



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

Y. BOT

fremsat den 12. juni 2014¹

Sag C-311/13

O. Tümer

mod

Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Centrale Raad van Beroep (Nederlandene))

»Præjudiciel forelæggelse — direktiv 80/987/EØF — direktiv 2002/74/EF — beskyttelse af arbejdstagere ved arbejdsgivers insolvens — arbejdssøgende tredjelandstatsborger uden en gyldig opholdstilladelse — ret til garanti for løntilgodehavender«

1. Kan en arbejdstager, der er tredjelandstatsborger, udelukkes fra retten til at få garanti for løntilgodehavender i tilfælde af hans arbejdsgivers insolvens med den begrundelse, at arbejdstageren opholder sig ulovligt på den pågældende medlemsstats område?

2. Dette er indholdet af det spørgsmål, som er stillet af Centrale Raad van Beroep (Nederlandene) som følge af, at Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (bestyrelsen for institut for forvaltning af forsikringsordninger for arbejdstagere)² havde givet O. Tümer afslag på hans ansøgning om insolvensydelse.

3. I mit forslag til afgørelse foreslår jeg Domstolen at besvare dette spørgsmål, som vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens³, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF af 23. september 2002⁴, benægtende.

4. I denne henseende vil jeg for det første hævde, at det ikke fremgår af hjemmelen for direktiv 2002/74, at tredjelandstatsborgere er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 80/987.

5. Derefter vil jeg forklare, at en national bestemmelse som den, der er omhandlet i hovedsagen, hvorefter den ret, som en tredjelandstatsborger, der efter nationale civilretlige regler anses for arbejdstager, har til at modtage insolvensstøtte, gøres betinget af, at denne har lovligt ophold, er i strid med den generelle opbygning af direktiv 80/987 og hindrer dets effektive virkning samt tilsidesætter princippet om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling set i lyset af dette direktivs formål.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Herefter »UWV«.

3 — EFT L 283, s. 23.

4 — EUT L 270, s. 10, herefter »direktiv 80/987«.

I – Relevante retsforskrifter

A – EU-retten

6. Direktiv 80/987 finder i henhold til dets artikel 1, stk. 1, 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 artikel 2, stk. 1.

7. Artikel 1, stk. 2, i direktiv 80/987 bemyndiger medlemsstaterne til, undtagelsesvis, at udelukke krav fra visse kategorier af arbejdstagere fra direktivets anvendelsesområde, fordi der findes andre former for garanti, hvis det er fastslået, at de sikrer de pågældende en tilsvarende beskyttelse.

8. Artikel 2, stk. 2 og 3, i direktiv 80/987 fastsætter, at dette direktiv ikke berører medlemsstaternes nationale retsregler for så vidt angår definitionen af udtrykkene »arbejdstager«, »arbejdsgiver«, »løn«, »erhvervet ret« og »delvis erhvervet ret«, idet medlemsstaterne dog ikke kan udelukke deltidsansatte, personer med tidsbegrænset ansættelse og personer med vikaransættelsesforhold fra dets anvendelsesområde og heller ikke gøre arbejdstagernes ret til en garanti betinget af en minimumsperiode i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold.

9. I henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 80/987 skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for, at garantiinstitutionerne sikrer arbejdstagerne betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, herunder fratrædelsesgodtgørelse ved ansættelsesforholds ophør, hvor der er hjemmel herfor i national ret, jf. dog artikel 4 i dette direktiv. I henhold til direktivets artikel 3, stk. 2, er de tilgodehavender, garantiinstitutionen dækker, ikkeudbetalt løn, der er optjent i en periode, der ligger inden og/eller eventuelt efter en dato, som medlemsstaterne har fastsat.

10. Artikel 4 i direktiv 80/987 giver undtagelsesvis medlemsstaterne mulighed for at begrænse den i artikel 3 omhandlede betalingspligt for garantiinstitutionerne ved at fastsætte den periode, for hvilken garantiinstitutionen dækker tilgodehavender i henhold til direktivets artikel 4, stk. 2, eller ved at fastsætte et loft over garantiinstitutionens betaling i henhold til direktivets artikel 4, stk. 3.

11. Direktiv 80/987 blev ophævet og kodificeret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/94/EF af 22. oktober 2008 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens⁵, der trådte i kraft den 17. november 2008.

B – Nederlandsk ret

12. Artikel 61 i Werkloosheidswet (arbejdsløshedsloven)⁶ opstiller princippet om, at en arbejdstager har ret til insolvensydelse, såfremt han hos en arbejdsgiver, der er erklæret konkurs, har løn, løn for ferie eller feriepenge til gode, eller såfremt han kan lide en økonomisk skade derved, at denne arbejdsgiver ikke har betalt beløb, som han i forbindelse med ansættelsesforholdet med arbejdstageren skylder tredjemand.

13. I artikel 3, stk. 1, i WW defineres en arbejdstager som »en fysisk person under 65 år, som er privat eller offentligt ansat«.

14. Artikel 3, stk. 3, i WW præciserer dog som en undtagelse fra stk. 1, at en tredjelandstatsborger, der ikke har lovligt ophold i Nederlandene, ikke betragtes som arbejdstager.

⁵ — EUT L 283, s. 36.

⁶ — Herefter »WW«.

15. I henhold til artikel 8, litra a)-e) og l), i Vreemdelingenwet (udlændingeloven) af 23. november 2000⁷ har en udlænding lovligt ophold i Nederlandene, hvis den pågældende har en tidsbegrænset eller tidsubegrænset opholdstilladelse, eller hvis den pågældende er en unionsborger, der har ophold på grundlag af en ordning i henhold til traktaten om oprettelse af Den Europæiske Union eller aftalen vedrørende Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992⁸, eller hvis udlændingens opholdsret har hjemmel i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19. september 1980 om udviklingen af den associering⁹, der er oprettet ved aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet¹⁰.

