FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 7. maj 1998 *

I — Indledning

1. Domstolen skal i nærværende sag afgøre et præjudicielt spørgsmål fra Cour du travail de Bruxelles vedrørende fastlæggelsen af 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 [1] (herefter »direktivet«). Den forelæggende ret har spurgt, om dette direktiv også omfatter en overførsel af en virksomhed i frivillig likvidation.

II — Faktiske omstændigheder

2. Den første indstævnte i hovedsagen, Wilfried Sanders (herefter »Sanders«), havde været ansat i det appellerende selskab (herefter »Europièces«) som repræsentant ved dettes kontor i Erpent, Belgien, for provinserne Namur, Luxembourg og Hainaut. I juli 1993 trådte Europièces i frivillig likvidation. Den 27. juli 1993 opsagde likvidator i boet Sanders med et varsel på 22 måneder. Den 13. august 1993 meddelte han Sanders dels, at Europièces til den anden indstævnte i hovedsagen, Automotive Industries Holding Company SA (herefter »Automotive«) havde afstået en del af lageret og forskelligt materiel, dels at Automotive ikke havde overtaget alle Europièces' aktiviteter. Han oplyste desuden, at han fra den 24. august 1993 skulle arbejde for likvidationsboets regning på kontoret i Bruxelles og efter instrukser direkte fra likvidationsboets repræsentant. Ifølge likvidator var de ændrede arbejdsvilkår begrundet i, at Europièces' virksomhed kun fortsattes med henblik på likvidationen, hvorefter det var nødvendigt at overføre arbejdstageren til Bruxelles. I nævnte skrivelser oplyste han også, at Automotive havde tilbudt ansættelse til visse ansatte, herunder Sanders, men at denne havde afslået tilbuddet. Den brevveksling, der derefter fulgte mellem Sanders og likvidator vedrørende Sanders' arbejdssted og hans opgavers art førte ikke til noget resultat, og Sanders anførte derefter i skrivelse af 16. oktober 1993, at han måtte konstatere, at hans kontrakt som repræsentant var blevet ophævet ensidigt eller i al fald var blevet opsagt, og at dette skyldtes likvidators adfærd.

3. Ved dom af 5. september 1995 fastslog Tribunal du travail de Bruxelles i et søgsmål

* Originalsprog: græsk.

1 — EFT L 61, s. 26.

anlagt af Sanders, bl.a. at selskabet Europièces' driftsenhed i Erpent, som Sanders havde været tilknyttet som repræsentant, tilsyneladende under bevarelse af sin identitet var blevet overdraget til Automotive, idet Automotive havde fortsat udøvelsen af tilsvarende virksomhed på nævnte lokalitet. Nævnte ret opfordrede dernæst sagsøgeren til at fremsætte sine bemærkninger til spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 77/187 skulle finde anvendelse i den foreliggende sag.

4. Den 16. november 1995 appellerede Europièces denne dom til den forelæggende ret. Cour du travail de Bruxelles stadfæstede førsteinstansens konstatering vedrørende den foreliggende overførsel af den økonomiske enhed i Erpent og de dertil svarende aktiviteter fra Europièces til Automotive, men stillede sig spørgende med hensyn til direktivets anvendelighed i forbindelse med frivillig likvidation.

III — Det præjudicielle spørgsmål

5. På denne baggrund har den nationale ret anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Finder direktiv 77/187 anvendelse i et tilfælde, hvor et selskab i likvidation helt eller delvis overfører sine aktiver til et andet selskab, som efterfølgende udsteder ordrer til en arbejdstager, der ifølge selskabet i likvidation skal efterkommes?«

IV — De relevante retsregler

6. Direktivets artikel 6, stk. 1, har følgende ordlyd:

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

Direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, indeholder følgende bestemmelse:

»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.«

Direktivets artikel 4, stk. 1, bestemmer følgende:

»Overførsel af en virksomhed, bedrift eller en del af en bedrift giver ikke i sig selv overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.«

det andet, om han udøvede dette arbejde udelukkende i Erpent, eller om der for ham blev tale om et vist arbejde også i Bruxelles, for det tredje, om Sanders arbejdede i en del af virksomheden Europièces, som tilstrækkelig klart kunne bestemmes, og om denne del er blevet overført til Automotive i forbindelse med likvidationen, for det fjerde, om Sanders senere er blevet ansat hos erhververen, dvs. Automotive, og for det femte, hvilken sammenhæng der er mellem det omhandlede direktiv og den tvist, der verserer for den nationale ret. Det Forenede Kongeriges regering finder, at de oplysninger, der er fremkommet som svar på de spørgsmål, der er blevet stillet, er utilstrækkelige, og at det præjudicielle spørgsmål derfor skal afvises fra påkendelse.

V — Spørgsmålet om, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål skal besvares

7. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at det præjudicielle spørgsmål skal afvises fra påkendelse, idet oplysningerne fra den forelæggende ret om sagens retlige og faktiske sammenhæng, som Domstolen må kende for at træffe afgørelse, er alt for summarisk fremstillet [2]. Specielt har den gjort gældende, at den forelæggende rets kendelse, hvis det præjudicielle spørgsmål skal kunne besvares rigtigt, i detaljer må oplyse, for det første hvilke særlige arbejdsopgaver Sanders havde hos Europièces, for

8. Efter min mening skal denne afvisningsindsigelse ikke lægges til grund. Ifølge Domstolens faste praksis, som Det Forenede Kongeriges regering har påberåbt sig, skal besvarelsen af præjudicielle spørgsmål give en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge for at afgøre hovedsagen. Af denne almindelige grundsætning følger, at Domstolen som et led i det bedst mulige samarbejde med de nationale retter besvarer de præjudicielle spørgsmål, den har fået forelagt, når den råder over et mindstemål af faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for korrekt og hensigtsmæssigt at kunne fortolke den pågældende fællesskabsretlige bestemmelse med henblik på afgørelsen af hovedsagen. Domstolen undlader under alle omstændigheder at besvare rent hypotetiske spørgsmål. I den foreliggende sag har den nationale ret på klar og præcis måde formuleret det retsspørgsmål, der optager den, og hvis løsning efter dens opfattelse er påkrævet for at træffe afgørelse i den tvist, den har fået forelagt. Som det forhåbentlig vil fremgå af den følgende analyse

2 — Den har herved henvist til Domstolens kendelse af 2.2.1996, sag C-257/95, Bresle, Sml. I, s. 233; Domstolens dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6, samt til Domstolens kendelse af 19.3.1993, sag C-157/92, Banchero, Sml. I, s. 1085, præmis 4, af 23.3.1995, sag C-458/93, Saddik, Sml. I, s. 511, præmis 12, af 17.4.1995, sag C-167/94, Grau Gomis m.fl., Sml. I, s. 1023, præmis 8, og af 21.12.1995, sag C-307/95, Max Mara, Sml. I, s. 5083, præmis 6.

vedrørende realiteten er Domstolen bekendt med sagens omtvistede faktiske og retlige spørgsmål, og jeg mener derfor ikke, at der er grund til at undlade at besvare det forelagte spørgsmål, selv om der fortsat hersker tvivl med hensyn til visse punkter i hovedsagen. Under alle omstændigheder tilkommer det alene Cour du travail de Bruxelles at undersøge, om de faktiske omstændigheder henhører under anvendelsesområdet for de retsregler, der bliver tale om at anvende, og som Domstolen er blevet anmodet om en fortolkning af.

VI — Realiteten

A — *De foreliggende holdepunkter i retspraksis*

9. Det problem, der melder sig med det præjudicielle spørgsmål, er, i hvilken udstrækning der kan være tale om »overdragelse« som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, når den overførte virksomhed er i frivillig likvidation. Som Kommissionen og Det Forenede Kongeriges regering med føje har anført, vil det med henblik på besvarelsen af det spørgsmål være særligt hensigtsmæssigt at se nærmere på udviklingen i Domstolens praksis vedrørende direktiv 77/187's anvendelsesområde.

