Sag 287/86

Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark
mod
Ny Mølle Kro

(Anmodning om præjudiciel afgørelse,
indgivet af Arbejdsretten, København)

»Varetagelse af arbejdstagernes rettigheder
i forbindelse med overførsel af virksomheder«

Retsmøderapport 5466

Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Federico Mancini, fremsat den 28. oktober 1987 5474

Domstolens dom (Tredje Afdeling) af 17. december 1987 5479

Sammendrag af dom

1. *Socialpolitik — tilnærmelse af lovgivninger — overførsel af virksomheder — varetagelse af arbejdstagernes rettigheder — direktiv 77/187 — anvendelsesområde — forpagtning — ejerens overtagelse af driften som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen — omfattet*
(Rådets direktiv 77/187, art. 1, stk. 1)

2. *Socialpolitik — tilnærmelse af lovgivninger — overførsel af virksomheder — varetagelse af arbejdstagernes rettigheder — direktiv 77/187 — overførsel — begreb*
(Rådets direktiv 77/187, art. 1, stk. 1)

3. *Socialpolitik — tilnærmelse af lovgivninger — overførsel af virksomheder — varetagelse af arbejdstagernes rettigheder — direktiv 77/187 — erhververens forpligtelse til at opretholde løn- og arbejdsvilkår ifølge en kollektiv overenskomst — gælder ikke i forhold til arbejdstagere som ikke var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet*
(Rådets direktiv 77/187, art. 3, stk. 2)

1. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder finder anvendelse på ejerens overtagelse af driften af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen.

2. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 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 midlertidig 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.

3. Erhververen er ikke ifølge artikel 3, stk. 2, i direktiv 77/187 forpligtet til at opretholde løn- og arbejdsvilkår, som er gældende ifølge en kollektiv overenskomst, i forhold til arbejdstagere, som ikke var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet.

RETSMØDERAPPORT
i sag 287/86 *

I — Faktiske omstændigheder og skriftveksling

1. Formålet med 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) er »beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder« (anden betragtning).

I henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, finder det anvendelse på »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion«.

Artikel 3, stk. 1, bestemmer, at »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen i henhold til artikel 1, stk. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.«

Artikel 3, stk. 2, sikrer, at de samme arbejdsvilkår opretholdes. Artiklen har følgende ordlyd: »Efter overførsel i henhold til artikel 1, stk. 1, skal erhververen opretholde samme løn- og arbejdsvilkår, som gjaldt for overdrageren ifølge en kollektiv overenskomst, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning.«

* Processprog: Dansk.

2. Bestemmelserne i direktiv 77/187 er gennemført i Danmark ved lov nr. 111 af 21. marts 1979 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. § 2, stk. 1, i denne lov bestemmer følgende:

»Overdrages en virksomhed eller en del heraf, indtræder erhververen umiddelbart i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til:

1) kollektiv overenskomst og aftale,

2) bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og

3) individuel aftale om løn- og arbejdsforhold.«

3. I 1980 bortforpagtede Ella Marie Hannibalsen Ny Mølle Kro til Inger Larsen, som den 1. oktober 1980 indgik tiltrædelsesoverenskomst med Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke. Ifølge denne overenskomst skulle Ny Mølle Kro følge den til enhver tid gældende overenskomst mellem Samvirket og Arbejdsgiverforeningen af Hoteller og Restauranter; det af overenskomsten omfattede personale skulle være medlemmer af Samvirket.

I januar 1981 ophævede Ella Marie Hannibalsen forpagtningskontrakten og overtog kroen som ejer med den begrundelse, at Inger Larsen ikke havde overholdt forpagtningskontrakten. I forbindelse hermed var kroen lukket indtil slutningen af marts 1981. Siden drev Ella Marie Hannibalsen selv kroen med undtagelse af perioden 1. maj til 31. august 1982, hvor den var bortforpagtet til tredjemand. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Ny Mølle Kro kun drives som restaurant i sommersæsonen, mens den uden for denne periode drives som selskabsforretning, idet lokalerne lejes ud til sluttede selskaber.