II – De faktiske omstændigheder i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

16. O. Tümer er en tyrkisk statsborger, der har opholdt sig i Nederlandene siden 1988.

17. I perioden fra den 18. august 1988 til den 31. marts 1995 havde han en tidsbegrænset opholdstilladelse, meddelt med det vilkår, at han opholdt sig hos sin ægtefælle. I 1996 blev han skilt.

18. Den 14. oktober 2005 søgte O. Tümer om tidsubegrænset opholdstilladelse, men fik afslag fra Staatssecretaris van Justitie. Efter påklage blev afgørelsen stadfæstet ved en ny afgørelse af 16. april 2007. Herefter anlagde O. Tümer sag ved Rechtbank 's-Gravenhage, hvis afdeling for udlændingesager imidlertid frifandt sagsøgte den 28. august 2008. Denne afgørelse er ikke appelleret. Fra den 25. april 2007 har O. Tümer ikke haft nogen opholdstilladelse.

19. O. Tümer har siden 1997 med mellemrum haft arbejde i Nederlandene. Den 3. januar 2005 blev han ansat hos Halfmoon Cosmetics BV, som i 2007 indbetalte bidrag for ham i henhold til WW. Fra august 2007 udbetalte Halfmoon Cosmetics BV kun en del af lønnen, og den 22. januar 2008 blev firmaet erklæret konkurs. Den 26. januar 2008 blev appellantens i hovedsagen sagt op.

20. O. Tümer ansøgte om insolvensydelse på grundlag af WW i forbindelse med Halfmoon Cosmetics BV's konkurs. Denne ansøgning blev afslået ved en afgørelse af 8. februar. O. Tümer påklagede denne afgørelse, men ved en afgørelse af 10. juni 2008 afslog UWV klagen med den begrundelse, at sagsøgeren i hovedsagen ikke havde lovligt ophold i Nederlandene og derfor ikke var arbejdstager som omhandlet i artikel 3, stk. 3, i WW. Den 18. december 2009 frifandt Rechtbank 's-Hertogenbosch UWV, med den samme begrundelse, i O. Tümers appel af afgørelsen af 10. juni 2008.

21. I appelsagen anlagt til prøvelse af denne afgørelse har Centrale Raad van Beroep ud fra den vurdering, at såfremt udelukkelsen af tredjelandsstatsborgere, som ikke har opholdstilladelse, skal anses for en begrænsning af garantiinstitutionernes betalingspligt, er denne udelukkelse ikke forenelig med EU-retten, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal direktiv [2008/94], herunder dets artikel 2, 3 og 4, henset til dette direktivs hjemmel i [...] artikel 137, stk. 2 [EF] (nu artikel 153, stk. 2, TEUF), fortolkes således, at det er til hinder for en national ordning som den, der følger af [WW's] artikel 3, stk. 3, og artikel 61, hvorefter en udlænding, der er statsborger i et tredjeland, og som ikke har lovligt ophold i Nederlandene, jf. [udlændingelovens] artikel 8, litra a)-e) og l), [...], ikke betragtes som arbejdstager, heller ikke i det tilfælde, hvor [tredjelandsstatsborger] har ansøgt om en insolvensydelse og efter civilretlige regler må betragtes som arbejdstager og opfylder de øvrige betingelser for tilkendelse af denne ydelse?«

7 — Stb. 2000, nr. 495.

8 — EFT 1994 L 1, s. 3.

9 — Herefter »afgørelse nr. 1/80«.

10 — Denne aftale blev undertegnet den 12.9.1963 i Ankara dels af Republikken Tyrkiet, dels af EØF's medlemsstater og Fællesskabet og indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne ved Rådets afgørelse 64/732/EØF af 23.12.1963 (EFT 1964 217, s. 3685).

III – Analyse

A – Indledende bemærkninger

1. De faktiske og retlige oplysninger, som er forelagt af den forelæggende ret

22. Europa-Kommissionen har i såvel sine skriftlige som mundtlige bemærkninger givet udtryk for det synspunkt, for det første at O. Tümer opfylder betingelserne for at kunne støtte sig på bestemmelserne i artikel 6, stk. 1, eller artikel 7 i afgørelse 1/80, og for det andet at det følger af princippet om forbud mod forskelsbehandling, som er fastsat i denne afgørelses artikel 10, samt af Domstolens praksis, hvorefter opholdstilladelse og arbejdstilladelse repræsenterer to forskellige situationer, at en medlemsstat, som har givet en tyrkisk statsborger arbejdstilladelse, ikke kan afslå at tilkende denne insolvensydelse med den begrundelse, af den pågældende borger ikke er i besiddelse af en opholdstilladelse.

23. Kommissionen har derfor opfordret Domstolen til – ud over at besvare den forelæggende rets spørgsmål – ligeledes at undersøge, hvorvidt O. Tümer i henhold til EU-retten rent faktisk opholder sig ulovligt i Nederlandene.

24. Jeg mener ikke, at Domstolen bør imødekomme denne opfordring.

25. Ifølge fast retspraksis tilkommer det som led i den samarbejdsprocedure mellem de nationale retter og Domstolen, som er indført ved artikel 267 TEUF, Domstolen at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. Ud fra dette synspunkt påhviler det Domstolen i givet fald at omformulere de spørgsmål, der forelægges den¹¹, med henblik på at fortolke alle de bestemmelser i EU-retten, som den nationale ret skal anvende for at træffe afgørelse. Det tilkommer herved Domstolen fra samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, navnlig af forelæggelsesafgørelsens præmisser, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke¹².