10. Domstolen har undersøgt, om dette direktiv også omfatter tilfælde af virksomhedsoverførsel, i hvilke den pågældende virksomhed befandt sig i en særlig retlig situation, der lignede eller svarede til den, der foreligger i nærværende sag, i dommene i sagerne Abels [3], D'Urso m.fl. [4], Spano m.fl. [5] og Dethier Équipment [6]. Den har i disse domme specielt undersøgt, i hvilken udstrækning direktivets artikel 1, stk. 1, omfatter overførsel af virksomheder, der har været underkastet visse nationale retlige ordninger som f.eks. konkurs, »surseance van betaling« (betalingshenstandsordning) i nederlandsk ret [7], tvungen administrativ likvidation og særlig administration af kriseramte virksomheder i italiensk ret [8], og retslig likvidation efter belgisk ret [9].

a) Dommene i sagerne Abels, D'Urso og Spano m.fl.

11. Domstolen går i retspraksis ud fra den i den pågældende sag foreliggende nationale ordnings formål og de nærmere regler for den procedure, der følges, der bedømmes efter direktivets ordning, formål og placering i fællesskabsrettens system. Som det fremgår af betragtningerne til direktivet, har formålet

3 — Dom af 7.2.1985, sag 135/83, Sml. s. 469.

4 — Dom af 25.7.1991, sag C-362/89, Sml. I, s. 4105.

5 — Dom af 7.12.1995, sag C-472/93, Sml. I, s. 4321.

6 — Dom af 12.3.1998, sag C-319/94, Sml. I, s. 1061.

7 — Den i fodnote 3 nævnte Abels-dom.

8 — I den i fodnote 4 nævnte D'Urso-dom beskæftigede Domstolen sig med spørgsmålet om tvungen administrativ likvidation eller særlig administration af større kriseramte virksomheder som anordnet ved italiensk lovdekret nr. 26 af 30.1.1979, mens Spano m.fl.-dommen behandlede spørgsmålet om overførsel af en virksomhed, der var erklæret for kriseramt og omfattet af proceduren i italiensk lov nr. 675 af 12.8.1977.

9 — Den ovenfor i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-dom.

været »at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder« [10] inden for rammerne af de strukturændringer, som den økonomiske udvikling på fællesmarkedet giver anledning til i virksomhederne. På grundlag af direktivets forskellige formålsangivelser analyserer Domstolen de lidt mere specielle elementer i den nationale lovgivning, den har fået forelagt til bedømmelse med henblik på at kunne afgøre, om ordningerne i medlemsstaterne, som de i hvert enkelt tilfælde følger af denne lovgivning, er i overensstemmelse med direktivets formål og kan begrunde, at dettes regler anvendes på overførsel af virksomheder.

12. I Abels-dommen afviste Domstolen nærmere betegnet den tanke, at direktivets bestemmelsers anvendelsesområde også skulle omfatte overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, som skete inden for rammerne af en konkursbehandling, hvis eneste formål er under en retslig myndigheds kontrol at sikre de forskellige kreditorgruppers interesser uden på nogen måde at være grundet i overvejelser af social art, såsom beskyttelse af arbejdstagerne, som det efter direktiv 77/187 er meningen at sikre [11].

13. Men denne restriktive løsning finder ikke anvendelse på betalingshenstandsordningen (surseance van betaling) i nederlandsk ret. Dette resultat nåede Domstolen frem til efter en undersøgelse af denne specielle procedures formål og særegenheder. Den fastslog dels, at dens formål i første række er at bevare aktiverne og i givet fald fortsætte virksomhedens drift gennem en kollektiv betalingshenstand med henblik på at opnå en ordning, der gør det muligt at sikre driften i fremtiden, dels at den har en retslig karakter, selv om den retslige kontrol er af mere begrænset omfang. Følgelig er det i modsætning til, hvad der gjaldt for konkurs, fuldt ud muligt at anvende direktivets bestemmelser på hel eller delvis overførsel af en virksomhed, der har fået meddelt betalingshenstand, og dette resultat svækkes ikke alene, fordi en sådan procedure senere kan føre til, at virksomheden erklæres konkurs [12].

10 — Anden betragtning til direktivet.

11 — Domstolen anfører, at nødvendigheden af en beskyttelse for kreditorerne i alle medlemsstater har givet anledning til særlige regler, »som kan bevirke en i hvert fald delvis fravigelse af andre generelle bestemmelser, herunder inden for social- og arbejdslovgivningen« (den ovenfor i fodnote 3 nævnte Abel-dom, præmis 15). Den anfører endvidere, at man ikke kan udelukke en alvorlig risiko for en generel forværring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår, der strider mod traktatens sociale formål, såfremt direktivet anvendes på overførsel af virksomheder under konkurs. Muligheden for, at erhververen konkret i dette tilfælde overtager den konkursramte overførte virksomhed på de betingelser, som kreditorgruppen har accepteret, bliver da alt andet end nærliggende, og den eneste løsning, der er tilbage, er da delvis overdragelse af virksomhedens arbejdskraft, og dermed i strid med formålet med direktiv 77/187 tab af samtlige arbejdspladser (præmis 23).

12 — Præmis 28 og 29 i den i fodnote 3 nævnte Abels-dom.

14. Domstolen fulgte det samme ræsonnement i D'Urso-dommen. Den fastslog først, at direktivets artikel 1, stk. 1, ikke finder anvendelse på overførsel af en virksomhed, der sker inden for rammerne af en kreditorforfølgningsprocedure som den i den italienske lovgivning omhandlede tvungne administrative likvidation, for så vidt som denne procedure har virkninger, der er forskellige fra en konkurs. Derimod finder de nævnte fællesskabsbestemmelser anvendelse på en stor kriseramt virksomhed, der efter de særlige italienske bestemmelser herom er sat under særlig administration. når og i det omfang det er blevet besluttet at fortsætte virksomhedens drift.

15. Denne forskel begrundes ikke med særegenhederne i ordningen om særlig administration [13], men med denne ordnings formål. I italiensk ret kan den for den særlige administration ansvarlige kommissær træffe beslutning om, at virksomheden skal fortsætte driften. Når det sker, tilsigter proceduren, så længe beslutningen om at fortsætte virksomheden står ved magt, ifølge Domstolen at opnå en balance i virksomheden, der kan give sikkerhed for fremtidig drift. »Det hermed tilstræbte økonomiske og sociale formål kan hverken give en forklaring på eller en begrundelse for, at arbejdstagerne i virksomheden, når denne helt eller delvis overføres, skulle miste de rettigheder, som de har ifølge direktivet på de deri fastsatte betingelser« [14]. Domstolen har med andre ord efter en undersøgelse næsten udelukkende af den særlige nationale ordning og en udsondring af denne fra konkurs anerkendt, at dette direktiv på visse betingelser kunne finde anvendelse.

16. Domstolen fandt på samme måde i Spano m.fl.-dommen, at direktivet finder anvendelse på overførsel af en virksomhed, hvis krise er fastslået i henhold til en i italiensk ret gældende ordning svarende til den, som den havde beskæftiget sig med i D'Urso-sagen. Den lagde herved vægt på, at denne procedure, hvorunder der træffes afgørelse om, at der foreligger en virksomhedskrise, havde til formål at begunstige en fortsættelse af virksomhedens drift og navnlig at opretholde beskæftigelsen med henblik på en senere overtagelse, og navnlig at konstateringen af, at der foreligger en virksomhedskrise, forudsætter, at der fremlægges en saneringsplan, der omfatter foranstaltninger med henblik på at løse beskæftigelsesproblemerne.

17. Domstolen byggede endvidere i samme dom sin argumentation først på en teleologisk, sammenlignende bedømmelse af den særlige nationale procedure på den ene side, og på direktivet på den anden side og dernæst på en konstatering af, at denne nationale procedure ikke medfører, at virksomheden underkastes retslig kontrol som en af de foranstaltninger, hvorved virksomhedens aktiver skal administreres, eller en henstand med betalingerne [15].

13 — Ifølge D'Urso-dommen, a.st., præmis 25, hvori der henvises til Abels-dommen, giver kriteriet om arten af den kontrol med virksomhedsoverførsler, der under procedurer til fyldestgørelse af kreditorerne, som f.eks. i italiensk ret særlig administration, udøves af den kompetente administrative eller retslige myndighed, holdepunkter for en fastlæggelse af anvendelsesområdet for direktiv 77/187, men kriteriet er ikke det sikreste eller det mest præcise.

