare som genom anställningsavtal eller anställningsförhållanden är knutna till arbetsgivare som enligt den behöriga medlemsstatens lagstiftning inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar.

18. Den nationella domstolen har uttalat allvarliga tvivel om riktigheten av denna

8 — Jfr. dom av den 22 februari 1979, Gourdain (133/78, Rec. s. 733, punkt 4), som avkunnades med anledning av en begäran om förhandsavgörande beträffande tolkningen av bestämmelserna i konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträtts område. Se vidare beträffande samma punkt Philippe Woodland: "Observations sur les orientations des droits européens de la faillite", *La semaine juridique*, 1984, nr 10, Doctrine, col. 3137, punkt 11. Att i den slutliga versionen av direktivets bestämmelser om avgränsningen av dess tillämpningsområde (artikel 1.1 och artikel 2.1) uttrycket "insolvent" har använts i stället för uttrycket "har ställt in sina betalningar", beror enligt denna uppfattning på att det var nödvändigt att undvika de svårigheter som i förekommande fall skulle kunna uppstå vid direktivets införlivande i de medlemsstater där begreppet "har ställt in sina betalningar" är ett okänt begrepp i lagstiftningen om kollektivt tillgodoseande av borgenärernas fordringar (se t. ex., i fråga om italiensk rätt, artikel 5 i förordning nr 267 av den 16 mars 1982 (GURI nr 81, 6.4.1982), vilken Andrea Francovich har nämnt i sitt skriftliga yttrande till domstolen. Enligt denna bestämmelse skall en näringsidkare försättas i konkurs om denne "är insolvent" (min kursivering)).

tolkning, vilken även har bestritts av Andrea Francovich och kommissionen i deras skriftliga yttranden till domstolen. Förenade kungariket, som inte har avgivit något skriftligt yttrande, har under det muntliga förfrårandet också uttalat tvivel i detta avseende.

19. Det första av de argument som görs gällande till stöd för denna uppfattning, är att det indirekt framgår av den första domen Francovich — i vilken domstolen hade att pröva frågor i en begäran om förhandsavgörande som avsåg det omtvistade direktivet och följderna av att det inte hade införlivats i nationell rätt — att direktivet också är tillämpligt på arbetstagare som i likhet med Andrea Francovich genom ett anställningsförhållande är knutna till sådana arbetsgivare som inte kan bli föremål för något förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar.

20. Detta argument kan inte godtas. Enligt rättspraxis⁹ skall domstolen, när frågor har förts vidare till den enligt artikel 177 i fördraget, uttala sig om frågor beträffande tolkningen och giltigheten av en gemenskapsföreskrift på grundval av de faktiska omständigheter som har angetts av den nationella domstolen. För att kunna hävda att domstolen i den första domen Francovich indirekt har tagit ställning till den föreliggande frågan borde det därför åtminstone

krävas att den nationella domstolen uttryckligen fäst domstolens uppmärksamhet på att det enligt gällande lagstiftning i Italien inte kunde inledas något förfarande gentemot Francovichs arbetsgivare som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. Detta bekräftas emellertid varken av punkt 5 i domen (vilken Andrea Francovich har åberopat i detta sammanhang) eller av något annat avsnitt i domen. Under sådana omständigheter bör det inte tillmätas någon betydelse att den italienska regeringen och kommissionen, som framgår av punkt 11 i generaladvokat Mischos förslag till avgörande i det målet, hade uttalat tvivel om huruvida Andrea Francovich kunde åberopa direktivet, ”eftersom det inte klart framgår om hans tidigare arbetsgivare formellt är insolvent”. Vad beträffar den italienska regeringens och kommissionens påståenden i detta avseende, inskränkte generaladvokat Mischo sig för övrigt till att i samma avsnitt i sitt förslag till avgörande anmärka att det tillkom den nationella domstolen att avgöra om Andrea Francovichs tidigare arbetsgivare var insolvent i den mening som avses i artikel 2.1 i direktivet.