26. Muligheden for at omformulere de præjudicielle spørgsmål, således at der sker en udvidelse af de dele af EU-retten, der kræver en fortolkning, må imidlertid ikke føre til, at Domstolen foreslår en fortolkning af EU-retten, der vedrører en anden situation end den, der er genstand for hovedsagen, ved at sætte sine egne betragtninger i stedet for de nationale retters egne konklusioner vedrørende de faktiske omstændigheder eller ved at stille spørgsmålstejn ved res judicata i de nationale afgørelser.

27. Det fremgår imidlertid klart af de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, at det ved afgørelsen af 28. august 2008, som O. Tümer ikke har appelleret, blev fastslået, at han ikke kunne støtte ret på artikel 6 eller 7 i afgørelse nr. 1/80, da han ikke opfyldte betingelserne for, at han kunne anses for at tilhøre det lovlige arbejdsmarked, ligesom det heller ikke kunne antages, at hans tidligere ægtefælle i perioden forud for den 31. marts 1995 havde haft beskæftigelse. Selv om Kommissionen hvad dette angår har udtrykt tvivl i sine skriftlige indlæg, og O. Tümers specifikke situation rent faktisk falder inden for en gråzone¹³, selv om den er blevet i særlig grad belyst af den nederlandske regerings forklaringer i retsmødet, bør denne omstændighed anses for en fast kendsgerning i forbindelse med nærværende analyse.

28. Det fremgår endvidere ikke af en læsning af forelæggelsesafgørelsen, at Centrale Raad van Beroep skulle have fastslået, at O. Tümer var i besiddelse af en arbejdstilladelse.

11 — Jf. dom Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, præmis 40).

12 — Ibidem (præmis 41).

13 — Især i perioden mellem den 31.3.1995, hvor O. Tümer ikke længere havde en tidsbegrænset opholdstilladelse, og den 25.4.2007, hvor han ikke længere havde lovligt ophold i landet.

29. En fortolkning af afgørelse nr. 1/80 således som foreslået af Kommissionen ville ikke give den forelæggende ret et svar, der ville sætte den i stand til at løse den tvist, der verserer for den, men ville føre til en ændring af den faktiske og retlige kontekst og dermed indebære en stillingtagen til en tvist, der har en anden genstand, og som allerede er afgjort af en anden national retsinstans.

30. Under disse omstændigheder bør kun det af Centrale Raad van Beroep stillede spørgsmål behandles, og spørgsmålet om fortolkningen af afgørelse nr. 1/80 bør ikke udvides.

2. De EU-retlige forskrifter, som er tidsmæssigt gældende

31. Det skal bemærkes, at de bestemmelser, som den forelæggende ret nævner i sit spørgsmål, dvs. artikel 2-4 i direktiv 2008/94, endnu ikke var trådt i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for hovedsagen.

32. I henhold til fast retspraksis på grundlag af kravet om at give den forelæggende ret et brugbart svar¹⁴ er det nødvendigt at omformulere spørgsmålet for at fortolke de EU-retlige bestemmelser, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, hvilket i den foreliggende sag er bestemmelserne i direktiv 80/987, nærmere bestemt artikel 2-4, hvis ordlyd i øvrigt er i det væsentlige den samme som ordlyden af de bestemmelser, den forelæggende ret har henvist til.

B – *Min bedømmelse*

33. Den nederlandske regering har fremført to hovedargumenter for den nationale lovgivnings forenelighed med direktiv 80/987, nemlig for det første dette direktivs hjemmel¹⁵ og for det andet de skønsmæssige beføjelser, som direktivet indrømmer medlemsstaterne med hensyn til definitionen af begrebet arbejdstager.

34. For det første mener den nederlandske regering ikke, at direktiv 80/987 kan vedrøre tredjelandstatsborgere, da dette direktiv har grundlag i artikel 137 EF, og denne bestemmelse kan ikke udgøre hjemmel for anerkendelse af rettigheder til disse statsborgere, selv om de måtte have lovligt ophold.

35. For det andet giver henvisningen til national ret med hensyn til definitionen af begrebet arbejdstager, hvorved medlemsstaterne kan præcisere indholdet, dem under alle omstændigheder mulighed for at udelukke tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold fra definitionen af dette begreb.

36. Disse to argumenter foranlediger til at stille spørgsmålene for det første, om direktiv 80/987 finder anvendelse på tredjelandstatsborgere, og derefter hvorvidt det finder anvendelse på tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold.

1. Spørgsmålet, om direktiv 80/987 finder anvendelse på tredjelandstatsborgere

37. Er retsgrundlaget for direktiv 2002/74 til hinder for, at direktiv 80/987 finder anvendelse på tredjelandstatsborgere?

14 — Jf. domme Derudder (C-290/01, EU:C:2004:120, præmis 37 og 38) og Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, præmis 17-21).

15 — Den nederlandske regering har henvist til artikel 137 EF, som rent faktisk er hjemmel for direktiv 2002/74.

38. Inden jeg undersøger dette spørgsmål nærmere, skal jeg først og fremmest bemærke, at den nederlandske regering med sine argumenter baseret på retsgrundlaget for direktiv 80/987 i udpræget grad flytter debatten, så den drejer sig om nationalitetskrav, skønt spørgsmålet alene, og med rette, vedrører muligheden for at gøre retten til insolvensydelse betinget af, at modtageren har lovligt ophold.

39. I denne henseende må det fastslås, at den nederlandske regerings holdning ikke er forenelig med den nederlandske lovgivning, sådan som den er beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, eftersom det af en modsætningsslutning af artikel 3, stk. 3, i WW fremgår, at anerkendelsen af egenskaben »arbejdstager«, og herved af retten til insolvensydelse, ikke er betinget af nationalitet. Den nederlandske regering har ikke hævdet, at den med en anerkendelse af, at tredjelandsstatsborgere, der har lovligt ophold i landet, har ret til insolvensydelse, ville udvide det personelle anvendelsesområde for direktiv 80/987, ved at gøre brug af muligheden i direktivets artikel 9, første afsnit, for at bevare eller indføre bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.