I maj 1983 blev Ketty Hansen ansat som servitrice i kroen indtil udgangen af august 1983; ansættelsesaftalen skulle videreforhandles for tiden efter den 1. september 1983. Ketty Hansens løn blev fastsat til 195 DKR om dagen med tillæg af 12,5% af omsætningen. Ketty Hansen arbejdede herefter på kroen fra den 12. maj 1983 til den 19. august 1983, hvor hun udeblev fra arbejde uden forinden at have opsagt ansættelsesaftalen.

Efter hendes fratræden gjorde vedkommende faglige organisation over for Ella Marie Hannibalsen gældende, at den løn, der var udbetalt til Ketty Hansen, lå under det beløb, der skulle udbetales i henhold til den kollektive overenskomst, som Inger Larsen havde tiltrådt den 1. oktober 1980. Da Ella Marie Hannibalsen bestred, at hun var forpligtet af overenskomsten, blev sagen indbragt for Arbejdsretten.

4. Under sagens behandling for Arbejdsretten har klagerne i hovedsagen, Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark, nedlagt påstand om, at Ella Marie Hannibalsen tilpligtes at efterleve den gældende overenskomst, og at hun desuden tilpligtes at betale en bod til Tjenerforbundet i Danmark. Til støtte for deres påstand har klagerne gjort gældende, at der forelå en virksomhedsoverdragelse i den i lov nr. 111 af 21. marts 1979 forudsatte betydning, og at Ella Marie Hannibalsen følgelig som

erhverver var indtrådt i de forpligtelser, der fulgte af den tiltrædelsesoverenskomst, som var indgået mellem overdrageren og den pågældende fagforening.

Indklagede i hovedsagen, Ella Marie Hannibalsen, har gjort gældende, at der ikke foreligger nogen virksomhedsoverdragelse efter lov nr. 111, når ejeren selv tager virksomheden tilbage som følge af misligholdelse af en forpagtningsaftale. Hun har desuden anført, at det er en forudsætning for anvendelse af loven, at der er tale om overdragelse af en igangværende virksomhed, hvilket ikke var tilfældet i denne sag.

Arbejdsretten udtalte, at fortolkningen af lov nr. 111 af 21. marts 1979 måtte ske på baggrund af Rådets direktiv 77/187; under hensyn til parternes argumenter fandt den endvidere, at sagen rejste spørgsmål om fortolkningen af dette direktiv. Den udsatte derfor sagen og forelagde Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i medfør af EØF-Traktatens artikel 177.

»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 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?«

5. Forelæggelsesbeslutningen er registreret på Domstolens justitskontor den 21. november 1986.

I medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende Statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af Landsorganisationen i Danmark ved Knud Christensen og Finn Thorgrimson, af Dansk Arbejdsgiverforening ved H. C. Springborg, af den britiske regering ved H. R. L. Purse, Treasury Solicitor's Department, samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Johannes Føns Buhl og Enrico Traversa, Den Juridiske Tjeneste.

Domstolen har på grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten ved afgørelse af 20. maj 1987 besluttet at henvise sagen til Tredje Afdeling og at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Skriftlige indlæg

1. *Det første spørgsmål*

Landsorganisationen i Danmark, den britiske regering og Kommissionen har foreslået, at det første spørgsmål besvares bekræftende. Derimod mener Dansk Arbejdsgiverforening, at spørgsmålet må besvares benægtende.

a) *Landsorganisationen i Danmark* har anført, at den forpagter, som har underskrevet en kollektiv overenskomst som arbejdsgiver, må sidestilles med en ejer i forhold de ansatte i virksomheden. For så vidt som ejerens overtagelse af driften af virksomheden efter forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen — som her — ikke sker under medvirken af vedkommende kompetente offentlige myndighed (fogedretten), men som følge af aftale mellem overdrageren og erhververen, er der tale om en overdragelse i henhold til aftale og ikke en overførsel på grund af retsforfølgelse.

b) *Dansk Arbejdsgiverforening* har anført, at et forpagtningsforhold er udtryk for en overladelse af ejendom til brug mod et periodisk vederlag i reglen for en længere periode. Heraf følger, at bortforpagteren er ejer, mens forpagteren er lejer. Selv om forpagteren antager personale, kan det ikke tiltrædes, at han må sidestilles med en ejer i forhold til de ansatte i virksomheden.