21. En rad ytterligare argument från Andrea Francovich, Förenade kungariket och kommissionen går ut på att direktivets syfte hindrar att artikel 2.1 i direktivet tolkas på så sätt att den från direktivets tillämpningsområde utesluter de arbetstagare som genom anställningsavtal eller anställningsförhållanden är knutna till arbetsgivare som inte kan bli föremål för något förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. Enligt denna uppfattning, som delas av den nationella domstolen, syftar

⁹ — Se dom av den 2 juni 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Rec. s. I-2305, punkt 16), och dom av den 16 mars 1978, Oehlschläger (104/77, Rec. s. 791, punkt 4).

direktivet till att skydda samtliga arbetstagare, med undantag för dem som tillhör de kategorier som anges i direktivets bilaga, vilka medlemsstaterna har uteslutit från direktivets tillämpningsområde med stöd av undantagsbestämmelsen i artikel 1.2.

domstolen har fastslagit¹², är således inte tillräcklig för att utesluta möjligheten att direktivets tillämpningsområde inskränks ytterligare till följd av artikel 2.1, i vilken anges vad som skall förstås med en "insolvent arbetsgivare", vilket begrepp är lika väsentligt för tillämpningen av direktivet.

22. Jag kan inte ansluta mig till denna uppfattning. Domstolen har visserligen slagit fast att direktivets syfte är att "säkerställa ett minimum av skydd för alla arbetstagare"¹⁰, och att direktivet är tillämpligt på samtliga kategorier av arbetstagare som enligt nationell rätt anses som arbetstagare, med undantag för dem som anges i direktivets bilaga¹¹. Dessa uttalanden kan emellertid inte ges någon annan innebörd än att direktivet skyddar alla arbetstagare som omfattas av dess tillämpningsområde, såsom detta avgränsas genom bestämmelserna i artikel 1 och genom de lika grundläggande bestämmelserna i artikel 2. Följaktligen utgör artikel 1.1 — som i förening med artikel 2.2 avgränsar begreppet "arbetstagare" på så sätt att alla personer som tillhör denna grupp enligt den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning anses som arbetstagare i direktivets mening — enbart ett första steg i avgränsningen av direktivets tillämpningsområde. Den omständigheten att det särskilda undantaget från denna regel i artikel 1.2 skall tolkas restriktivt, såsom

23. Kommissionen har i detta avseende anfört att denna uppfattning, med hänsyn till lydelsen av artikel 2.1, skulle innebära att medlemsstaterna gavs ytterligare en möjlighet — utöver den som de har enligt artikel 1.2 — att begränsa direktivets tillämpningsområde, nämligen genom de nationella lagregler som anger vem som kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. Denna oro delas av Förenade kungariket. Jag är för min del av den uppfattningen att dessa förfaranden definitionsmässigt avser en avvägning av motstridande intressen, som är så olika¹³ att risken för att en medlemsstat skulle begränsa kretsen av arbetsgivare som kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar enbart i syfte att begränsa kretsen av

12 — Se den i fotnot 3 ovan nämnda domen i målet kommissionen mot Italien, punkt 23.

13 — Jfr dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, Rec. s. 469, punkt 15). I denna dom fann domstolen (under hänvisning bland annat till att konkursrätten har en särskild karaktär i samtliga medlemsstaters rättsordningar och i gemenskapens rättsordning och till att det finns väsentliga skillnader mellan de ifrågavarande reglerna i de olika medlemsstaterna) att rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag (EGT nr L 61, s. 26), i brist på en uttrycklig bestämmelse härom i direktivet, inte omfattar överlåtelser av företag som sker inom ramen för ett konkursförfarande eller ett motsvarande förfarande (se punkt 14—17).

10 — Se den i fotnot 3 ovan nämnda domen i målet kommissionen mot Italien, punkt 23, samt dom av den 8 november 1990, kommissionen mot Grekland (C-53/88, Rec. s. I-3917, punkt 19).