40. Under alle omstændigheder mener jeg ikke, at en undersøgelse af hjemmelen for direktiv 2002/74 giver anledning til at begrænse det personelle anvendelsesområde for direktiv 80/987 til unionsborgere.

41. Det skal bemærkes, at artikel 137, stk. 2, første afsnit, EF i den udgave, der var gældende før Nicetraktaten, og som dannede grundlag for vedtagelsen af direktiv 2002/74¹⁶, gav mulighed for ved udstedelse af direktiver at vedtage minimumsforskrifter med henblik på i henhold til artikel 137, stk. 1, EF at bidrage til virkeliggørelsen af de i artikel 136 EF fastlagte socialpolitiske mål heriblandt forbedring af arbejdstageres leve- og arbejdsvilkår samt en tilstrækkelig social beskyttelse af disse.

42. Det er korrekt, at de områder, som artikel 137, stk. 2, første afsnit, EF bemyndigede Rådet for Den Europæiske Union til ved udstedelse af direktiver at vedtage minimumsforskrifter for med henblik på at virkeliggøre de i artikel 136 EF omhandlede mål, ifølge artikel 137, stk. 1, EF ikke omfattede »beskæftigelsesvilkår for tredjelandsstatsborgere, der lovligt opholder sig på Fællesskabets område«. Dette område var anført i artikel 137, stk. 3, EF, der udgjorde et særskilt retsgrundlag, og som foreskrev anvendelsen af en anden procedure. Mens artikel 137, stk. 2, andet afsnit, EF foreskrev anvendelsen af fremgangsmåden i artikel 251 EF, den såkaldte »fælles beslutningstagning«, der krævede beslutningstagning med kvalificeret flertal i Rådet og fuld inddragelse af Europa-Parlamentet i lovgivningsprocessen, foreskrev artikel 137, stk. 3, EF afgørelse med enstemmighed i Rådet efter simpel høring af Parlamentet¹⁷.

43. Jeg mener dog, at UWV og den nederlandske regering med urette udleder af dette retsgrundlag, at direktiv 80/987 ikke kan vedrøre tredjelandsstatsborgere.

44. Dette argument hviler på den forudsætning, at en bestemmelse i afledt ret kun kan indrømme tredjelandsstatsborgere rettigheder, når den er vedtaget på grundlag af en primærretlig bestemmelse som f.eks. artikel 63, stk. 4, EF, som udtrykkeligt giver EU-lovgiver beføjelse til at vedtage foranstaltninger, der tager sigte på at regulere deres situation.

16 — Som Kommissionen anførte i sit 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 endelig), skyldes anvendelsen af EF-traktatens artikel 100 som retsgrundlag for direktiv 80/987 i dets oprindelige udgave, at der på det pågældende tidspunkt ikke fandtes et specifikt retsgrundlag for foranstaltninger på det sociale område (punkt 6).

17 — Under drøftelserne af Kommissionens forslag i Rådets socialgruppe den 19.3.2001 udtrykte den britiske delegation i øvrigt tvivl med hensyn til retsgrundlaget og udbad sig en udtalelse fra Rådets juridiske tjeneste.

45. Denne forudsætning, som vedrører det grundlæggende spørgsmål om fastsættelsen af det personelle anvendelsesområde for EU-retten¹⁸, er efter min opfattelse ukorrekt.

46. Primærretten omfatter rent faktisk regler, hvis personelle anvendelsesområde er udtrykkeligt begrænset.

47. Nogle bestemmelser opstiller retsgrundlag, som giver mulighed for at vedtage foranstaltninger, der specifikt vedrører tredjelandstatsborgere. Dette er tilfældet vedrørende bestemmelserne i EF-traktatens tredje del, afsnit IV, med overskriften »Visum, asyl, indvandring og andre politikker i forbindelse med den fri bevægelighed for personer«, der bl.a. omfatter artikel 63 EF, som den nederlandske regering har henvist til.

48. Andre bestemmelses anvendelsesområde er derimod begrænset til unionsborgerne. Bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed gør således anerkendelsen af retten til fri bevægelighed betinget af statsborgerskab i en af Unionens medlemsstater¹⁹.

49. Der er dog også bestemmelser, som ikke har nogen særlig begrænsning af det personelle anvendelsesområde og derfor kan finde anvendelse uanset de pågældende personers nationalitet og således kan påberåbes af eller gøres gældende over for tredjelandstatsborgere, såfremt der er en tilknytningsfaktor mellem deres situation og EU-retten. En udvidelse af det personelle anvendelsesområde for foranstaltninger, der er vedtaget på et retsgrundlag uden en udtrykkelig begrænsning, bør således bedømmes under hensyntagen til de mål, der forfølges med lovgivningen²⁰.

50. Med undtagelse af artikel 137, stk. 3, fjerde led, EF bør bestemmelserne i tredje del, kapitel 1, afsnit XI, i EF-traktaten, som tildeler Fællesskabet en normativ kompetence på det sociale område, kategoriseres sammen med de bestemmelser, som giver mulighed for vedtagelse af foranstaltninger, der kan finde anvendelse uden hensyntagen til statsborgerskab.

51. I denne henseende bør det bemærkes, at blandt de områder, hvor Fællesskabet havde kompetence til at støtte og supplere medlemsstaternes indsats for at virkeliggøre de mål, der er omhandlet i artikel 136 EF, omhandlede artikel 137, stk. 1, EF vedrørende beskyttelse af sikkerhed og sundhed, information og høring af »arbejdstagerne« integration af »personer«, der er udstødt fra arbejdsmarkedet, og »lige muligheder for mænd og kvinder« uden nogen betingelse med hensyn til nationalitet.

