1. Artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder skal fortolkes således, at bestemmelsen ikke er til hinder for, at en arbejdstager, der i henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, er ansat hos overdrageren på overførselstidspunktet, kan rejse indsigelse mod, at hans arbejdskontrakt eller hans arbejdsforhold overgår til erhververen.

   Direktivet forpligter dog ikke medlemsstaterne til at bestemme, at arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet med overdrageren opretholdes i tilfælde, hvor arbejdstager frit beslutter sig for ikke at videreføre arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet med erhververen. Direktivet er heller ikke til hinder herfor. Det tilkommer medlemsstaterne at bestemme, hvad der skal ske med arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet med overdrageren i en sådan situation.

2. Ved begrebet »administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser« som omhandlet i artikel 7 i direktiv 77/187 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder skal der forstås en medlemsstats administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, således som disse fortolkes af denne stats retsinstanser.

RETSMØDERAPPORT
i de forenede sager C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1) *De relevante fællesskabsretlige bestemmelser*

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 (EFT L 61, s. 26) skal yde »beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver, især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder« (anden betragtning).

I henhold til artikel 1, stk. 1, finder direktivet anvendelse på »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden

* Processprog: tysk.

indehaver som følge af overdragelse eller fusion«.

Ifølge artikel 3, stk. 1, overgår »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 ... som følge af denne overførsel til erhververen«. I henhold til artikel 3, stk. 2, skal erhververen opretholde samme løn- og arbejdsvilkår i en kollektiv overenskomst, som gjaldt for overdrageren ifølge den kollektive overenskomst.

Direktivet bestemmer desuden i artikel 4, stk. 1, at overførslen ikke i sig selv giver overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Der kan dog ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.

I henhold til artikel 7 begrænser direktivet »ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne«.

2) *De for hovedsagerne relevante nationale bestemmelser*

§ 613a i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) om virksomhedsoverførsel som affattet i den arbejdsretlige EF-tilpasningslov af 13. august 1980 (BGBl. I, s. 1308) bestemmer følgende:

»Overgår en virksomhed eller virksomhedsdel til en anden indehaver ved retshandel, indtræder indehaveren i de rettigheder og forpligtelser, der gjaldt i henhold til de på overførselstidspunktet bestående arbejdsforhold. Er disse rettigheder og forpligtelser reguleret gennem bestemmelser i en kollektiv overenskomst eller en virksomhedsoverenskomst, indgår de i arbejdsforholdet mellem den nye indehaver og arbejdstageren og må ikke ændres til ugunst for arbejdstageren inden udgangen af et år efter tidspunktet for overførslen. Andet punktum finder ikke anvendelse, såfremt rettighederne og forpligtelserne hos den nye indehaver reguleres gennem en anden kollektiv overenskomst eller en anden virksomhedsoverenskomst. Inden udløbet af den i andet punktum nævnte frist kan rettighederne og forpligtelserne ændres, såfremt den kollektive overenskomst eller virksomhedsoverenskomsten ikke længere gælder, eller såfremt parterne ikke er bundet til at overholde en kollektiv overenskomst inden for gyldighedsområdet af en anden kollektiv overenskomst, som den nye indehaver og arbejdstageren har aftalt skal anvendes ...«

Det fremgår af Arbeitsgericht Hamburg's kendelser (sagerne C-138/91 og C-139/91), at Bundesarbeitsgericht i sin faste praksis indtager det standpunkt, at

»når en virksomhedsdel overføres til en anden indehaver ved retshandel, hindrer en indsigelse fra en arbejdstager, der er beskæftiget i denne virksomhedsdel, at arbejdsforholdet overgår til erhververen, og arbejdsforholdet til overdrageren opretholdes (jf. grundlæggende BAG AP, nr. 1 vedrørende § 613a i BGB, og senest BAG AP, nr. 55 vedrørende § 613a i BGB)«.

