gere har indtaget det modsatte standpunkt: Med fast overbevisning eller med forsigtighed gør de alle gældende, at det afgørende ikke er, at der ikke er nogen ansatte, men om disses arbejdsforhold fortsætter eller er mere usikkert, og at lukningen af virksomheden uden for sæsonen ikke automatisk indebærer, at de arbejdsforhold, der er indgået, mens den var åben, ophører.

Personlig mener jeg, at den klare bestemmelse i artikel 3, stk. 1, kun kræver, at der tages hensyn til én omstændighed: om der *juridisk* bestod et arbejdsforhold på det tidspunkt, da virksomheden blev overdraget (se for en gennemgang af de forskellige sproglige versioner af bestemmelsen Wendelboedommen, jfr. ovenfor, præmisserne 13 og 14). Direktivet vedrører med andre ord de arbejdstagere, som på overførselsdagen befinder sig i et *underordnelsesforhold* til overdrageren. Hvis de gør det, overgår de forpligtelser, overdrageren har over for dem, til erhververen og kan gøres gældende over for denne; hvis de ikke gør det, er erhververen fritaget for enhver forpligtelse. Den omstændighed, at virksomheden var lukket og derfor ikke havde nogen ansatte — dvs. som var fysisk til stede — kan så udgøre et forhold, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om der er tale om en levedygtig »økonomisk enhed« eller ej; medmindre det sidste viser sig at være tilfældet, vil den ikke have nogen vægt med henblik på at fastslå, om direktivet finder anvendelse.

Der kan efter min opfattelse i princippet heller ikke tillægges den omstændighed, at virksomheden er sæsondrevet, større vægt. I erhvervslivet findes der faktisk virksomheder, som garanterer deres personale fortsat ansættelse, selv om de kun beskæftiger dem i den periode, hvor virksomhederne er i aktivitet, og virksomheder, som dækker deres behov for arbejdskraft ved at ansætte arbejdstagere i et bestemt tidsrum. Det er klart, at beskyttelsen i henhold til fællesskabsreglerne ikke omfatter de sidstnævnte, og det gælder — vil jeg mene — også hvis de har en erfaringsmæssig forventning om at blive genansat ved begyndelsen af hver sæson. I den konkrete sag er det den nationale rets opgave at kaste lys over denne og de andre tvivlsomme omstændigheder, jeg har nævnt. Det tilkommer retten faktisk og retligt at efterprøve, om et arbejdsforhold, som består år efter år og altid kun om sommeren eller om vinteren, skal anses for juridisk at bestå i den periode, hvor virksomheden er lukket; retten skal også fastslå, om indgåelsen af flere tidsbegrænsede arbejdsforhold med korte intervaller udgør en omgåelse af loven og endvidere, om lukningen af virksomheden på den ene side er sæsonbestemt eller exceptionel eller på den anden side er en naturlig følge af eller et symptom på en uafvendelig krise.

5. Herefter synes svaret på det sidste spørgsmål at være givet. Som vi har set, er direktivets anvendelsesområde angivet i artikel 1, stk. 1, sammenholdt med artikel 3, stk. 1. Artikel 3, stk. 2, som bestemmer, at »Efter overførsel... skal erhververen opretholde samme løn- og arbejdsvilkår, som gjaldt for overdrageren ifølge en kollektiv overenskomst, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber...«, udvider altså ikke direktivets anvendelsesområde, men nøjes med at slå fast, at for så vidt angår de rettigheder, arbejdstagerne har opnået i henhold til fagforeningernes forhandlinger, bevares de *kun*, når der er tale om arbejdsforhold, som *bestod* på tidspunktet for overførslen.

Heraf følger, at den arbejdstager, der er ansat efter overførslen, ikke kan gøre krav på

de fordele, der følger af kollektive overenskomster, som gjaldt for overdrageren, men som ikke kan være bindende for erhververen. Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at den nationale lovgiver kan sikre arbejdstagere, som ikke var ansat hos overdrageren, gunstigere vilkår (artikel 7).