52. En udelukkelse af arbejdstagere, der er tredjelandstatsborgere, fra beskyttelsesforanstaltninger gældende for arbejdstagere, som er statsborgere i en EU-medlemsstat, stemmer ikke overens med Unionens socialpolitiske mål, der er fastsat i artikel 136, første afsnit, EF, især fordi denne udelukkelse vil kunne gøre det til en fordel at ansætte udenlandsk arbejdskraft for at reducere lønomkostningerne. Det fremgår af Domstolens dom Tyskland m.fl. mod Kommissionen (281/85, 283/85-285/85 og 287/85,

18 — Et overblik over spørgsmålet findes i O. Dubos, »Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers?«, *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/1, s. 83; E. Guild og S. Peers, »Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law«, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, 1. udg., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, s. 81; D. Martin, »La protection des ressortissants de pays tiers par l'ordre juridique communautaire«, *L'union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999, s. 173, og P. Mavridis, »Union européenne: un prix Nobel de protection sociale des ressortissants des pays tiers?«, *Revue de droit du travail*, nr. 12, 2012, s. 719, og nr. 1, 2013, s. 57.

19 — Jf. i denne henseende artikel 45, stk. 2, TEUF. Jf. ligeledes, med hensyn til adgang til beskæftigelse, artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5.4.2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen (EUT L 141, s. 1), som kun anerkender medlemsstaternes statsborgere fri adgang til beskæftigelse.

20 — En del af den juridiske litteratur taler for anerkendelsen af en generel antagelse om, at tredjelandstatsborgere er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, når der ikke er bestemmelser, som udtrykkeligt fastsætter det modsatte. Jf. i denne henseende E. Guild, og S. Peers, »Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law«, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, op.cit. Forfatterne gør følgende gældende: »If Member States were free to exempt third-country nationals from EC social legislation, a significant section of the workforce would have limited prospects of »improved living and working conditions« and there would be little progress towards »combating of exclusion« – rather the reverse« (s. 95). Jf. desuden D. Martin, »La protection des ressortissants de pays tiers par l'ordre juridique communautaire«, *L'union européenne et les droits fondamentaux*, op.cit., som mener, at »både traktaten og afledt ret finder anvendelse på tredjelandstatsborgere, undtagen hvor andet udtrykkeligt er foreskrevet« (s. 173).

EU:C:1987:351), at der er en stor overlapning mellem Unionens socialpolitik og den politik, der kan anvendes hvad angår arbejdstagere fra tredjelande. Det er på baggrund af disse omstændigheder, at anvendelsesområdet for de foranstaltninger, som Unionen træffer på det sociale område²¹, skal forstås.

53. Dette får mig til at konkludere, at retsgrundlaget for direktiv 2002/74 på ingen måde er til hinder for, at direktiv 80/987 kan finde anvendelse på tredjelandsstatsborgere.

54. Desuden skal det bemærkes, at direktiv 80/987 gør eksistensen af løntilgodehavender i medfør af en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold mellem arbejdstagere og en arbejdsgiver, der er insolvent, til den faktor, som udløser garantiinstitutionernes forpligtelser i henhold til dette direktiv. Der opstilles ingen betingelser om arbejdstagernes nationalitet, for at de kan drage fordel af garantien. Hvis denne garanti gøres betinget af nationalitet, ville det således svare til at knytte en ny betingelse til dette direktiv, som det ikke indeholder, og som er i strid med dets formål. I denne henseende skal det bemærkes, at dette direktiv har et socialt formål, der består i at sikre alle arbejdstagere en minimumsbeskyttelse i Unionen i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens ved betaling af tilgodehavender, der hidrører fra arbejdsaftaler eller ansættelsesforhold, og som vedrører løn for en bestemt periode²².

55. Det står nu tilbage at afgøre, om medlemsstaterne under alle omstændigheder har skønsmæssige beføjelser til at udelukke arbejdstagere fra tredjelande, som ikke har lovligt ophold i landet.

2. Spørgsmålet, om direktiv 80/987 finder anvendelse på tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold

56. Ifølge den nederlandske regering giver den omstændighed, at direktiv 80/987 ikke indeholder en definition af begrebet arbejdstager, mulighed for at præcisere dette i den nationale ret og eventuelt udelukke tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold.

57. Dette argument må forkastes.

58. Det er korrekt, at henvisningen til national ret i artikel 2, stk. 2, i direktiv 80/987 giver medlemsstaterne skønsmæssige beføjelser til at fastsætte det personelle anvendelsesområde for dette direktiv. Hvis der ikke er indført et ensartet beskyttelsesniveau for hele Unionen ved brug af fælles kriterier, tilkommer det rent faktisk den nationale ret at definere, hvilke kategorier af arbejdstagere det pågældende direktiv kan finde anvendelse på²³.

59. Det er imidlertid vigtigt at fremhæve, at denne skønsmæssige beføjelse ikke kan medføre, at hverken den generelle opbygning eller den effektive virkning af direktiv 80/987 bringes i fare, og at den bør udøves under overholdelse af EU-retten og navnlig de grundlæggende principper, som er fastsat i denne, heriblandt princippet om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling²⁴.

21 — Artikel 136, første afsnit, EF, som definerer de mål, med henblik på hvilke Rådet inden for de i artikel 137, stk. 1, EF omhandlede områder ved udstedelse af direktiver kan vedtage minimumsforskrifter, henviser til den europæiske socialpagt undertegnet i Torino den 18.10.1961 og revideret i Strasbourg den 3.5.1996 samt fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkeds-mæssige og sociale rettigheder, som blev vedtaget på Det Europæiske Råds møde i Strasbourg den 9.12.1989. Jeg mener dog ikke, at denne henvisning, som er forholdsvis vag og tager sigte på at fremhæve medlemsstaternes engagement i beskyttelsen af de grundlæggende sociale rettigheder, kan anses for at fastsætte anvendelsesområdet for Unionens socialpolitik med henvisning til det personelle anvendelsesområde for de to charter. Jf. i denne retning E. Guild og S. Peers, »Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law«, *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, op.cit. (s. 94 og 95).