3) *De faktiske omstændigheder i hovedsagerne*

— I sag C-132/91

Det fremgår af sagens akter, at sagsøgeren i hovedsagen, Katsikas, var ansat som kok i en restaurant, som sagsøgte i hovedsagen, Konstantinidis, drev i Lichtenfels.

Konstantinidis bemyndigede kontraktligt Mitossis til at lede bedriften under sit tilsyn fra den 2. april 1990. I kontrakten mellem Konstantinidis og Mitossis forpligtede sidstnævnte sig til, fra den 2. april 1990, at fritage Konstantinidis for alle forpligtelser hidrørende fra driften af restauranten, navnlig for pligten til betaling af lønninger og vederlag.

Katsikas, der havde forlangt at blive beskæftiget i en anden restaurant, som Konstantinidis drev, blev af denne afskediget den 26. juni 1990. Konstantinidis hævder, at han ved denne lejlighed handlede i Mitossis' navn.

Katsikas anlagde sag ved Arbeitsgericht Bamberg (Coburg Afdeling) med det formål at opnå betaling af forskellige ydelser, som man efter hans opfattelse skyldte ham for tiden før hans afskedigelse og for den periode, der tilkom ham som opsigelsesfrist.

Til sit forsvar gjorde Konstantinidis gældende, at han på tidspunktet for afskedigelsen ikke var sagsøgers arbejdsgiver, eftersom han havde overdraget sin bedrift til Mitossis.

På denne baggrund har Arbeitsgericht Bamberg (Coburg Afdeling) stillet Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan en arbejdstager, som på tidspunktet for overførslen, jf. 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, er ansat hos overdrageren, i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, rejse indsigelse mod, at overdragerens rettigheder og pligter overgår til erhververen, med det resultat, at overdragelsen af overdragerens rettigheder og pligter til erhververen *ikke* finder sted?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

Er en i en medlemsstats nationale lovgivning hjemlet adgang til at rejse en sådan indsigelse som omhandlet i spørgsmål 1 en for arbejdstagerne gunstigere bestemmelse, jf. artikel 7 i direktiv 77/187?

3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende:

Skal artikel 7 i direktiv 77/187 fortolkes således, at der skal være tale om *udtrykkelige* (gunstigere) administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser?

4) Såfremt spørgsmål 3 besvares benægtende: Skal artikel 7 i direktiv 77/187 fortolkes således, at medlemsstaternes retsinstanser ved fortolkning af de nationale administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser kan skabe 'bestemmelser', som er gunstigere for arbejdstagerne?«

— I sagerne C-138/91 og C-139/91

Skreb og Schroll er to arbejdstagere i selskabet PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nfl. GmbH (herefter benævnt »PCO«), hvor de var beskæftigede som truckførere og først og fremmest arbejdede i selskabets læsningsafdeling.

Med virkning fra den 1. oktober 1990 overdrog PCO virksomhedens læsningsafdeling til selskabet Carl Tiedemann GmbH & Co. (herefter benævnt »Tiedemann«).

I henhold til § 613a, stk. 1, i BGB rejste sagsøgerne, i lighed med andre arbejdstagere, indsigelse mod overførslen af deres arbejdsforhold til Tiedemann.

Ved skrivelse af 8. oktober 1990 opsagde PCO sagsøgernes arbejdskontrakter.

Disse anlagde herefter sag ved Arbeitsgericht Hamburg med henblik på fastsættelse af, at deres afskedigelse socialt set ikke var begrundet, og gjorde især gældende, at der var tilstrækkelige beskæftigelsesmuligheder i virksomheden, og at der var ledige stillinger.

I modsætning hertil har PCO gjort gældende, at direktiv 77/187 af 14. februar 1977 hindrer, at en arbejdstager kan rejse indsigelse mod, at hans arbejdsforhold overføres ved en virksomhedsoverførsel.

Arbeitsgericht Hamburg var herefter i tvivl om, hvorvidt den ret til at rejse indsigelse, som Bundesarbeitsgericht har tilkendt en arbejdstager, er forenelig med dette direktivs artikel 3, stk. 1, således som Domstolen har fortolket bestemmelsen i sin dom af 5. maj 1998 (forenede sager 144/87 og 145/87, Berg, Sml. s. 2559), og for det andet, om direktivets artikel 7 tillader, at der i det nationale retssystem tilkendes arbejdstageren en indsigelsesret i tilfælde af en virksomhedsoverførsel og derved gives denne mulighed for at videreføre arbejdsforholdet med virksomhedsoverdrageren.

Arbeitsgericht Hamburg har derfor i begge sager stillet Domstolen følgende spørgsmål:

»Er der tale om en 'gunstigere' bestemmelse, jf. artikel 7 i direktiv 77/187, når en arbejdstager i forbindelse med bedriftens overførsel kan rejse indsigelse mod, at hans arbejdsforhold overgår til erhververen, med den virkning, at dette heller ikke sker?«

4) *Retsforhandlingerne ved Domstolen*

Arbeitsgericht Bamberg's kendelse af 7. maj 1991 er indgået til Domstolens Justitskontor den 22. maj s.å. Arbeitsgericht Hamburg's kendelser af 4. april 1991 blev registreret på Domstolens Justitskontor den 27. maj s.å.

Sagerne C-138/91 og C-139/91 blev forenet ved Domstolens kendelse af 19. juni 1991. Sagerne C-138/91 og C-139/91 blev forenet med sag C-132/91 ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 3. oktober 1991.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af:

— i alle tre sager, den tyske regering, i sagerne C-138/91 og C-139/91 ved Ministerialrat Ernst Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget, og i sag C-132/91 ved Ministerialrat Ernst Röder og Regierungsdirektor Joachim Karl, begge Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede, og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ved Karen Banks og Bernd Langeheine, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede

— i sagerne C-138/91 og C-139/91, af sagsøgerne i hovedsagen ved advokat Klaus Bertelsmann, advokatkontoret Bertelsmann und Gäbert, Hamburg.

I sine indlæg har den tyske regering forlangt, at der i henhold til procesreglementets artikel 95, stk. 2, træffes afgørelse af Domstolen i plenum.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

A — *Det første spørgsmål fra Arbeitsgericht Bamberg*

1. *Den tyske regering* har foreslået, at dette spørgsmål besvares bekræftende. For det første hjemler direktivets artikel 3, stk. 1, mulighed for, at den arbejdskontrakt, som bestod på tidspunktet for overførslen, videreføres med den nye arbejdsgiver i overensstemmelse med direktivets mål, der består i at bevare arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af en virksomhedsoverførsel. For det andet kan medlemsstaterne udforme denne grundsætning konkret, enten idet de i national ret bestemmer, at overdrageren og erhververen hæfter solidarisk for de forpligtelser, som følger af arbejdskontrakten (direktivets artikel 3, stk. 1), eller idet de fastsætter nationale bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne (direktivets artikel 7), såsom arbejdstagerens ret til at rejse indsigelse mod overførslen af hans arbejdskontrakt.

2. *Kommissionen* har foreslået, at dette spørgsmål besvares benægtende.

Kommissionen har anført, at det fremgår af Domstolens praksis, især af dom af 10. februar 1988 (sag 324/86, »Daddy's Dance Hall«, Sml. s. 739, præmis 14 og 15), af 5. maj 1988 (forenede sager 144/87 og 145/87, Berg, nævnt ovenfor, præmis 11) og af 25. juli 1991 (sag 362/90, d'Urso, Sml. I, s. 4105), at spørgsmålet om overførslen af overdragerens forpligtelser til erhververen er unddraget arbejdskontraktens parters dispositionsret, og at en arbejdstager dermed ikke kan forhindre denne overførsel.