Endvidere omfatter lovens overdragelsesbegreb udelukkende frivillige dispositioner og således ikke en situation som den foreliggende, hvor bortforpagterens tilbagetagelse af virksomheden på grund af forpagterens misligholdelse ganske vist sker med hjemmel i parternes aftale, men alligevel antager tvangsmæssig karakter, idet alternativet ville være en tvangsmæssig foranstaltning ved fogedrettens mellemkomst.

Der er således under alle omstændigheder tale om en tvangshandling, som ikke ville have fundet sted, hvis begge parter havde opfyldt deres forpligtelser ifølge aftalen.

c) Efter *den britiske regerings* opfattelse er essensen af det første spørgsmål, om der foreligger en overdragelse i tilfælde, hvor et forpagtningsforhold ophæves. Svaret fremgår af dommen af 7. februar 1985 (Abels, sag 135/83, Sml. s. 469), hvori Domstolen statuerede, at en overførsel ikke falder ind under direktiv 77/187's anvendelsesområde, hvis den sker inden for rammerne af en konkursbehandling under den kompetente retlige myndigheds kontrol, men at en overførsel foretaget inden for rammerne af en »surséance van betaling« (en af retten meddelt betalingshenstand), hvor den retslige kontrol er af mere begrænset omfang, falder ind under direktivets anvendelsesområde.

I den foreliggende sag har bortforpagteren ikke taget virksomheden tilbage efter en retsforfølgning, idet forpagteren har givet sit samtykke til tilbagetagelsen. I et sådant tilfælde kan direktivet finde anvendelse.

d) *Kommissionen* har anført, at direktiv 77/187 alene vedrører overførsel ved aftale. Kerneområdet for overdragelsesbegrebet vil derfor for langt de fleste kategorier af virksomheder være overdragelse ved køb, hvor der sker et egentligt ejerskifte. Direktivet anvender imidlertid terminologien overførsel til »anden indehaver«. Altså ikke nødvendigvis til en anden ejer. Det er derfor helt klart, at direktivet finder anvendelse i den situation, hvor en forpagter overtager en virk-

somhed i drift, og der opstår spørgsmål om overtagelse af eksisterende arbejdsaftaler.

Det afgørende kriterium for direktivets anvendelse må være, om erhververen overtager en allerede bestående virksomhed og videreefører dennes økonomiske aktiviteter eller i hvert fald aktiviteter af samme karakter (Domstolens dom af 18. marts 1986, Spijkers, sag 24/85, Sml. s. 1119).

Overdragelser, som sker inden for rammerne af en konkursbehandling, er karakteriseret ved, at overdragelsen sker under den kompetente retlige myndigheds kontrol og har til formål at realisere overdragerens aktiver. I den situation, som behandles i nærværende sag, hvor en ejer af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen ophæver denne og selv overtager driften af virksomheden, overgår kontraktsparternes kompetence derimod ikke til en retlig myndighed, som handler med det formål at realisere overdragerens aktiver. Uanset tilbagetagelsen som følge af forpagtningskontraktens misligholdelse bevarer den pågældende økonomiske enhed sin identitet.

2. *Det andet spørgsmål*

Landsorganisationen i Danmark har besvaret det andet spørgsmål bekræftende. Derimod har Dansk Arbejdsgiverforening besvaret det benægtende. Den britiske regering og Kommissionen har foreslået et mere nuanceret svar.

a) *Landsorganisationen i Danmark* har anført, at dette spørgsmål i overensstemmelse med dommen i Spijkers-sagen må besvares bekræftende.

b) *Dansk Arbejdsgiverforening* har anført, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse, hvis virksomheden midlertidigt var lukket på overførselstidspunktet, således at der ikke på det pågældende tidspunkt var ansat arbejdstagere på virksomheden. Dommen i Spijkers-sagen kan ikke anføres til støtte for en modsat antagelse, da den vedrørte en situation, hvor den overvejende del af de hos overdrageren beskæftigede arbejdstagere fik ansættelse hos erhververen.

c) *Den britiske regering* har anført, at Domstolen i Spijkers-sagen har påpeget, at overførsel af en virksomhed eller en bedrift er mere end blot en overdragelse af aktiver; den forudsætter, at den overførte virksomhed bevarer sin identitet, og det tages herved blandt andet i betragtning, hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Hvis virksomheden er ophørt med at eksistere som virksomhed på tidspunktet for overførslen, vil der ikke være andet end aktiverne at overføre.

Den omstændighed, at der på tidspunktet for overførslen ikke er nogen ansatte, er vigtig. Direktivets artikel 3, stk. 3, giver arbejdstagere, der ikke længere er ansat i virksomheden, en vis beskyttelse, men direktivet går ud fra, at der på tidspunktet for overførslen vil være arbejdstagere i virksomheden, der kan drage fordel af dets bestemmelser. En virksomhed kan eksistere uden ansatte, men det må være usædvanligt, at den gør det i længere tid, og manglen på ansatte ville rejse stærk tvivl om, hvorvidt virksomheden stadig eksisterer.

d) Ifølge *Kommissionen* er det afgørende punkt for besvarelsen af det andet spørgsmål, om udtrykket »som bestod på tidspunktet for overførslen« i direktivets artikel 3, stk. 1, er knyttet til »overdragerens rettigheder og forpligtelser...« eller til »en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold«. En

sammenligning af de forskellige sproglige versioner af denne bestemmelse ud fra dens sammenhæng bevirker, at man må vælge den sidstnævnte fortolkning, hvilket i øvrigt er i overensstemmelse med dommen af 7. februar 1985 (Wendelboe, sag 19/83, Sml. s. 457).

Heraf følger, at direktivet ikke finder anvendelse i den situation, hvor virksomheden er ophørt med at være i drift på overførselstidspunktet under forudsætning af, at bestemmelserne i artikel 4 om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelser, der alene er begrundet i overførslen, er overholdt. Midlertidig lukning af en virksomhed i forbindelse med dens overførsel til ny indehaver kan altså ikke benyttes til at omgå direktivets ufravigelige bestemmelser.

Sammenfattende har Kommissionen foreslået, at spørgsmålet besvares således, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse, hvis den overførte virksomhed på overførselstidspunktet midlertidig var lukket, dog under den forudsætning, at den midlertidige lukning ikke er foretaget i strid med direktivets ufravigelige bestemmelser.

3. *Det tredje spørgsmål*

Landsorganisationen i Danmark har anført, at en afbrydelse af en sæsondrevet virksomheds aktiviteter, der indgår i virksomhedens normale drift, ikke udelukker, at direktivet kan finde anvendelse. Derimod mener Dansk Arbejdsgiverforening, at en sådan lukning bevirker, at direktivet ikke finder anvendelse, da der ikke består noget ansættelsesforhold ved virksomhedsoverdragelsen. Den britiske regering og Kommissionen har i det væsentlige anført, at en sæsonbetinget lukning af en virksomhed er et forhold, der må tages i betragtning ved afgørelsen af, om det er en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes.

a) *Landsorganisationen i Danmark* har understreget, at når der er tale om en sæsondrevet forretning, indgår en afbrydelse af virksomhedens aktiviteter i virksomhedens normale drift. Dette må betyde, at når overdragelsen finder sted i en periode, hvor virksomheden også normalt ville være lukket, vil en sådan lukning ikke være til hinder for direktivets anvendelse, når forholdet er det, at varigheden af lukningen er i overensstemmelse med den normale lukkeperiode.

b) *Dansk Arbejdsgiverforening* erkender, at en midlertidig lukning af virksomheden i visse situationer ikke udelukker anvendelse af direktivet, når virksomheden genåbner med det samme personale; denne fortolkning hænger sammen med ønsket om at undgå en omgåelse af direktivet.

Risiko for omgåelse foreligger imidlertid ikke i en situation, hvor virksomheden har sæsondrevet karakter, idet det her må lægges til grund, at virksomhedens lukning sker ud fra reelle overvejelser. En genåbning af virksomheden vil således ikke kunne medføre, at direktivet bringes i anvendelse. Lønmodtagere, som måtte blive antaget på ny af erhververen efter virksomhedens overdragelse og genåbning, har ingen rettigheder efter direktivet, idet deres ansættelsesforhold ikke bestod ved virksomhedsoverdragelsen.

c) *Den britiske regering* har anført, at regelmæssig lukning er et forhold, der må tages i betragtning ved afgørelsen af, om en virksomhed bevarer sin identitet. Den omstændighed, at en virksomhed med regelmæssige mellemrum har været lukket, men har åbnet igen, kan nemlig være tegn på en virksomhed, der videreføres, selv om dette på ingen måde er afgørende.