6. Herefter skal jeg foreslå, at de spørgsmål, som er forelagt Domstolen af Arbejdsretten i København ved beslutning af 12. november 1986 i den dér verserende sag mellem Landsorganisationen i Danmark og Ny Mølle Kro ved ejeren Ella Marie Hannibalsen, besvares således:

»1) Ordene 'overførsel... til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion' i artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 skal fortolkes således, at de omfatter den situation, hvor ejeren af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen ophæver denne og derefter selv overtager driften af virksomheden;

2) og 3) Direktiv 77/187 finder ikke anvendelse på virksomheder, i hvilke der ikke er ansat arbejdstagere på overførselstidspunktet; dette gælder, uanset om de er lukket på dette tidspunkt, og uanset om lukningen er sæsonbestemt eller skyldes andre årsager;

4) Artikel 3, stk. 2, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at erhververen kun er forpligtet til at opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som er fastsat i en kollektiv overenskomst, der gjaldt for overdrageren, for så vidt angår arbejdstagere, som var ansat hos overdrageren på overførselstidspunktet.«

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)
17. december 1987 *

I sag 287/86,

angående en anmodning, som Arbejdsretten, København, i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark

mod

Ny Mølle Kro, ved Ella Marie Hannibalsen,

biintervenient: **Dansk Arbejdsgiverforening,**

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af visse bestemmelser i Rådets direktiv 77/187 af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26),

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden J. C. Moitinho de Almeida, dommerne U. Everling og Y. Galmot,

generaladvokat: G. F. Mancini
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

efter at der er afgivet indlæg af:

— Landsorganisationen i Danmark ved Knud Christensen, Finn Thorgrimson og Rønnow Bruun,

* Processprog: Dansk.

— Dansk Arbejdsgiverforening ved H. C. Springborg, J. U. Brink og H. Werner,

— den britiske regering ved H. R. L. Purse og

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Johannes Føns Buhl og Enrico Traversa,

på grundlag af retsmøderapporten og efter mundtlig forhandling den 2. juli 1987,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. oktober 1987,

afsagt følgende

Dom

1 Ved beslutning af 12. november 1986, indgået til Domstolen den 21. november s.å., har Arbejdsretten, København, i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 1, stk. 1, og artikel 3, stk. 2, i Rådets direktiv 77/187 af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26).

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag anlagt af Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mod Ella Marie Hannibalsen.

3 Sidstnævnte havde i 1980 bortforpagtet Ny Mølle Kro til Inger Larsen, som den 1. oktober 1980 indgik tiltrædelsesoverenskomst med Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke. I medfør af denne overenskomst var Inger Larsen forpligtet til at følge de af Samvirket indgåede kollektive overenskomster.

4 I januar 1981 ophævede Ella Marie Hannibalsen forpagtningskontrakten og overtog kroen som ejer, idet Inger Larsen havde misligholdt forpagtningskontrakten. Kroen var imidlertid lukket indtil slutningen af marts 1981, hvorefter Ella Marie Hannibalsen selv drev den videre. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at kroen normalt kun drives som restaurant i sommerperioden, mens den uden for denne periode lejes ud til sluttede selskaber.

5 Hovedsagen drejer sig i det væsentlige om Ella Marie Hannibalsens forpligtelse til at efterbetale løn til en af kroens ansatte, Ketty Hansen, som arbejdede i kroen som servitrice fra den 12. maj til den 19. august 1983, det vil sige efter at Ella Maria Hannibalsen havde overtaget den. Klagerne i hovedsagen har gjort gældende, at den løn, som var blevet udbetalt til Ketty Hansen, var lavere end den løn, hun havde krav på i henhold til den kollektive overenskomst, som Inger Larsen havde tiltrådt, og som — fordi virksomheden var blevet overført — var bindende for Ella Marie Hannibalsen som erhverver, idet hun var indtrådt i overdragerens forpligtelser i henhold til overenskomsten.

6 Da det efter Arbejdsrettens opfattelse afhænger af fortolkningen af visse bestemmelser i ovennævnte direktiv 77/187, hvorledes sagen skal afgøres, har den udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Omfatter ordene 'overførsel... til anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion' i artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, den situation, hvor en ejer af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen ophæver denne og derefter selv overtager driften af virksomheden?