B — *Vedrørende det andet spørgsmål fra Arbeitsgericht Bamberg og spørgsmålene fra Arbeitsgericht Hamburg*

3. *Dem tyske regering* har foreslået, at spørgsmålene besvares bekræftende. Regeringen har fremført følgende argumenter:

— § 613a i BGB er, således som bestemmelsen fortolkes af Bundesarbeitsgericht, udtryk for en gunstigere bestemmelse i henhold til direktivets artikel 7. I henhold til Bundesgericht's faste praksis gør § 613a i BGB det muligt for arbejdstageren at afvise overførslen af hans arbejdsforhold til erhververen og at opretholde hans arbejdsforhold med overdrageren.

Denne bestemmelse sikrer de rettigheder, der er bestemt i direktivet, og giver yderligere arbejdstageren mulighed for at vælge mellem den tidligere og den nye arbejdsgiver.

At denne bestemmelse er gunstig fremgår særlig tydeligt, når kun en del af virksomheden (driften eller en del af driften) overdrages: Arbejdstageren har da krav på at blive beskæftiget i den del af virksomheden, der ikke er blevet overdraget, hvis der er en ledig arbejdsplads. Selv om hele virksomheden overdrages, kan arbejdstageren være interesseret i, at forholdet til hans gamle arbejdsgiver opretholdes, især hvis arbejdstageren går på pension (arbejdsgiverens betalingsevne, når denne er skyldner i forhold til de rettigheder, arbejdstageren har erhvervet; afvisning af et skift af arbejdsgiver, førend den erhvervsmæssige beskæftigelse ophører), eller hvis arbejdskontrakten indeholder en konkurrenceforbudsklausul.

— Arbejdstagerens ret til at opretholde det hidtidige arbejdsforhold stemmer overens med en almindelig grundsætning i tysk ret, hvorefter et kontraktligt retsforhold kun kan overdrages under forudsætning af, at alle implicerede parter samtykker heri; direktivets artikel 7 gør det muligt at overholde denne grundsætning.

— Arbejdstagerens indsigelsesret tager desuden hensyn til grundsætningerne om den enkeltes frihed og det frie valg af erhverv; disse grundsætninger er knæsat i den tyske forfatning og i Domstolens praksis (jf. dom af 14.5.1974, sag 4/73, Nold mod Kommissionen, Sml. s. 491). Denne ret følger også af grundsætningen om forbud mod tvangsarbejde, der er indeholdt i artikel 4, stk. 2, i den europæiske menneskerettighedskonvention.

— Indsigelsesretten udgør ikke noget afkald på de rettigheder, der er fastsat i direktivet, men er udtryk for en alternativ form for beskyttelse af arbejdsforholdet. Indsigelsesretten strider således ikke mod de grundsæt-

ninger, Domstolen formulerede i sin ovennævnte dom af 10. februar 1988 i »Daddy's Dance Hall«-sagen.

— Hvis retten til at vælge anses for at være en begunstigelse i direktivets forstand, må denne ret også kunne omfatte videreførelsen af arbejdsforholdet med overdrageren.

4. *Kommissionen* har ligeledes foreslået, at spørgsmålene besvares bekræftende.

Kommissionen har fremført, at selv om det kan anses for at være gunstigst for arbejdstageren at have yderligere en dispositionsmulighed, såfremt det antages, at arbejdstageren udnytter denne bedst muligt, kan man også hævde, at en sådan mulighed indebærer, at arbejdstageren også risikerer at blive afskediget, hvilket er i modstrid med direktivets formål, som består i at opretholde arbejdsforholdet.

Det fremgår dog af dommen af 11. juli 1985 (sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 16), at direktivets formål ikke er til hinder for, at en arbejdstager frit beslutter sig til ikke at arbejde sammen med virksomhedserhververen og dermed giver afkaid på at gøre brug af den beskyttelse, han får tilbudt. Det er i lyset af denne dom, at præmis 12 i nævnte dom af 25. juli 1991, d'Urso, må ses, hvorefter arbejdsforholdet med overdrageren ikke kan opretholdes i tilfælde af virksomhedsoverførsel.

Hverken ovennævnte dom af 5. maj 1988, Berg, som Arbeitsgericht Hamburg har henvist til i sine forelæggelseskendelser, eller ovennævnte dom af 10. februar 1988, »Daddy's Dance Hall«, taler imod denne løsning. Berg-sagen drejede sig nemlig om, hvorvidt overførslen af rettigheder afhænger af arbejdstagerens samtykke, og »Daddy's Dance Hall«-sagen vedrørte spørgsmålet om arbejdstagerens ret til kun at give afkald på bestemte rettigheder.

Kommissionen mener, at det må erkendes, at arbejdstagerens ret til at rejse indsigelse er »gunstigere« i henhold til direktivets artikel 7, hvis denne ret i alle tilfælde bevirker, at arbejdstagerens retsstilling forbedres i henseende til direktivets formål (videreførsel af det bestående arbejdsforhold og beskyttelse mod afskedigelse). Men mindst fire betingelser skal i så fald være opfyldt:

1) Arbejdstagerens risiko for at blive afskediget er den samme hos overdrageren og hos erhververen.

2) Overdrageren er forpligtet til at videreføre arbejdsforholdet med arbejdstageren.

3) Arbejdsforholdet videreføres på de betingelser, der gælder på tidspunktet for overførslen.

4) Overdrageren kan ikke afskedige arbejdstageren alene på grund af virksomhedsoverførslen.

Det er særlig svært at bedømme, om den første betingelse er opfyldt, hvorfor

systemet ifølge Kommissionen er lidet anvendeligt.

Desuden strider en sådan »formynderisk« synsvinkel mod den grundsætning, at en arbejdstager ikke kan tvinges til fortsat at arbejde for sin arbejdsgiver. Denne grundsætning bekræftes i Bundesarbeitsgericht's praksis, hvorefter der ikke må påtvinges nogen arbejdstager en generel eller speciel beskyttelse af vedkommendes rettigheder.

Det kan også ifølge Kommissionen antages, at arbejdstageren ikke vil udnytte sin indsigelsesret, hvis der er en alvorlig risiko for, at han bliver afskediget af overdrageren, og at han, selv om han bliver afskediget, ikke er dårligere stillet end en arbejdstager, der beslutter sig til at ophæve arbejdsforholdet med overdrageren eller erhververen (ovennævnte dom af 11.7.1985, Danmols Inventar).

Man kan højst begrænse indsigelsesretten til at omfatte de tilfælde, hvor overdrageren mindst ejer én anden bedrift, som arbejdstageren kan beskæftiges i. Som Bundesarbeitsgericht imidlertid fastslog i sin dom af 6. februar 1980, kan arbejdstageren have en interesse i, at arbejdsforholdet til overdrageren videreføres, selv om den overdragne bedrift er overdragerens eneste, især hvor arbejdstageren går på pension, eller hvor der er pålagt denne et konkurrenceforbud.

Der er derfor ingen grund til ikke at anse en indsigelsesret, som er hjemlet i national ret, for at være en »gunstigere bestemmelse« for arbejdstageren i henhold til direktivets artikel 7.

3. *Skreb og Schroll* har ligeledes anført, at Arbeitsgericht Hamburg's spørgsmål skal besvares bekræftende. De har derfor foreslået følgende besvarelse:

»Indrømmelsen af en indsigelsesret for arbejdstageren, hvorved denne kan hindre, at hans arbejdsforhold overgår til erhververen i tilfælde af en virksomhedsoverdragelse, er en gunstigere administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse som omhandlet i artikel 7 i direktiv 77/187/EØF.«

Sagsøgerne i hovedsagen har først anført, at Arbeitsgericht Hamburg i en meget detaljeret dom af 14. februar 1991 (sag 25b Ca 358/90) fastslog, at den indsigelsesret, der består i tysk ret, er en gunstigere bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7, og at Arbeitsgericht Hamburg i en sag, som en arbejdstager hos PCO havde anlagt over sin afskedigelse, der var sket, efter at han havde rejst indsigelse mod, at hans arbejdsforhold overgik til Tiedemann, gav arbejdstageren medhold.

