FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 8. oktober 1992 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. I denne sag er Domstolen atter blevet forelagt en række spørgsmål vedrørende anvendelsesområdet for 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 (herefter benævnt »direktivet«) [1].

Sø- og Handelsretten i København har forelagt disse spørgsmål i forbindelse med to sager, der verserer for denne ret, den første mellem Anne Watson Rask og hendes tidligere arbejdsgiver, ISS Kantineservice A/S (herefter benævnt »ISS«), og den anden mellem Anne Watson Rask sammen med Kirsten Christensen på den ene side og nævnte selskab på den anden side.

Sagens baggrund

2. Watson Rask og Christensen var ansat i en af Philips A/S's personalekantiner på det tidspunkt, da sidstnævnte overdrog driften af sine personalekantiner til ISS. Dette skete ved en kontrakt, som blev underskrevet den 2. december 1988 og trådte i kraft den 1. januar 1989. Ved denne aftale forpligtede Philips sig til at betale et fast månedligt vederlag til ISS, som skulle dække udgifter til lønninger, forsikringer, arbejdsbeklædning, arbejdsledelse samt administrationsomkostninger. Endvidere stillede Philips vederlagsfrit de nødvendige lokaler til rådighed for ISS og leverede vederlagsfrit driftsudstyr, el, varme, telefon, garderobefaciliteter og renovation og til engrospriser visse forbrugsvarer (engangsservice/emballage, servietter og lignende). ISS forpligtede sig bl.a. til at tilbyde de medarbejdere, der var ansat i Philips' personalekantiner ved aftalens ikrafttræden, ansættelse på uændrede løn- og opsigelsesvilkår. I denne forbindelse blev det aftalt, at arbejdstagernes fremtidige løn skulle sammensættes af en ISS-normalløn plus et overtagelsestillæg, således at Philips' tidligere medarbejdere, som tog ansættelse hos ISS, ikke fik lønnedgang.

3. De to hovedsager kan sammenfattes således. I den første sag kræver Watson Rask erstatning for uberettiget bortvisning samt godtgørelse. I slutningen af januar 1989 blev hendes løn udbetalt for sent. Efter at hun havde krævet at få sin løn på et tidligere tidspunkt, fik Watson Rask udbetalt sin løn på en check. I februar 1989 skete det samme, men denne gang nægtede ISS at udbetalte lønnen på den dag, hvor Philips havde udbetalt den. ISS anførte, at de havde ret til at flytte lønterminerne og navnlig herved at vælge den sidste hverdag i måneden i stedet

* Originalsprog: nederlandsk.
1 — EFT L 61, s. 26.

for den sidste torsdag i måneden. Watson Rask anførte heroverfor, at hun i medfør af den danske lov om virksomhedsoverdragelse [2] var ansat på samme vilkår som hos Philips. Da hun meddelte, at hun ikke længere ville arbejde for ISS, hvis hendes løn ikke blev udbetalt på det tidligere tidspunkt, blev hun uden varsel bortvist af arbejdslederen.

Den anden hovedsag vedrører sammensætningen af den løn, som ISS i henhold til førnævnte aftale skal betale. Efter overtagelsen fik Watson Rask og Christensen ikke længere udbetalt udlæg til vask af tøj, tilskud til fodtøj mv., som var en del af deres løn hos Philips. For den forelæggende ret har de anført, at der ved aftalen er tale om overdragelse af en del af en virksomhed, således at loven om virksomhedsoverdragelse og direktivet finder anvendelse, og at de ansatte, som går med over ved overdragelsen, ikke må få udbetalt mindre end de ville have modtaget efter de ansættelsesvilkår, som var gældende hos Philips.