2) Finder direktivet anvendelse, hvis den overførte virksomhed på overførselstidspunktet midlertidigt var lukket, således at der ikke på det pågældende tidspunkt var ansat arbejdstagere på virksomheden?

3) Gør det nogen forskel i besvarelsen af spørgsmål 2, at der er tale om en virksomhed, der regelmæssigt er lukket en del af året, f. eks. et hotel, en pension eller en restaurant, som kun er åben i sommerperioden?

4) Skal direktivets artikel 3, stk. 2, forstås således, at de løn- og arbejdsvilkår, som i henhold til en kollektiv overenskomst var gældende for overdrageren,

skal opretholdes af erhververen, uanset at der ikke på overførselstidspunktet var ansat arbejdstagere i virksomheden?«

7 For en nærmere redegørelse for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, de omhandlede fællesskabsbestemmelser samt retsforhandlingernes forløb og de indlæg, der er indgivet til Domstolen, henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende, såfremt det på de enkelte punkter er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

Det første spørgsmål

8 Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret i det væsentlige oplyst, om artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187 af 14. februar 1977 skal fortolkes således, at direktivet finder anvendelse på ejerens overtagelse af driften af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen.

9 Biintervenienten i hovedsagen, Dansk Arbejdsgiverforening, har foreslået, at dette spørgsmål besvares benægtende, og har som begrundelse herfor anført, at forpagteren ikke kan sidestilles med en ejer i forhold til de ansatte i virksomheden, og at ejerens tilbagetagelse af virksomheden på grund af misligholdelsen af forpagtningsaftalen under alle omstændigheder antager tvangsmæssig karakter, således at der ikke foreligger en frivillig disposition.

10 Derimod har Landsorganisationen i Danmark, den britiske regering og Kommissionen foreslået, at spørgsmålet besvares bekræftende. Som begrundelse har de anført, at forpagteren i direktivets forstand er indehaver af virksomheden, så længe forpagtningsforholdet består, og at ejerens overtagelse af driften af virksomheden som følge af misligholdelse af forpagtningsaftalen sker i medfør af en aftale indgået mellem ejeren og forpagteren.

11 Det bemærkes herved, at direktiv 77/187 i henhold til betragtningerne har til formål at »fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder«. Med henblik herpå bestemmer direktivet blandt andet, at overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold overgår til erhververen (artikel 3, stk. 1), at erhververen skal opretholde samme løn- og arbejdsvilkår, som

gjaldt for overdrageren ifølge en kollektiv overenskomst (artikel 3, stk. 2), samt at overførsel af en virksomhed ikke i sig selv giver overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser (artikel 4, stk. 1). Artikel 1, stk. 1, som ønskes fortolket i denne sag, indeholder en definition af direktivets anvendelsesområde, idet bestemmelsen angiver, at det »finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion«.

12 Det fremgår af samtlig disse betragtninger og bestemmelser, at direktivet har til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes i videst muligt omfang, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne følge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren. Direktivet må således finde anvendelse, når der som følge af overdragelse eller fusion sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden, og det har ingen betydning, om der er sket en overførsel af ejendomsretten til virksomheden. De ansatte i en virksomhed, som skifter indehaver i direktivets forstand, uden at der er sket en overførsel af ejendomsretten, befinder sig nemlig i en situation, som kan sammenlignes med situationen for de ansatte i en virksomhed, der er blevet afhændet, og de har derfor behov for en tilsvarende beskyttelse.

13 Heraf følger, at for så vidt forpagteren i medfør af forpagtningsaftalen får status som indehaver af virksomheden i den ovenfor angivne forstand, må overførselen betragtes som en overførsel af en virksomhed til en anden indehaver som følge af overdragelse, jfr. direktivets artikel 1, stk. 1.

14 Lignende betragtninger gør sig gældende i det tilfælde, hvor ejeren overtager driften af den bortforpagtede virksomhed på grund af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen. En sådan overtagelse sker også på grundlag af forpagtningsaftalen. Følgelig må den ligeledes betragtes som en overførsel af en virksomhed til en anden indehaver som følge af overdragelse, jfr. direktivets artikel 1, stk. 1, for så vidt som den bevirker, at forpagteren mister sin nævnte status som indehaver af virksomheden, og denne status på ny overgår til ejeren.