22 — Jf. domme Andersson (C-30/10, EU:C:2011:66, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis) og van Ardenne (C-435/10, EU:C:2011:751, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

23 — Jf. analogt vedrørende definitionen af begrebet »løn« dom Visciano (C-69/08, EU:C:2009:468, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

24 — Jf. vedrørende betingelsen om, at den mulighed, som direktiv 80/987 giver national ret, for at præcisere de ydelser, som skal betales af garantiinstitutionen, kræver overholdelse af princippet om lighed og forbud mod forskelsbehandling, dom Robledillo Núñez (C-498/06, EU:C:2008:109, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

60. En national bestemmelse som den, der er omhandlet i hovedsagen, hvorefter den ret, som en arbejdstager har til at modtage insolvensstøtte, gøres betinget af, at denne har lovligt ophold, er således til skade både for den generelle opbygning af direktiv 80/987 og dets effektive virkning, ligesom den tilsidesætter princippet om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling.

61. For det første er en sådan bestemmelse til skade for den generelle opbygning og den effektive virkning af direktiv 80/987.

62. Som det fremgår af Domstolens faste praksis, udgør medlemsstaternes forpligtelse til at sikre »alle«²⁵ arbejdstagere en minimumsbeskyttelse princippet, og der er nogle undtagelser fra dette princip, som skal fortolkes og anvendes strengt, henset til disses undtagelsesmæssige karakter og direktivets formål²⁶.

63. Disse undtagelser, som er udtømmende opregnet i artikel 1, stk. 2, artikel 2, stk. 2, artikel 4 og 10 i direktiv 80/987, giver medlemsstaterne mulighed for undtagelsesvis at udelukke visse kategorier af arbejdstagere fra dets anvendelsesområde, når der findes andre former for garanti, der sikrer dem en tilsvarende beskyttelse²⁷, og under visse omstændigheder begrænse den beskyttelse, som dette direktiv har til formål at sikre arbejdstagerne. Ingen af dem giver medlemsstaterne mulighed for at begrænse, og slet ikke afskaffe, garantien, fordi arbejdstagerens situation er ulovlig hvad angår indrejse og ophold i landet.

64. Det skal endvidere bemærkes, at artikel 2, stk. 2, i direktiv 80/987 fastsætter, at medlemsstaterne, selv når de i medfør af direktivets artikel 2, stk. 1, definerer begrebet »arbejdstager«, ikke kan udelukke hverken deltidsansatte som omhandlet i direktiv 97/81/EF²⁸, arbejdstagere med tidsbegrænset ansættelse som omhandlet i direktiv 1999/70/EF²⁹ eller arbejdstagere med vikaransættelsesforhold som omhandlet i direktiv 91/383/EØF³⁰.

65. Rent faktisk skyldes henvisningen til national ret med henblik på definitionen af begrebet arbejdstager ikke et ønske om at give medlemsstaterne mulighed for at indskrænke anvendelsesområdet for direktiv 80/987 efter egen opfattelse³¹, men bundet i virkeligheden i vanskelighederne forbundet med at udforme en ensartet definition af et begreb, der skal tage hensyn til de mange forskellige former for beskæftigelse og arbejdsforhold, som har været med til at gøre den traditionelle sondring mellem lønarbejde og selvstændigt arbejde mere vag, samt de mange forskellige mål, der forfølges af de forskellige retsforordninger³².

66. På trods af de skønsmæssige vurderinger, som medlemsstaterne råder over, fremgår det klart af direktiv 80/987, at alle personer, der har egenskab af »arbejdstager« ifølge national ret, kan drage fordel af garantien, undtagen hvis de er sikret en tilsvarende beskyttelse af en anden form for garanti.

25 — Jf. domme Andersson (EU:C:2011:66, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis) og van Ardenen (EU:C:2011:751, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

26 — Jf. i denne retning dom van Ardenen (EU:C:2011:751, præmis 34).

27 — De udelukkelser vedrørende arbejdstagernes arbejdsaftales eller arbejdsforholds særlige karakter, som indgik i den oprindelige udgave af direktiv 80/987, blev ophævet ved direktiv 2002/74.

28 — Rådets direktiv af 15.12.1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT 1998 L 14, s. 9).

29 — Rådets direktiv af 28.6.1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP.

30 — Rådets direktiv af 25.6.1991 om supplerende foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden på arbejdsstedet for arbejdstagere, der har et tidsbegrænset ansættelsesforhold eller et vikaransættelsesforhold (EFT L 206, s. 19).

31 — Kommissionen anførte i øvrigt, i sit ovennævnte forslag til direktiv, nævnt ovenfor i fodnote 16, at en begrænsning af anvendelsesområdet for den beskyttelse, direktiv 80/987 giver, som medfører en for indskrænkende definition af begrebet arbejdstager i en medlemsstat, »ikke [er] ønskeligt og i forbindelse med bestemte kategorier af arbejdstagere svært at forene med målsætningerne for Fællesskabets social- og arbejdsmarkedspolitik, der sigter mod at skabe balance mellem arbejdsmarkedets fleksibilitet og arbejdstagernes sikkerhed« (punkt 4.1.2).

32 — Jf. i denne retning C. Barnard, *EU Employment Law*, 4. udg., Oxford University Press, 2012, s. 144. Jf. desuden vedrørende definitionen af arbejdstager i EU-retten P. Coursier, »La notion de travailleur salarié en droit social communautaire«, *Droit social* nr. 3, 2003, s. 305.