4. Da den forelæggende ret var af den opfattelse, at en afgørelse fra Domstolen i henhold til EØF-traktatens artikel 177 er nødvendig, har den forelagt følgende spørgsmål:

»1) Finder Rådets direktiv 77/187/EØF anvendelse, når en virksomhed A påtager sig at drive kantinen i en anden virksomhed B, således:

— at virksomheden A mod et fast månedligt vederlag skal dække 'alle med den ordinære drift forbundne udgifter, såsom direkte eller indirekte lønninger, forsikringer, arbejdstøj, arbejdsledelse, inspektions-samt administrationsomkostninger'

— at virksomhed B vederlagsfrit stiller følgende til rådighed: godkendte salgs- og produktionslokaler, herunder aflåselige lagre, driftsudstyr, el, varme og telefon, garderobefaciliteter for kantinepersonalet samt foretager renovation

— at virksomhed B afholder omkostninger til engangsservice, emballage, servietter og rengøringsmidler

— at virksomhed A tilbyder virksomhed B's kantinepersonale ansættelse med samme løn og anciennitet som hidtil?

2) Gør det ved besvarelsen af spørgsmål 1) nogen forskel, at kantinedriften alene udgør en service for de ansatte medarbejdere i virksomhed B, og således ikke

2 — Lov nr. 111 af 21.3.1979 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Danmark gennemførte direktivet ved denne lov.

vedrører denne virksomheds almindelige produktion?

3) Er det i strid med direktivets artikel 3, stk. 2, at ændre tidspunktet for udbetaling af løn til medarbejderne og/eller i sammensætning af medarbejdernes løn, når det i øvrigt forudsættes, at den samlede lønsum er uændret?«

Anvendelsen af direktivet

5. Med det første og det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om direktivet finder anvendelse på en situation, hvor en virksomhed overdrager driften af sine personalekantiner til en anden virksomhed på den betingelse, at denne ansætter de dér beskæftigede medarbejdere, dog uden at der sker en overdragelse af aktiver. Det er altså endnu engang direktivets anvendelsesområde, der står til diskussion, således som dette defineres i dets artikel 1, stk. 1:

»Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.«

At der i denne sag er sket en overdragelse i henhold til en aftale i direktivets forstand, er klart, i hvert fald i lyset af den meget vide betydning, som Domstolen har tillagt dette begreb i sin retspraksis. Ifølge Domstolen er der tale om en sådan overdragelse

»i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden« [3].

At ejendomsretten til virksomheden ikke overdrages er herved, som Domstolen har fastslået i Ny Mølle Kro-dommen, uden betydning; de ansatte i en virksomhed, som skifter indehaver, 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 [4].

6. Det er snarere spørgsmålet, om der i denne sag kan være tale om en »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter« efter direktivets artikel 1, stk. 1. Også her gælder der en fast retspraksis, således som denne for nylig atter er blevet sammenfattet af Domstolen i Redmond Stichting-dommen. Domstolens afgørende kriterium herfor er, at virksomhedens (dvs. virksomheden, bedriften eller dele af bedriften) identitet bevares, hvilket navnlig kan fremgå af, at den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter [5]. For at fastslå, om denne betingelse er opfyldt, skal der ifølge Domstolens faste praksis

3 — Dom af 15.6.1988, sag 101/87, Bork, Sml. s. 3057, præmis 13, og af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, præmis 11.

4 — Dom af 17.12.1987, sag 287/86, Sml. s. 5465, præmis 12.

5 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 12, og Redmond Stichting-dommen, præmis 23.

»tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af de fysiske aktiver, som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Alle disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret« [6].

Hvis man anvender disse vurderingskriterier på den foreliggende sag, kan der efter min opfattelse være ringe eller ingen plads for tvivl om følgende: ISS forpligtede sig kontraktligt til at overtage de medarbejdere, som havde fast beskæftigelse i Philips' personalekantiner; før og efter overførslen den 1. januar 1989 var den pågældende personalekantines »kunder« de samme, nemlig Philips' personale; den udøvede virksomhed, kantinedrift, har før og efter været den samme (aftalen forbyder endog udtrykkeligt rationalisering af kantinedriften inden for de første seks måneder af kontraktens løbetid), og ISS har påtaget sig ansvaret herfor; ifølge processkrifterne er der ikke tale om nogen afbrydelse i kantinedriften (Philips betalte medarbejderne indtil den 31.12.1988; ISS gjorde det fra 1.1.1989).