11 — Se den i fotnot 6 ovan nämnda domen i målet Wagner Miret, punkt 12.

arbetstagare som omfattas av direktivet, kan betraktas som tämligen liten. Jag förnekar absolut inte att det finns en sådan risk. Jag anser emellertid att den är en direkt och oundviklig följd av att gemenskapslagstiftaren inte har givit begreppet "insolvent arbetsgivare" ett bestämt innehåll som är lika i samtliga medlemsstater, utan avgränsar begreppet på ett sådant sätt att det, som ovan nämnts, faktiskt är beroende av begreppets innehåll och tillämpning i nationell rätt. I övrigt beror risken för att de rättsförhållanden som omfattas av direktivets tillämpningsområde kommer att variera från medlemsstat till medlemsstat inte enbart på innehållet i artikel 2.1, utan också på den omständigheten att direktivet enligt artikel 2.2 inte påverkar medlemsstaternas rätt att bestämma innehållet i andra begrepp, såsom "arbetsgivare" och "lön", vilka är lika väsentliga för direktivets tillämpning.

24. Kommissionen har gjort gällande (se dess skriftliga yttrande under punkt C 10) — återigen med hänvisning till syftet med direktivet, vilket enligt kommissionens ovan nämnda uppfattning måste förstås så, att direktivet syftar till att skydda samtliga arbetstagare, med undantag enbart för dem som tillhör de kategorier som anges i direktivets bilaga — att artikel 2.1 i direktivet skall tolkas på så sätt att den överensstämmer med direktivets syfte och att detta får till följd

a) att man med arbetsgivarens insolvens enligt denna bestämmelse måste förstå

den faktiska situation som denne befinner sig i och som består i att denne inte har förmåga att uppfylla sina skyldigheter gentemot arbetstagaren på ett normalt sätt,

- b) att uttrycket "förfarande ... för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar" i denna bestämmelse med hänsyn till det anförda inte skall förstås i dess strikt tekniska innebörd¹⁴, och
- c) att artikel 2.1 därför rätteligen måste förstås på så sätt att en arbetstagare, för att göra gällande att han har rätt till garantierna i direktivet, inte kan grunda sitt anspråk enbart på påståenden om att arbetsgivaren är insolvent, utan arbetsgivarens insolvens måste åtminstone ha fastställts genom att det har inletts ett officiellt förfarande.

Enligt Andrea Francovich (se punkt 21 och följande i dennes yttrande till domstolen) — som har samma uppfattning beträffande direktivets syfte och som i likhet med

14 — Kommissionen har vid det muntliga sammanträdet i denna fråga åberopat ett avsnitt i generaladvokat Sir Gordon Slynn's förslag till avgörande i det i fotnot 13 ovan nämnda målet Abels, i vilket det uttalas (se Rec. 1985, s. 473) att direktiv 80/987 klart omfattar "företag som har försatts i konkurs på grund av insolvens, även om — såsom framgår av artikel 2.1 — insolvensbegreppet i direktivet är kopplat till även andra förfaranden än enbart det formella konkursförfarandet". Enligt min uppfattning måste detta avsnitt förstås så, att uttrycket "förfarande ... för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar" i artikel 2.1 i direktivet inte enbart avser konkurs, utan också andra förfaranden för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar (se även sista meningens i punkt 16 i domen i målet Abels).

kommissionen anser att begreppet insolvens i artikel 2.1 avser den faktiska situation som den ifrågavarande arbetsgivaren befinner sig i — måste en arbetsgivare enligt en riktig tolkning av denna bestämmelse anses vara insolvent när förutsättningarna för att tillämpa ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar "teoretiskt sett" är uppfyllda, även om det i nationell rätt föreskrivna förfarandet visar sig inte vara konkret tillämpligt på den kategori av arbetsgivare som den ifrågavarande arbetsgivaren tillhör.

art ("för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar", under vilket det dessutom skall vara möjligt att ta hänsyn till arbetstagares fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden), som föreskrivs i den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning (artikel 2.1 a)¹⁵, samt