67. Det fremgår af den forelæggende rets oplysninger, som ikke er blevet modsagt af den nederlandske regering i denne henseende, at tredjelandsstatsborgere anses for arbejdstagere i nederlandsk civilret, og at denne egenskab kun fratages dem med henblik på at udelukke dem fra at drage fordel af garantien mod insolvens.

68. At personer, som i henhold til almindelig national ret har egenskab af »arbejdstager«, udelukkes fra anvendelsesområdet for direktiv 80/987, er efter min opfattelse i strid med og vil kunne skade den effektive virkning af dette direktiv. Selv om det nævnte direktiv giver medlemsstaterne mulighed for at definere begrebet arbejdstager, pålægger det dem efter min opfattelse at sikre, at den gældende definition i deres nationale arbejdsret svarer til den definition, der er anvendt til at bestemme anvendelsesområdet for overgangsforanstaltningerne i det samme direktiv med henblik på at sikre, at enhver arbejdstager som omhandlet i national arbejdsret får adgang til garantien for løntilgodehavender. Med andre ord må definitionen af arbejdstager ikke kunne variere efter, om der er tale om arbejdstagernes forhold til arbejdsgiver eller deres forhold til garantifondene.

69. For det andet mener jeg ikke, at det er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling, at retten til garanti for løntilgodehavender gøres betinget af, at arbejdstageren, der er tredjelandsstatsborger, har lovligt ophold.

70. Dette princip er et almindeligt EU-retligt princip, som bl.a. er fastsat i artikel 20 og 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvis bestemmelser er rettet mod såvel EU-institutioner, -organer, -kontorer og -agenturer som medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten, således som det navnlig fremgår af chartrets artikel 51, stk. 1³³.

71. Når en medlemsstat inden for rammerne af henvisningen til national ret i artikel 2, stk. 2, i direktiv 80/987 definerer de kategorier af arbejdstagere, som dette direktiv kan finde anvendelse på, gennemfører den således EU-retten og skal overholde princippet om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling.

72. I henhold til fast retspraksis indebærer dette princip, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet³⁴.

73. Domstolen har fastslået, at de omstændigheder, som kendetegner forskellige situationer og dermed deres ensartede karakter, navnlig skal fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den EU-retsakt, der indfører en forskellig behandling. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område³⁵.

74. Ifølge Domstolen skal en sådan tilgang ligeledes tilsvarende foretages inden for rammerne af en undersøgelse, der skal vurdere, om de nationale foranstaltninger, der gennemfører EU-retten, er forenelige med ligebehandlingsprincippet³⁶.

75. Som jeg har fremhævet ovenfor, fremgår det af den forelæggende rets oplysninger, at tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold har egenskab af arbejdstagere i henhold til nederlandsk civilret og kan kræve udbetaling af løn på grundlag af deres arbejdsaftale. I tilfælde af arbejdsgiverens insolvens fastsætter artikel 3, stk. 3, i WW imidlertid en anden behandling af disse, for så vidt som den udelukker dem fra retten til garanti for deres løntilgodehavender.

33 — Jf. bl.a. dom IBV & Cie (C-195/12, EU:C:2013:598, præmis 48).

34 — Ibidem, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis.

35 — Ibidem, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis.

36 — Ibidem, præmis 53.

76. En sådan forskellig behandling er ikke objektivt begrundet.

77. UWV og den nederlandske regering har fremført to rækker betragtninger til støtte herfor.

78. For det første vil det, hvis man medgav, at direktiv 80/987 omfatter tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold, medføre, at de direktiver, som på visse betingelser anerkender ligebehandling for tredjelandstatsborgere med det forbehold, at de har lovligt ophold³⁷, ville miste deres betydning.

79. Jeg finder ikke denne indvending overbevisende.

80. At anse det for at være i strid med princippet om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling, at arbejdstagere med ulovligt ophold, i lyset af målene med direktiv 80/987, ikke kan drage fordel af garantien for deres løntilgodehavender i tilfælde af deres arbejdsgivers insolvens, indebærer ikke, at disse statsborgere altid vil blive stillet i den samme situation som unionsborgere eller tredjelandstatsborgere med lovligt ophold, og at de aldrig kan behandles forskelligt. Den løsning, jeg anbefaler, er begrænset til området vedrørende garanti for løntilgodehavender ved arbejdsgiverens insolvens og er knyttet til arbejdstagerens egenskab af udlænding, hvad enten den pågældende opholder sig lovligt eller ej, og drager ikke generelt betingelsen om lovligt ophold i tvivl.

81. For det andet har UWV og den nederlandske regering anført, at anerkendelsen af, at tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold har ret til insolvensgaranti, er i strid med politikken om bekæmpelse af ulovlig indvandring. I denne henseende har de bemærket, at der til grund for den nederlandske lovgivning ligger en sammenkobling af retten til sociale sikringsydelser med lovligheden af deres ophold i Nederlandene. Selv om en arbejdsgiver, som ikke opfylder sine kontrolforpligtelser og ansætter en ulovlig indvandrer, ikke kan unddrage sig at betale for udført arbejde, medfører dette for så vidt ikke en ret til social beskyttelse, såfremt den pågældende arbejdsgiver erklæres fallit.

82. Denne indvending gendrives også ved en nærmere undersøgelse.

83. For det første bemærkes, at selv om direktiv 80/987 giver medlemsstaterne mulighed for at træffe de nødvendige foranstaltninger for at undgå misbrug, er denne mulighed strengt afgrænset og kan ikke danne grundlag for en generel undtagelse til princippet om garantien for løntilgodehavender. Domstolen har således dels præciseret, at de i direktivets artikel 10, litra a), omhandlede former for misbrug består i misbrug, som påfører garantiinstitutionerne tab derved, at der fiktivt skabes et lønkrav, som bevirker, at disse institutioners betalingsforpligtelse uretmæssigt udløses, dels, at de foranstaltninger, som medlemsstaterne i henhold til artikel 10, litra a), i direktiv 80/987 har ret til at træffe, således er dem, der er nødvendige med henblik på at undgå en sådan adfærd³⁸.