Det af ISS anførte ændrer efter min opfattelse intet heri. At løsøret ikke blev overført af Philips, men stillet vederlagsfrit til rådighed, er en del af den samlede kontraktlige ordning, som blev udarbejdet mellem ISS og Philips i forbindelse med overførslen; dette er på ingen måde i sig selv til hinder for anvendelse af direktivet [7]. Jeg finder det heller ikke relevant, at den overførte del af bedriften, som alene udgør en service for Philips' ansatte, ikke er erhvervsdrivende: Domstolen har nemlig fastslået i Redmond Stichting-dommen, at direktivet principielt finder anvendelse på ikke-erhvervsdrivende virksomheder [8].

Endelig tilkommer det dog stadig den nationale ret i lyset af de af Domstolen givne fortolkningsmomenter at foretage den prøvelse af faktum, der er nødvendig for at fastslå, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand [9]. Den forelæggende ret er således selv bedst i stand til at tage stilling til betydningen af de faktiske omstændigheder, som den anfører i sin forelæggelseskendelse.

7. Tilbage står den forelæggende rets andet spørgsmål: Skal virksomhedskantiner i henhold til direktivet anses for en del af en virksomhed eller en virksomheds bedrift, selv om den ikke vedrører denne virksomheds egentlige produktion? Som Kommissionen med rette har anført, findes svaret på dette spørgsmål i det væsentlige allerede i Domstolens dom i Botzen-sagen: Det afgørende er ikke, om den aktivitet, som den pågældende del af virksomheden udøvede, var

6 — Redmond Stichting-dommen, præmis 24, og Spijkers-dommen, præmis 13; jf. også Bork-dommen, præmis 15.

7 — Domstolen lagde i øvrigt samme argumentation til grund i Redmond Stichting-dommen, præmis 29.

8 — Se også mit forslag til afgørelse i denne sag, navnlig afsnit 6-12.

9 — Spijkers-dommen, præmis 14, og Redmond Stichting-dommen, præmis 29.

»sædvanlig«, men tilknytningen mellem arbejdstageren og den overførte del [10]. Med andre ord, den nationale ret kan begrænse sig til at fastslå, at de pågældende arbejdstagere var ansatte, dvs. konkret udgjorde en del af den organisatoriske ramme i den overførte del af virksomheden eller af virksomhedens bedrift. I øvrigt bekræftede Domstolen i Redmond Stichting-dommen, at selv hvis en virksomheds aktiviteter, som har et selvstændigt formål — i dette tilfælde Philips' produktionsaktiviteter — ikke er inkluderet i overførslen, kan direktivets bestemmelser finde anvendelse: »[idet] disse ikke blot vedrører overførsler af virksomheder, men også overførsler af bedrifter eller dele af bedrifter, som aktiviteter af særlig art kan ligestilles med« [11].

Heller ikke på dette punkt kan der efter min opfattelse være nogen tvivl mulig: Den overførte kantinedrift kan uden problemer anses for en aktivitet af særlig art, som udgjorde en identificerbar organisatorisk enhed inden for Philips, inden for hvis rammer Watson Rask og Christensen var ansat som arbejdstagere.

Direktivet og arbejdsgiverens ændring af fremgangsmåden ved betaling

8. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktivet er til hinder for, at den nye indehaver af virksomheden ændrer fremgangsmåden ved udbetaling af løn, navnlig ved at fastsætte et andet tidspunkt for udbetalingen og ved at ændre lønnens sammensætning, men ikke den endelige samlede lønsum. Skønt spørgsmålet kun nævner direktivets artikel 3, stk. 2, forekommer det mig ønskeligt også at sætte det i forbindelse med denne bestemmelses stk. 1. Det fremgår nemlig ikke af processkrifterne, om de fordele, som sagsøgerne i hovedsagen nævner, er baseret på en kollektiv overenskomst eller på en ved lov eller administrativt fastsat bestemmelse. Jeg gengiver de relevante dele af direktivets artikel 3:

»1. 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.

...

2. 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 ...«

9. Før dette spørgsmål besvares, er det hensigtsmæssigt at erindre om formålet med

10 — Dom af 7.2.1985, sag 186/83, Sml. s. 519, præmis 15.
11 — Redmond Stichting-dommen, præmis 30.

disse bestemmelser i direktivet. Som Domstolen allerede gentagne gange har udtalt, har direktivet til formål

»så vidt muligt at sikre, at arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet fortsættes af erhververen uden ændringer, for at forhindre, at de arbejdstagere, der berøres af overførslen, stilles ringere alene på grund af overførslen« [12].