- b) att den myndighet som är behörig enligt den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning har beslutat att inleda förfarandet (artikel 2.1 b första strecksatsen) eller har fastställt att arbetsgivarens företag eller verksamhet har upphört och att befintliga tillgångar är otillräckliga för att förfarandet skall kunna inledas (artikel 2.1 b andra strecksatsen¹⁶). Följaktligen kan de tolkningar som Andrea Francovich och kommissionen har föreslagit inte

25. Såsom har anförts i punkt 22 ovan är det inte möjligt att fastställa direktivets syfte utan att ta hänsyn till dess tillämpningsområde, vilket är avgränsat genom såväl artikel 1 som artikel 2. Följaktligen bör riktigheten av de tolkningar som Andrea Francovich och kommissionen har föreslagit av den omtvistade bestämmelsen inte bedömas utifrån om de säkerställer att samtliga arbetstagare — bortsett från de grupper som anges i bilagan — omfattas av direktivets tillämpningsområde, utan på grundval av huruvida dessa tolkningar är förenliga med ordalydelsen av den omtvistade bestämmelsen. Denna sista fråga kan emellertid inte besvaras annat än nekande.

26. Jag erinrar om att det, för att en arbetsgivare skall anses vara insolvent enligt den omtvistade bestämmelsen, krävs

- a) att det har inlämnats en ansökan om inledande av ett visst förfarande av särskild

15 — Den omständigheten att det i bestämmelsen hänvisas till ett visst förfarande innebär enligt min uppfattning att det inte finns någon grund för den tolkning av bestämmelsen som Förenade kungariket har föreslagit vid det muntliga sammanträdet, enligt vilken en medlemsstat, i vars lagstiftning begreppet "de facto-insolvens" förekommer, inte kan utesluta en arbetstagare från direktivets tillämpningsområde i det fall dennes arbetsgivare inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar men likväl är "de facto insolvent" enligt ovan.

16 — Såväl Andrea Francovich som kommissionen har åberopat denna bestämmelse till stöd för sin uppfattning att begreppet "insolvens" i direktivet avser ett rent faktiskt förhållande. Jag menar emellertid att man inte kan bortse från att denna bestämmelse också avser den situationen att ett organ, som är behörigt enligt en bestämmelse som utgör en del av den ifrågavarande medlemsstatens regelverk avseende förfaranden för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, fastställer vissa faktiska omständigheter. Det är i detta sammanhang intressant att jämföra den nu gällande versionen av den ovan nämnda bestämmelsen med den ursprungliga versionen av artikel 2 i det förslag som kommissionen framställt till rådet, i vilken arbetsgivaren skulle anses ha "ställt in sina betalningar" (vilket som ovan nämnts användes i direktivförslaget i stället för begreppet "insolvens"), bl. a. när han på grund av betalningsinställelse inte har bedrivit någon verksamhet, utan att det var nödvändigt att detta konstaterades av ett behörigt organ.

godtas, med mindre man helt bortser från bestämmelsens ordalydelse. Även om de båda åsikterna har formulerats på olika sätt är, om jag inte misstar mig, kärnan i båda två att den omtvistade bestämmelsen i själva verket ger arbetstagare rätt att ansöka om att det inleds ett förfarande mot hans arbetsgivare för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, även om det enligt den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning inte är möjligt att inleda ett sådant förfarande mot arbetsgivaren. Enligt denna uppfattning skall den myndighet till vilken arbetstagaren framställer sin begäran enbart bedöma om förutsättningarna för att inleda ett förfarande "teoretiskt sett" är uppfyllda. Följden av en sådan uppfattning skulle bli att medlemsstaterna, för att säkra ett korrekt införlivande av direktivet, måste vidta särskilda ändringar i sin lagstiftning om kollektivt tillgodoseende av borgenärernas fordringar för att möjliggöra att det på begäran av den berörda arbetstagaren kan fastslås att de nödvändiga förutsättningarna för att inleda lämpliga förfaranden gentemot arbetsgivaren "teoretiskt sett" är uppfyllda¹⁷. En sådan tolkning av direktivet saknar allt stöd. Såsom framgår av den ifrågavarande bestämmelsens ordalydelse ("*i enlighet med* respektive medlemsstats lagar och andra författningar skall inledas ett förfarande"), gäller bestämmelsen sådana förfaranden för att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar som anges i medlemsstaternas gällande lagstiftning på området. Bestämmelsen innehåller inte heller några krav på att denna lagstiftning skall ändras eller kompletteras på grund av direktivets tillämpning.