15 Det første spørgsmål må derfor besvares med, at artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187 af 14. februar 1977 skal fortolkes således, at direktivet finder anvendelse på ejerens overtagelse af driften af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen.

Det andet og det tredje spørgsmål

16 Med det andet og det tredje spørgsmål ønsker den nationale ret i det væsentlige oplyst, om artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at bestemmelsen omhandler det tilfælde, hvor den overførte virksomhed midlertidigt var lukket på overførselstidspunktet og derfor ikke havde nogen ansatte. Spørgsmålet er navnlig stillet med henblik på det tilfælde, at den omhandlede virksomhed sædvanligvis er lukket en del af året, og at overførselen sker i den periode, hvor dens aktiviteter er afbrudt.

17 Landsorganisationen i Danmark har gjort gældende, at virksomhedens midlertidige lukning på overførselstidspunktet ikke udelukker, at direktivet kan finde anvendelse, når der er tale om en sæsondrevet virksomhed, og den netop er lukket i den periode, hvor dens aktiviteter normalt er afbrudt. Dette synspunkt bestrides af Dansk Arbejdsgiverforening, som afviser, at direktivet kan finde anvendelse i det tilfælde, hvor virksomheden midlertidigt er lukket, og der ikke er nogen ansatte på overførselstidspunktet. Den britiske regering og Kommissionen indtager et mellemstandpunkt, nemlig at direktivet finder anvendelse, når den overførte virksomhed bevarer sin identitet, uden at det herved har betydning, om der i en vis begrænset periode ikke er ansat personale.

18 Den britiske regerings og Kommissionens synspunkt må tiltrædes. Som Domstolen har fastslået i dommen af 18. marts 1986 (Spijkers, sag 24/85, Sml. s. 1119), sigter artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 på den situation, hvor virksomheden bevarer sin identitet i den forstand, at det er en fortsat bestående økonomisk enhed, som overføres, hvilket navnlig er tilfældet, såfremt den nye indehaver rent faktisk forsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.

19 Ved afgørelsen af, om disse betingelser er opfyldt, må der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførselen. Den omstændighed, at virksomheden midlertidigt var lukket på overførselstidspunktet og derfor ikke havde nogen ansatte, er ganske vist et forhold, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om det er en fortsat bestående økonomisk enhed, som overføres, men den midlertidige lukning og den heraf følgende omstændighed, at der ikke var ansat noget personale på overførselstidspunktet, kan ikke i sig selv udelukke, at der foreligger en overførsel af en virksomhed i direktivets artikel 1, stk. 1's forstand.

20 Denne konklusion gælder navnlig, når der er tale om en sæsondrevet virksomhed, og specielt, når overførselen — som i den foreliggende sag — sker i den periode, hvor virksomhedens aktiviteter er afbrudt. Som regel bevirker en sådan lukning nemlig ikke, at virksomheden ophører med at eksistere som økonomisk enhed.

21 Det tilkommer den nationale ret på baggrund af de ovenfor angivne fortolkningselementer at foretage den vurdering af de faktiske omstændigheder, som er nødvendig for at fastslå, om der foreligger en overførsel i den angivne forstand.

22 Det andet og det tredje spørgsmål må derfor besvares med, at artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at bestemmelsen sigter på den situation, hvor en stadig bestående økonomisk enhed overføres. Ved vurderingen af, om dette er tilfældet, må der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførselen, herunder i givet fald en midlertidige lukning af virksomheden og den omstændighed, at der ikke er ansat noget personale på overførselstidspunktet. Disse forhold kan dog ikke i sig selv udelukke direktivets anvendelse, navnlig ikke, når der er tale om en sæsondrevet virksomhed.

Det fjerde spørgsmål

23 Med det fjerde spørgsmål ønsker den nationale ret i det væsentlige oplyst, om artikel 3, stk. 2, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at erhververen ifølge bestemmelsen er forpligtet til at opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som er gældende ifølge en kollektiv overenskomst, i forhold til arbejdstagere, som ikke var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet.