FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 9. december 1987 *

Høje Domstol.

1. De to spørgsmål om fortolkningen af Rådets direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter [1], som er blevet forelagt Domstolen af den øverste domstol i Danmark, kan gøre det nødvendigt, at Domstolen tager stilling til to problemer, der ikke udtrykkeligt er omhandlet i direktivet. Med det første spørgsmål, der vedrører artikel 1, stk. 1, udbeder den forelæggende ret sig nærmere oplysninger om direktivets anvendelsesområde og specielt, om det finder anvendelse i det tilfælde, hvor overførselen af virksomheden under visse nærmere angivne omstændigheder sker i to på hinanden følgende etaper. Med det andet spørgsmål beder retten uden at henvise til en speciel bestemmelse Domstolen om at præcisere, i hvilket omfang en arbejdstager kan give afkald på rettigheder efter direktivet.

2. De faktiske omstændigheder i hovedsagen, hvorunder disse spørgsmål er blevet rejst, er gengivet i retsmøderapporten, således at jeg ikke behøver at komme nærmere ind på dem her. Med henblik på besvarelsen af det første spørgsmål skal jeg dog erindre om, at Tellerup blev ansat af Daddy's Dance Hall som chef for restauranten, som af ejeren, A/S Palads Teatret, først var blevet bortforpagtet til Irma Catering A/S. Efter at den første forpagtningskontrakt var blevet ophævet, blev dette selskabs ansatte, herunder Tellerup, ansat hos den nye erhverver. De ansatte, som var blevet opsagt af Irma Catering A/S med det i loven fastsatte varsel, fortsatte med at arbejde for dette selskab i hele opsigelsesperioden.

3. Spørgsmålet om anvendelsen af det omhandlede direktiv opstår som følge af, at forpagtningen i henhold til forpagtningskontrakten mellem ejeren og den første erhverver var uoverdragelig. Der har faktisk ikke fundet nogen direkte overførsel sted eller været noget andet retsforhold mellem Irma Catering og Daddy's Dance Hall. Der var tale om en trekantsdisposition: da Irma Catering havde måttet opgive forpagtningen, blev der indgået en ny forpagtningskontrakt mellem Palads Teatret og Daddy's Dance Hall. Det må dog fremhæves, at Irma Catering faktisk fortsatte driften af restauranten, efter at forpagtningskontrakten var ophævet og indtil det tidspunkt, hvor Daddy's Dance Hall overtog forpagtningen.

4. Den britiske regering og Kommissionen, der som de eneste har indgivet indlæg i denne sag, har af lidt forskellige grunde anført, at det omhandlede direktiv finder anvendelse i et tilfælde som det foreliggende. Ifølge den britiske regering må den foreliggende situation — selv om der er tale om en retlig fiktion — betragtes som en dobbelt overførsel: den første fra erhververen til ejeren, den anden fra ejeren til den nye erhverver. Den britiske regering har dog fremhævet, at denne løsning kun kan anvendes, såfremt driften af den virksomhed, der overdrages, ikke er blevet afbrudt. Kommissionen har på sin side støttet sig på Domstolens

* Oversat fra fransk.

1 — Direktiv af 14. februar 1977 (EFT L 61 af 5.3.1977, s. 26).

praksis, navnlig Spijkers-dommen [2], hvori Domstolen har udtalt, at

»det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet.« [3]

Kommissionen er bekymret for, at en anden løsning ville kunne føre til omgåelse af direktivets bestemmelser, og den har anført, at arbejdstagerne er i samme situation, som de ville have været ved en direkte overførsel, når virksomhedens drift ikke har været afbrudt.

5. Jeg kan tilslutte mig den løsning, den britiske regering og Kommissionen er gået ind for. Den er nemlig selvskreven på grund af direktivets ånd og opbygning. Som Domstolen har udtalt i Spijkers-dommen [2], er formålet med dette

»at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver« [3].

Ifølge sit formål skal direktivet [4] sikre sikkerhed i ansættelsen og varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder. Det er dette formål, som forklarer undtagelsen fra reglen om, at kontrakter kun kan have virkning mellem parterne. Hvis man begrænsede direktivets anvendelse til kun at omfatte direkte overførsel uden at tage hensyn til, at den overførte virksomheds drift ikke har været afbrudt på noget tidspunkt, ville det være det samme som at reducere dets rækkevidde og som følge heraf dets virkning betydeligt.

6. Med det andet spørgsmål ønskes afgjort, om en arbejdstager over for sin nye arbejdsgiver kan give afkald på rettigheder efter direktivet, når fordele, han herved opnår, efter en samlet bedømmelse ikke stiller ham ringere end før. Den britiske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at der i alt væsentligt er tale om en fortolkning af direktivets artikel 3, stk. 1, afsnit 1. Heri bestemmes det, 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«.

7. Ifølge den britiske regering må det antages, at en ansat kan give afkald på rettigheder, såfremt han kunne have gjort det i forhold til sin gamle arbejdsgiver. Kommissionen mener, at den ansatte kun kan give afkald på rettigheder efter direktivet, for så vidt der er tale om bestemmelser, som ikke er af ufravigelig karakter, eller som med andre ord ikke er præceptive. Den har desuden gjort gældende, at et sådant afkald aldrig må stille arbejdstageren ringere end før.

8. Som Kommissionen har anført, er bestemmelserne i direktivet, herunder bestemmelserne i artikel 3, stk. 1, afsnit 1, præceptive. Dette vil sige, at en arbejdstager ikke kan give afkald på, at rettigheder, som han havde over for sin tidligere arbejdsgiver, overføres til retsforholdet mellem ham og den nye arbejdsgiver. Dette betyder dog ikke, at de således *opretholdte* rettigheder *alle* er *urørlige*. Hvad dette angår, må det afgøres efter national ret, om og i bekræftende fald på hvilke betingelser arbejdstageren kan give afkald på visse af disse rettigheder. Som bekendt kan medlemsstaten i henhold til direktivets artikel 7 fastsætte bestemmelser, som er »gunstigere for arbejdstagerne«. Det er under denne synsvinkel, det skal bedømmes, om afkaldet på visse rettigheder til gengæld for indrømmelsen af

2 — Dom af 18. marts, sag 24/85, Sml. s. 1119.

3 — Ibid., præmis 11.

4 — Hvis vedtagelse er forudset i Rådets resolution af 21. januar 1974 om et socialt handlingsprogram (EFT C 13 af 12.2.1974, s. 1).

nye fordele fra arbejdsgiverens side »efter en samlet bedømmelse« ikke stiller arbejdstageren »ringere«. Med andre ord, overførslen af rettigheder og forpligtelser ifølge aftale er i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1, afsnit 1, neutral, hvad angår disse rettigheder og forpligtelser. Denne *neutralitet* omfatter også de muligheder for ændringer i kontrakten, der — som Det Forenede Kongerige har anført — må kunne foretages i forhold til den nye arbejdsgiver såvel som i forhold til dennes forgænger.

9. Jeg skal derfor foreslå, at Domstolen kender følgende for ret:

1) det følger af 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, at dette finder anvendelse, når en virksomhed, efter at en forpagtning er ophørt, og uden at driften har været afbrudt, bortforpagtes til en ny forpagter, og personalets ansættelsesforhold fortsætter;

2) en arbejdstager kan ikke over for sin nye arbejdsgiver give afkald på præceptive rettigheder efter direktivet, herunder ikke på dem, der følger af dets artikel 3, stk. 1, afsnit 1. Det må afgøres efter den nationale retsorden, om og på hvilke betingelser der kan gives afkald på rettigheder, der ikke er præceptive, og navnlig i hvilket omfang der skal foretages en samlet bedømmelse af, hvorledes arbejdstageren er stillet.