27. Med hänsyn till vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den första frågan i begäran om förhandsavgörande på följande sätt:

"Artikel 2.1 i rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 skall tolkas på så sätt att de arbetstagare vars arbetsgivare enligt de relevanta bestämmelserna i respektive medlemsstat inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, är undantagna från direktivets tillämpningsområde."

III — Den andra frågan

28. Det svar som jag har lämnat på den första frågan i begäran om förhandsavgörande medför att det måste prövas huruvida artikel 2.1 i direktivet är giltig med hänsyn till likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen. Det följer av nämnda bestämmelse, enligt den ovan gjorda tolkningen, att direktivet enbart skyddar de

17 — Om jag inte misstar mig, gjorde Förenade kungariket under det muntliga sammanträdet gällande att man inte kan utsluta en sådan tolkning av den ifrågavarande bestämmelsen.

arbetstagare som genom anställningsavtal eller anställningsförhållanden är knutna till en sådan arbetsgivare som kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, medan andra arbetstagare inte omfattas av direktivet.

29. Den allmänna likabehandlingsprincipen är en av de allmänna rättsprinciper av högre rang som utan undantag är bindande för gemenskapsinstitutionerna när de utövar de befogenheter som de erhållit genom bestämmelser i fördraget och i sekundärrätten. Gemenskapsinstitutionerna är således skyldiga att iakttä denna princip även när de utövar de befogenheter som de har erhållit genom fördraget i fråga om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning¹⁸. Även på detta område är det därför till följd av likabehandlingsprincipen förbjudet att behandla likartade situationer olika, om inte en sådan åtskillnad kan motiveras på objektiva grunder¹⁹.

30. Vad beträffar den rättsliga kontrollen av om gemenskapsinstitutionerna vid införandet av harmoniseringsföreskrifter har iakttagit de skyldigheter som följer av likabehandlingsprincipen, måste emellertid hänsyn tas till de särskilda förutsättningar som gäller för utövandet av denna befogenhet²⁰. Domstolen har nämligen slagit fast²¹ att gemenskapsinstitutionerna, vid utövandet av de befogenheter som de har anförtrotts när det gäller harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning, bör medges ett utrymme för skönsmässig bedömning — särskilt vad beträffar möjligheten att etappvis genomföra en harmonisering — med hänsyn till den särskilda beskaffenheten av det ämnesområde som skall samordnas. Domstolen har i detta avseende närmare uttalat (under hänvisning till harmoniseringsbestämmelser som antas enligt artikel 57.2 i fördraget) att det är nödvändigt att tillerkänna gemenskapsinstitutionerna ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning på det området med hänsyn till att "det i allmänhet är svårt att genomföra sådana harmoniseringsbestämmelser, eftersom genomförandet förutsätter att de behöriga gemenskapsinstitutionerna utifrån olika och komplicerade nationella bestämmelser utarbetar gemensamma föreskrifter, vilka skall vara förenliga med de mål som anges i fördraget..."²². Under sådana omständigheter måste det enligt min uppfattning antas att det

18 — Vad angår den rättsliga kontrollen av att gemenskapsinstitutionerna iakttagit gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper vid utövandet av en befogenhet som är knuten till harmonisering av lagstiftning, se dom av den 13 november 1990, Fedesa m. fl. (C-331/88, Rec. s. I-4023, särskilt punkterna 20 och 21 samt punkterna 7 ff., 12 ff. och 41 ff.).