Artikel 3, stk. 1 og 2, skal forstås på denne baggrund: De skal sikre, at erhververen overtager overdragerens forpligtelser i henhold til lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, henholdsvis de arbejdsvilkår, som er gældende ifølge en kollektiv overenskomst, således som disse gjaldt på tidspunktet for overførslen [13].

Heroverfor står imidlertid, at direktivet kun indfører en delvis harmonisering af arbejdstageres sociale beskyttelse ved overførsel af virksomheder. Som Domstolen navnlig udtalte i dommene i Danmols- og Daddy's Dance Hall-sagerne, går direktivets bestemmelser i det væsentlige ud på,

»at den beskyttelse, som arbejdstagerne har i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, også skal gælde i tilfælde, hvor virksomheden overføres. Det tilsigter derimod ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele Fællesskabet på grundlag af fælles kriterier. Direktivet kan derfor kun påberåbes med henblik på at sikre, at arbejdstageren opnår samme beskyttelse i forhold til erhververen, som han havde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende medlemsstats retsregler« [14].

10. Det følger af det foregående, at Domstolen i sit svar på det tredje spørgsmål blot kan henvise til den forelæggende rets nationale ret: Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge den sociale beskyttelse, således som denne er udformet i de nationale regler, nemlig i lovgivning og administrative bestemmelser, men også i kollektive overenskomster eller andre alment gældende bestemmelser. Såfremt national ret tillader arbejdsgiveren i andre tilfælde end overførsel af virksomheder ensidigt at ændre tidspunktet for udbetaling af og/eller sammensætningen af lønnen, når den samlede lønsum forbliver uændret, så er sådanne ændringer ikke automatisk udelukket efter fællesskabsretten alene af den grund, at den pågældende virksomhed eller den pågældende del deraf i mellemtiden er blevet overført. Med andre ord, i henhold til direktivet kan arbejdsforholdet i forhold til erhververen ændres i samme omfang ved en ensidig beslutning fra arbejdsgiveren, som det kunne have været ændret i forhold til overdrageren, dog således at overførslen i sig selv under ingen omstændigheder giver nogen begrundelse for at foretage ændringer [15].

12 — Ny Mølle Kro-dommen, præmis 25, jf. dom af 7.2.1985, sag 19/83, Wendelboe, Sml. s. 457, præmis 15, og af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 15 og 26.

13 — Jf. med henblik på artikel 3, stk. 2, Ny Mølle Kro-dommen, præmis 26

14 — Dom af 10.2.1988, sag 324/86, Daddy's Dance Hall, Sml. s. 739, præmis 16; Danmols-dommen, præmis 26.

15 — Jf. Daddy's Dance Hall-dommen, præmis 17.

Forslag til afgørelse

11. På grundlag af det foregående foreslår jeg Domstolen følgende besvarelse:

»1) Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 finder anvendelse i en situation, hvor en virksomhed indgår en aftale med en anden virksomhed om driften af dens personalekantiner, hvorved det faste personale, som er beskæftiget i denne del af virksomheden, overtages, så længe den overførte del af virksomheden bevarer sin identitet. Det tilkommer den nationale ret at fastslå, om denne identitet er bevaret, hvorved den skal tage hensyn til alle faktiske omstændigheder, som er kendetegnende for den pågældende transaktion.

2) Det er ingen betingelse for, at direktiv 77/187/EØF kan finde anvendelse, at den overførte del af virksomheden vedrører en del af virksomhedens produktion. Det er herved tilstrækkeligt, at der er tale om en del af en virksomhed, som kan identificeres som en organisatorisk enhed og udfører aktiviteter selv af særlig art, inden for hvis rammer de pågældende arbejdstagere er ansat.

3) Direktiv 77/187/EØF er ikke til hinder for, at den nye virksomhedsledelse ensidigt ændrer tidspunktet for udbetaling og/eller sammensætningen af lønnen, hvis den samlede lønsum forbliver uændret, for så vidt de nationale bestemmelser tillader en arbejdsgiver at indføre sådanne ændringer i andre tilfælde end overførsel af virksomheder.«