14 — Præmis 32.

15 — Præmis 26, 28 og 29 i den i fodnote 5 nævnte Spano m.fl.-dom.

18. Af det anførte følger således, at den faktor, der først og fremmest skal undersøges for at løse det omtvistede retsspørgsmål, går ud på en fastlæggelse af formålet med den særlige nationale ordning i hvert enkelt tilfælde, der er bestemmende for hel eller delvis overførsel af en virksomhed. Derudover og navnlig såfremt det første kriterium ikke giver tilstrækkelig grundlag for at løse den verserende sag, kan der hensigtsmæssigt også tages hensyn til udformningen af den pågældende nationale procedure og den måde, den i praksis gennemføres på, idet det kriterium, at der er tale om en overdragelse ved aftale, der er en absolut forudsætning for at anvende direktivet, såfremt den er obligatorisk og foreslås af en ret eller en administrativ myndighed, eller er underkastet en nøje retslig eller administrativ kontrol, kan drages i tvivl.

b) Dethier Équipment-sagen

19. De resultater, retspraksis er nået frem til, og som jeg ovenfor har redegjort for, er for nylig blevet stadfæstet i Dethier Équipment-dommen, som jeg lægger ganske særlig vægt på på grund af ligheden mellem den deri omhandlede problemstilling og det spørgsmål, Domstolen har fået forelagt i nærværende sag. Dethier Équipment-sagen drejede sig om overførsel af en virksomhed, som efter belgisk ret var trådt i retslig likvidation, mens hovedsagen i nærværende sag for Cour du travail de Bruxelles, som har ført til forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål, vedrører frivillig likvidation af en virksomhed efter belgisk ret. Jeg skal yderligere bemærke, at i Dethier Équipment-sagen havde den nationale ret spurgt Domstolen om anvendelsen af direktiv 77/187 både i relation til retslig likvidation og frivillig likvidation, men at Domstolen ikke havde beskæftiget sig med spørgsmålets sidste led med den begrundelse, at det havde en rent hypotetisk karakter.

20. Før jeg går i gang med en analyse af Dethier Équipment-dommen, finder jeg det nødvendigt at oplyse, at i belgisk ret forstås ved likvidation samtlige de foranstaltninger, der må træffes med henblik på at fyldestgøre kreditorerne ved hjælp af en virksomheds aktivmasse og fordele et eventuelt overskud mellem ejerne [16]. Selv om frivillig likvidation frembyder stor lighed med konkurs, må den i visse henseender foretrækkes, fordi den muliggør en bedre realisering eller den mindst dårlige realisering af selskabsformuen og ikke udelukker muligheden for, at dele af virksomhedens økonomiske aktivitet, der fortsat er rentable, helt eller delvis opretholdes efter likvidationen. Det skal desuden fremhæves, at likvidation aldrig udgør en erstatning for konkurs. Såfremt konkursbetingelserne er opfyldt, er en likvidation ikke længere mulig og i øvrigt heller ikke ønskelig for kreditorerne, der har langt flere garantier under en konkursprocedure end under en likvidationsprocedure. Desuden må det påpeges, at sondringen mellem frivillig likvidation og retslig likvidation helt savner praktisk betydning i belgisk ret. Den beror simpelt hen på den omstændighed, at generalforsamlingen i tilfælde af retslig likvidation ikke kan udnævne likvidatorerne med

16 — Under alle omstændigheder skal en virksomhed i likvidation ikke nødvendigvis være ude i økonomiske vanskeligheder. Likvidation kan iværksættes f.eks., når virksomhedsejerne ikke ønsker at samarbejde.

det i loven krævede flertal; disse udnævnes derfor af den kompetente nationale ret under en procedure, der ikke har retslig karakter. Derimod tilkommer ved frivillig likvidation valget af likvidatorer generalforsamlingen. Når bortses fra spørgsmålet om udnævnelse af likvidatorer, er de to procedurer stort set identiske, hvilket øger betydningen af praksis i Dethier Équipment-sagen, når det gælder besvarelsen af det i denne sag foreliggende spørgsmål.

21. Generaladvokat Lenz har i sit forslag til afgørelse af 11. juli 1996 i Dethier Équipment-sagen — efter at have udelukket, at direktivet finder anvendelse, når den likvidationsramte virksomhed, der er blevet overdraget, definitivt standser virksomheden, eller når den er erklæret konkurs — undersøgt, i hvilken udstrækning fortsættelsen af driften af en likvidationsramt virksomhed kan begrunde, at arbejdstagerne tilkendes de rettigheder, der er omhandlet i direktiv 77/187. Med udgangspunkt i den hypotese, at en fortsættelse af driften er mulig, men kun har til formål at gøre det muligt for virksomheden at overleve, foretage strukturomlægninger eller undergå en sanering, således at formålet med likvidationen kan opfyldes på bedst mulig måde [17], anfører han, at Domstolens praksis i D'Urso- og Spano m.fl.-sagen ikke uden videre kan anvendes ved likvidation. I disse sager anså Domstolen det for et afgørende kriterium for direktivets anvendelse, at den overførte virksomhed fortsatte driften. Men denne blev fortsat med henblik på en sanering eller strukturomlægning af det overførte selskab, mens den ved likvidation kun kan have selskabets opløsning til formål; selskabets aktiviteter er med andre ord »ikke orienteret mod fremtiden, men opretholdes kun, indtil selskabet sælges« [18]. Men henset til direktivets system og dets placering i Fællesskabets socialret, nåede generaladvokaten til det resultat, at det ikke er formålet med fortsættelsen af aktiviteterne i en virksomhed i likvidation, men denne fortsættelse i sig selv, der har afgørende betydning. I det omfang, aktiviteterne i virksomheden i likvidation fortsættes, kan derfor hverken beslutningen om likvidation af denne virksomhed eller den omstændighed, at fortsættelsen af aktiviteterne nu tager sigte på likvidation af virksomheden og ikke dens fortsatte drift, begrunde, at arbejdstagerne, hvis virksomheden overføres, mister de rettigheder, som de har ifølge direktivet [19].

22. Denne konstatering er i al fald ikke ensbetydende med, at det præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende. Generaladvokat Lenz fortsætter derfor, da den faktor, at en videreførelse af aktiviteterne i virksomheden i likvidation ikke i og for sig kan begrunde, at direktivet finder anvendelse,

17 — Den likvidationsramte virksomhed består som juridisk person kun i relation til realisationen af aktiverne, betalingen af gælden og fordelingen af overskuddet. Virksomheden kan kun fortsættes i det omfang, den tjener til at virkeliggøre likvidationen. Et selskab i likvidation kan derfor kun afslutte allerede begyndte transaktioner, hvilket naturligvis ofte er nødvendigt for at undgå en værdiforringelse af de økonomiske enheder inden for virksomheden, der skal overføres.

18 — Punkt 39 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i den i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-sag.

19 — Punkt 44 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i den i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-sag.

med at vurdere særegenhederne ved likvidationsproceduren, som han sammenligner med særegenhederne ved konkurs [20].

23. Denne sammenligning viser, at der er væsentlige forskelle mellem konkurs og likvidation. Likvidator er et selskabsorgan, der foranstalter salget af aktiverne på generalforsamlingens vegne. Der findes ikke i likvidationssituationen en særlig procedure, der kontrolleres af retten, for opgørelse af passiverne, mens en kreditor kan søge sig fyldestgjort hos det likvidationsramte selskab efter de almindelige regler om tvangsfuldbyrdelse. Kurator i et konkursbo repræsenterer derimod kreditorerne, og er således en tredjepart i forhold til selskabet. Han foranstalter salget af aktiverne under den udpegede rets tilsyn, og der findes i konkurssituationen en særlig procedure for opgørelse af passiverne under rettens kontrol, uden at kreditorerne individuelt kan søge sig fyldestgjort i selskabets aktiver efter de almindelige regler om tvangsfuldbyrdelse. Mens konkurs således kort sagt er karakteriseret ved et retsligt organs klare medvirken, er en rets medvirken i likvidation, og navnlig retslig likvidation, hvor en ret dog udnævner likvidator, langt mindre omfattende. Det afgørende er derfor, at i det omfang, selskabets likvidator foranstalter afhændelsen af aktiverne under tilsyn af generalforsamlingen, henhører en eventuel overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af bedrift under selskabsorganernes egen kompetence, og denne kompetence skal ikke først godkendes af en ret.

20 — Punkt 46 ff. i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i den i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-sag.

24. På denne baggrund antog generaladvokat Lenz, at direktivet finder anvendelse på virksomhedsoverførsler, hvor en virksomhed er i likvidation, hvis generalforsamlingen har truffet beslutning om virksomhedens videreførelse.

25. Domstolen lagde dette synspunkt til grund i sin dom af 12. marts 1998. Efter først at have undersøgt kriteriet vedrørende formålet med den retslige likvidationsprocedure, som efter Domstolen ikke giver tilstrækkelige anvisninger for bedømmelsen [21], undersøgte den nærmere denne procedures særegenheder [22] og nåede herefter til følgende resultat:

»Der er således væsentlige forskelle mellem en virksomhed i retslig likvidation og en virksomhed under konkurs, og de grunde, som har ført til, at Domstolen har fastslået, at direktivet ikke finder anvendelse i konkurstilfælde, gør sig ikke nødvendigvis gældende i den situation, hvor der er tale om en retslig likvidation.

Dette er tilfældet, når virksomhedens aktiviteter som i denne sag for den nationale ret fortsætter under den retslige likvidation. I et sådant tilfælde fortsættes driften på det tidspunkt, hvor virksomheden overføres. Som følge heraf er der intet grundlag for at afskære arbejdstagerne fra at gøre deres ret-

21 — Den i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-sag (præmis 28).

22 — Den i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-sag (præmis 29).

tigheder i medfør af direktivet gældende på de i direktivet fastsatte betingelser« [23].

B — *Den foreliggende sag*

26. Efter min mening fremgår det tilstrækkelig tydeligt af den ovenfor givne analyse, at resultaterne i retspraksis' udvikling og navnlig dem, der kan udledes af argumentationen og synspunkterne i Domstolens Dethier Équipment-dom, må finde anvendelse ved besvarelsen af det spørgsmål, Domstolen her har fået forelagt. Efter min mening må det som følge af den iøjnefaldende lighed mellem proceduren for frivillig likvidation, som her er inde i billedet. og retslig likvidation, som Domstolen beskæftigede sig med i Dethier Équipment-sagen, på grundlag af de samme argumenter anerkendes, at direktiv 77/187 også finder anvendelse på overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af en bedrift, når virksomheden er i frivillig likvidation, naturligvis under forudsætning af, at det er blevet besluttet at fortsætte driften og for denne beslutnings gyldighedsperiode.

27. At dette er løsningen er endda mere klart efter afsigelsen af Dethier Équipment-dommen for nylig. Når direktivet finder anvendelse på overførsel af virksomheder i retslig likvidation, ved hvilke et retsligt organ har medvirket, om end kun ved udnævnelsen af likvidator, må den samme fortolkning også have gyldighed for overførsel af virksomheder i frivillig likvidation, idet der i denne særlige procedure ikke bliver tale om et retsligt organs medvirken og følgelig ikke om nogen mulighed for at ændre selskabsorganernes ønske.

28. Efter min mening følger besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål umiddelbart af det hermed anførte. En løsning af tvisten i hovedsagen kræver naturligvis, at det klarlægges for det første, i hvilket omfang der var blevet truffet afgørelse om at fortsætte driften i selskabet Europièces, efter at selskabet var trådt i frivillig likvidation, og i hvilket omfang denne virksomhed faktisk blev fortsat, og for det andet, om Europièces eller en del af dette selskab faktisk blev overført i direktivets forstand til selskabet Automotive. Det kan på grundlag af de få oplysninger, som den forelæggende rets kendelse indeholder, lægges til grund, at der i forbindelse med tvisten faktisk først blev tale om fortsættelse af driften i Europièces, efter at selskabet var trådt i frivillig likvidation, og for det andet, at en del af Europièces blev overført til selskabet Automotive. Under alle omstændigheder finder jeg det ikke nødvendigt, at Domstolen tager stilling til disse spørgsmål, der har forbindelse med anvendelsen af de relevante retsregler på faktum i hovedsagen. I øvrigt tilkommer det efter Domstolens faste praksis den nationale ret at afgøre, om der konkret må antages at foreligge en overførsel af en virksomhed, en