19 — Jfr. dom av den 18 april 1991, Assurances du Crédit mot rådet och kommissionen (C-63/89, Rec. s. I-1799, punkterna 22 och 23). Jfr. även punkt 11 i generaladvokat Tesaurus förslag till avgörande i samma mål.

20 — Vad beträffar frågan huruvida den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ett mer eller mindre stort utrymme för skönsmässig bedömning inom ett bestämt område kan påverka bedömningen av om en åtgärd av gemenskapslagstiftaren strider mot förbudet mot diskriminering, se dom av den 21 februari 1990, Wuidart m. fl. (förenade målen C-267/88 och C-285/88, Rec. s. I-435, punkterna 13, 14 och 18).

21 — Se dom av den 29 februari 1984, Rewe-Zentrale (37/83, Rec. s. 1229, punkt 20), dom av den 20 juni 1991, Denkavit (C-39/90, Rec. s. I-3069, punkt 29), och den i fotnot 19 ovan nämnda domen i målet Assurances du Crédit mot rådet och kommissionen, punkt 11.

22 — Se punkt 10 i den i fotnot 19 ovan nämnda domen i målet Assurances du Crédit mot rådet och kommissionen.

i princip är möjligt att betrakta de särskilda behov och svårigheter som föreligger i samband med framtagandet av harmoniseringsbestämmelser som objektiva grunder, som kan motivera att likartade situationer behandlas olika.

31. Jag hyser inte det minsta tvivel om att de arbetstagare vars arbetsgivare omfattas av ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar och de arbetstagare vars arbetsgivare inte kan bli föremål för ett sådant förfarande befinner sig i jämförbara situationer när deras arbetsgivare saknar förmåga att betala fordringar på grund av anställningsavtal eller anställningsförhållanden genom vilka arbetstagarna är knutna till den ifrågavarande arbetsgivaren. När arbetsgivaren befinner sig i en sådan situation kan nämligen ingen av dessa två grupper av arbetstagare anses ha större behov av skydd än den andra. De argument som rådet samt den italienska och den grekiska regeringen har framfört till stöd för den motsatta uppfattningen kan enligt min uppfattning inte godtas. Rådet har närmare bestämt anfört att de två grupperna av arbetstagare inte befinner sig i samma situation, eftersom de arbetstagare vars arbetsgivare omfattas av ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas

fordringar har större behov av skydd på grund av att detta förfarande ofta är långvarigt, och eftersom det inte längre är möjligt för arbetstagarna att individuellt kräva betalning av sina fordringar efter att förfarandet har inletts. Jag kan inte ansluta mig till denna ståndpunkt. Även om en arbetstagare av ovannämnda skäl saknar möjlighet att göra sina fordringar gällande, när det mot hans arbetsgivare har inletts ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, är den arbetstagare vars arbetsgivare inte kan bli föremål för ett sådant förfarande och som utan resultat har använt alla de rättsliga medel som står till hans förfogande, för att uppnå betalning av sina fordringar på grund av anställningsavtal, i samma utsiktslösa situation (och saknar till och med hopp om att den kan komma att ändra sig, ens på lång sikt). Den grekiska regeringens argument om att de arbetstagare vars arbetsgivare inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar har ett större behov av skydd, eftersom sådana arbetsgivare normalt är näringsidkare och därför är utsatta för större risker i sin verksamhet, grundar sig på det mycket tveksamma antagandet att de arbetsgivare som enligt medlemsstaternas lagstiftning inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar som huvudregel inte är näringsidkare. Den italienska regeringens argument om att de arbetstagare vars arbetsgivare inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar utgör en särskild grupp i förhållande till de andra, eftersom dessa arbetsgivare normalt är näringsidkare, vars verksamhet påverkar den gemensamma marknadens funktion, saknar likaledes grund i de faktiska omständigheterna. Även om den faktiska förutsättningen för detta argument skulle vara korrekt, kan jag inte inse varför de ovannämnda arbetstagarna skulle ha större behov av skydd än de övriga när deras arbetsgivare är insolvent.