84. For det andet er den indsigelse, som UWV og den nederlandske regering har gjort gældende, efter min opfattelse ikke i overensstemmelse med EU-retten's mål på området for bekæmpelse af illegal indvandring. Det må nemlig fastslås, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/52/EF af 18. juni 2009 om minimumsstandards for sanktioner og foranstaltninger over for arbejdsgivere, der

37 — Jf. Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT L 180, s. 22), Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16) og Rådets direktiv 2003/109/EF af 25.11.2003 om tredjelandstatsborgeres status om fastboende udlænding (EUT 2004 L 16, s. 44).

38 — Jf. dom Walcher (C-201/01, EU:C:2003:450, præmis 39 og 40).

beskæftiger tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold³⁹, udtrykkeligt giver medlemsstaterne mulighed for at undlade at anvende forbuddet mod beskæftigelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold på disse tredjelandsstatsborgere, hvis udsendelse er blevet udsat, og som har tilladelse til at arbejde i henhold til national ret⁴⁰.

85. Dette direktiv foreskriver i øvrigt, at medlemsstaterne i forbindelse med overtrædelse af forbuddet mod beskæftigelse skal sikre, at arbejdsgiveren er ansvarlig for betaling af udestående løn, herunder omkostningerne ved at sende efterbetalinger til arbejdstagerens oprindelsesland, samt bidrag til sociale sikringsordninger⁴¹.

86. Medlemsstaterne har således nedenstående muligheder.

87. Enten giver de mulighed for, at tredjelandsstatsborgere lovligt kan tage arbejde, selv om de ikke har lovligt ophold. I dette tilfælde kan det ikke begrundes, at de afviser at indrømme disse udlændinge de garantier, som følger af anerkendelsen af deres egenskab af arbejdstager, bl.a. garantien i henhold til direktiv 80/987 i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens.

88. Alternativt anvender de forbuddet mod beskæftigelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold. I dette tilfælde er arbejdsgiveren også forpligtet til at betale løntilgodehavender. Løntilgodehavender er i sagens natur af stor betydning for de pågældende og er desuden kendetegnet ved, at de udgør en modydelse for udført arbejde, som arbejdsgiveren har haft fordel af.

89. Tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, der har arbejdet og betalt sociale bidrag, befinder sig efter min opfattelse i en situation svarende til andre arbejdstageres, og på trods af de indskrænkende vendinger i 14. betragtning til direktiv 2009/52⁴² mener jeg derfor ikke, at en forskellig behandling med hensyn til den garanti, som træder i kraft ved arbejdsgiverens insolvens, kan begrundes.

90. Den eneste undtagelse, der kan begrunde en anden løsning og fratage tredjelandsstatsborgeren retten til garanti, er såfremt denne har udvist svigagtig adfærd, f.eks. ved at forelægge arbejdsgiveren en falsk opholdstilladelse.

91. Dette er ikke tilfældet med O. Tümer. Selv om O. Tümer havde ulovligt ophold på nederlandsk område, har han arbejdet dér og er blevet anmeldt af sin arbejdsgiver, som har betalt bidrag til ham på grundlag af WW i 2007. Efter ved i flere tilfælde at have anmodet om udstedelse af en opholdstilladelse var O. Tümer desuden fuldt ud kendt af de nederlandske myndigheder, selv om han – for at bruge det udtryk, den nederlandske regering brugte i retsmødet⁴³ – af og til »dukkede under radaren« for disse myndigheder.

92. Under disse omstændigheder havde O. Tümer ret til insolvensydelse. En nægtelse heraf ville i sidste ende svare til at straffe ham – ved at unddrage ham et tilgodehavende, der tjener til hans underhold, og som blot er modydelse for det arbejde, han har udført – på grund af fejl, der er blevet begået af såvel arbejdsgiveren som administrationen, som i flere år har tolereret en situation, der ikke var lovkonform.

39 — EUT L 168, s. 24. Selv om direktiv 2009/52 ikke er tidsmæssigt gældende på grund af tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, giver det dog mulighed for at forstå de mål og den tankegang, der ligger til grund for Unionens politik for bekæmpelse af ulovlig indvandring.

40 — Artikel 3, stk. 3, i dette direktiv.

41 — Artikel 6, stk. 1, i samme direktiv.

42 — Ifølge sidste punktum i denne betragtning bør medlemsstaterne ikke være forpligtet til at indtræde i arbejdsgiverens forpligtelser i tilfælde, hvor en arbejdsgiver ikke foretager efterbetaling.

43 — Denne regering har nærmere bestemt forklaret, at O. Tümers arbejdsgiver ikke havde anmodet om udstedelse af en arbejdstilladelse til ham i den periode, hvor der blev taget stilling til hans ansøgning om opholdstilladelse, selv om en sådan arbejdstilladelse ville have givet ham ret til at arbejde lovligt i denne periode.

93. Jeg må derfor konkludere, at direktiv 80/987 og princippet om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling er til hinder for den pågældende lovgivning.

IV – Forslag til afgørelse

94. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare det af Centrale Raad van Beroep forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/74/EF af 23. september 2002, samt det almindelige ligebehandlingsprincip og princip om forbud mod forskelsbehandling, sammenholdt med formålene med nævnte direktiv, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der gør en tredjelandsskatsborgers ret til at modtage insolvensydelse betinget af, at denne har lovligt ophold, samtidig med at den civilretligt anerkender den pågældendes egenskab af arbejdstager.«