23 — Den i fodnote 6 nævnte Dethier Équipment-sag (præmis 30 og 31).

bedrift eller en del af en bedrift i direktivets forstand [24].

29. Jeg mener dog, at der — som Kommissionen og Det Forenede Kongerige med føje har anført — bør gøres endnu en bemærkning vedrørende det nedenfor omtalte spørgsmål for på bedst mulig måde at afgøre det præjudicielle spørgsmål og give den national ret en så brugbar besvarelse som muligt for at løse tvisten i hovedsagen.

30. Efter den forelæggende rets oplysninger i forelæggelseskendelsen havde selskabet Automotive, der var erhverver i direktivets forstand, foreslået Sanders' ansættelse, hvad denne dog afslog. Desuden havde denne arbejdstager efter overførslen og som følge af ændringen af arbejdsstedet og arbejdsvilkårene i forbindelse med de instrukser, han modtog fra likvidationsboets repræsentant ment, at han ensidigt havde opsagt aftalen om ansættelse som handelsrepræsentant for Europièces.

31. Jeg mener derefter over for Domstolen at burde angive, at direktivets formål er at sikre arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af en bedrift på en sådan måde, at de fortsat efter overførslen er ansat på samme vilkår som dem, de havde ifølge den oprindelige aftale med overdrageren. Den nationale ret må ved afgørelsen af hovedsagen derfor også tage hensyn til denne målsætning og herved lægge de retningslinjer, Domstolen fastlagde i Katsikas m.fl.-dommen [25] og i Merckx og Neuhuys-dommen [26], til grund.

32. I Katsikas m.fl.-dommen fastslog Domstolen, at selv om direktivet »...gør det muligt for arbejdstageren at fortsætte sit ansættelsesforhold med den nye arbejdsgiver på de samme betingelser, der var aftalt med overdrageren, forpligter det dog ikke arbejdstageren til at fortsætte sit arbejdsforhold med erhververen. En sådan forpligtelse ville tilsidesætte arbejdstagerens fundamentale rettigheder, idet denne skal være frit stillet ved valget af sin arbejdsgiver og ikke kan forpligtes til at arbejde for en arbejdsgiver, han ikke selv har valgt« [27].

33. I Merckx og Neuhuys-dommen fastslog Domstolen under henvisning til Danmols Inventar-dommen [28], at »den i direktivet tilsigtede beskyttelse er formålsløs, når den

24 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 14, og af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, præmis 23, 24 og 25).

25 — Dom af 16.12.1992, forenede sager C-132/91, C-138/91 og C-139/91, Sml. I, s. 6577.

26 — Dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Sml. I, s. 1253.

27 — Præmis 31 og 32 i den i fodnote 25 nævnte Katsikas m.fl.-dom.

28 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Sml. s. 2639.

pågældende efter en beslutning, som han har truffet efter eget frit valg, ikke fortsætter arbejdsforholdet hos den nye indehaver efter overførslen« [29]. I et sådant tilfælde, hvor arbejdstageren frit beslutter sig til ikke at videreføre arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet med erhververen, »tilkommer det ... medlemsstaterne at bestemme, hvad der skal ske med arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet« [30].

VII — Forslag til afgørelse

34. På baggrund af det anførte skal jeg foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»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 finder anvendelse i tilfælde, hvor et selskab i frivillig likvidation overfører sine aktiver til et andet selskab, forudsat at selskabets virksomhed fortsættes.«

29 — Den i fodnote 26 nævnte Merckx og Neuhuys-dom, præmis 33.

30 — Den i fodnote 26 nævnte Merckx og Neuhuys-dom, præmis 35.