32. Jag är emellertid av den uppfattningen att åtskillnaden mellan de två ovannämnda jämförbara grupperna av arbetstagare — enligt vilken enbart de arbetstagare vars arbetsgivare inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar omfattas av direktivets tillämpningsområde — är befogad på grund av de svårigheter som är förenade med införandet av harmoniseringsbestämmelser på detta område. Det svåraste problemet vid harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om skydd av arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens är nämligen att skapa en definition av begreppet "insolvent arbetsgivare" och att utarbeta regler som gör det möjligt att fastställa de faktiska omständigheter som måste föreligga för att förutsättningarna för att tillämpa detta begrepp skall vara uppfyllda. I detta avseende ger det upphov till mindre problem att definiera begreppet "insolvent arbetsgivare" genom att hänvisa till de arbetsgivare som enligt de ifrågavarande medlemsstaternas lagstiftning inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar. Trots de betydande skillnader som existerar mellan de gällande systemen i de enskilda medlemsstaterna²³, har dessa system nämligen i vart fall en viss minsta gemensam nämnare, eftersom det i nationell lagstiftning föreskrivs förfaranden på detta område, beträffande vilka vissa särskilt härför bemyndigade organ på grundval av bestämda kriterier fastslår huruvida det finns förutsättningar för att inleda dessa förfaranden. Däremot är det förenat med mycket större svårigheter att konstatera att en arbetsgivare som inte kan bli föremål för ett sådant förfarande är insolvent. Att som insolvenskriterium välja det kriterium som annars skulle ligga närmast till hands för denna grupp av arbetsgivare, nämligen att det

inte går att verkställa ett domstolsavgörande som har meddelats mot en arbetsgivare efter att en arbetstagare har väckt talan beträffande utestående fordringar på grund av anställningsförhållandet, ger nämligen upphov till vissa särskilt komplicerade och känsliga frågor. Utfärdandet av harmoniseringsföreskrifter på detta område försvåras nämligen av de särskilda förhållandena i medlemsstaternas rättsordningar och de skillnader som finns i dessa. De ovannämnda övervägandena utgör enligt min uppfattning en objektiv grund, som kan motivera att enbart de arbetstagare vars arbetsgivare enligt den ifrågavarande medlemsstatens lagstiftning kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 80/987/EEG, vilket har antagits med stöd av artikel 100 i fördraget och — såsom direkt framgår av övervägandena i ingressen i direktivet — enbart utgör ett första led i harmoniseringen av lagstiftningen om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens²⁴. Artikel 2.1 i direktivet, där denna begränsning återfinns, kan därför inte anses strida mot den grundläggande likabehandlingsprincipen.

33. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen besvarar den andra frågan i begäran om förhandsavgörande på följande sätt: "Vid prövningen av artikel 2.1 i rådets direktiv 80/987/EEG av 20 oktober 1980 har inte framkommit något som kan påverka bestämmelsens giltighet."

23 — Jfr. den i fotnot 13 ovan nämnda domen i målet Abels, punkt 17.

24 — Se det andra övervägandet i ingressen, enligt vilket direktivet har antagits med beaktande av behovet av att minska de skillnader som fanns mellan medlemsstaterna i fråga om omfattningen av skyddet för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens.

IV — Förslag till avgörande

34. På grund av vad som ovan har anförts föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som har ställts i begäran om förhandsavgörande enligt följande:

- 1) Artikel 2.1 i rådets direktiv 80/987/EEG av 20 oktober 1980 skall tolkas så, att de arbetstagare vars arbetsgivare enligt de relevanta bestämmelserna i respektive medlemsstat inte kan bli föremål för ett förfarande som syftar till att kollektivt tillgodose borgenärernas fordringar, är undantagna från direktivets tillämpningsområde.
- 2) Vid prövningen av artikel 2.1 i rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 har inte framkommit något som kan påverka bestämmelsens giltighet.