Ifølge Skreb og Schroll indrømmes der ikke arbejdstagerne nogen ret til at rejse indsigelse mod virksomhedsoverførslen i medfør af direktivets artikel 3, jf. Domstolens ovennævnte dom af 5. maj 1988, Berg.

Således som bestemmelserne i § 613a i BGB fortolkes af Bundesarbeitsgericht, er disse gunstigere bestemmelser for arbejdstageren som angivet i direktivets artikel 7.

I henhold til Bundesarbeitsgericht's faste praksis, som allerede var fastlagt inden indførelsen af § 613a i BGB (denne skete ved § 122 i den tyske bedriftsforfatningslov, »Betriebsverfassungsgesetz«, af 15.1.1972), og som siden er blevet yderligere bekræftet (især efter ændringen af § 613a ved gennemførelsen af direktiv 77/187 af 14.2.1977 ved lov af 21.8.1980 om ligebehandling af mænd og kvinder på arbejdspladsen og om opretholdelse af deres rettigheder i tilfælde af virksomhedsoverførsel, »Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang«) kan arbejdsforholdet — og ikke blot enkelte rettigheder og forpligtelser — ikke overdrages til en anden arbejdsgiver uden arbejdstagerens samtykke. Sagsøgerne har anført, at Bundesarbeitsgericht i sin faste praksis og i alle sine afdelinger har begrundet indsigelsesretten, som tilkendes arbejdstageren, med grundprincipper i tysk ret og især med princippet om erhvervsfrihed, der indeholdes i den tyske grundlovs artikel 12.

Denne fortolkning, som ikke her er bestridt, er ifølge sagsøgerne en »administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse, som er gunstigere«, som omhandlet i direktivets artikel 7.

For det første har de anført, at enhver udvidelse af mulighederne for at træffe beslutninger er gunstigere for arbejdstageren end en fuldstændig mangel på valgmuligheder.

Indsigelsesretten gør det muligt for arbejdstageren så vidt muligt fortsat at være beskæftiget hos samme arbejdsgiver på samme eller lignende betingelser. I praksis spiller indsigelsesretten en vigtig rolle, når der er beskæftigelsesmuligheder i de dele af virksomheden, som ikke overdrages, og arbejdstageren mener, at den nye arbejdsgiver efter kort tid ikke længere vil kunne opfylde sine forpligtelser, og der består risiko for, at arbejdstageren mister sin arbejdsplads, hvis denne overdrages, eller såfremt overdragelsen alene har det formål at afvikle enheder, der ikke er rentable, og som vil gå konkurs, og overdragelsen sker for at undgå udgifter ved en afskedigelsesordning.

For det andet har Skreb og Schroll anført, at indsigelsesretten ikke strider mod bestemmelserne i direktivets artikel 3, der skal forhindre, at arbejdstagere mister deres arbejdsplads eller som følge af virksomhedsoverførslen bliver beskæftiget på dårligere vilkår. De regler, der finder anvendelse i tysk ret, sikrer arbejdstageren den garanti, der er hjemlet i direktivets artikel 3, og giver yderligere arbejdstageren mulighed for frit at beslutte at forblive hos sin tidligere arbejdsgiver. Arbejdstageren mister ikke nogen — subjektiv eller objektiv — ret som følge af disse regler, men får tværtimod udvidet sine retlige muligheder.

For det tredje har sagsøgerne anført, at indsigelsesretten er i overensstemmelse med de af direktivet tilsigtede mål. Som Domstolen har fastslået i ovennævnte dom af 5. maj 1988, Berg, har direktivet til formål »at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne kan forblive i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der er aftalt med overdrageren. Formålet er derimod ikke at videreføre den arbejdskontrakt eller det arbejdsforhold, der bestod med overdrageren, såfremt de i virksomheden ansatte arbejdstagere ikke ønsker at arbejde for erhververen«. Dette er — som det anføres i teorien — præcis det, der i tysk ret søges opnået med at give arbejdstageren ret til at rejse indsigelse mod overførslen af arbejdsforholdet til erhververen af virksomheden.

For det fjerde har sagsøgerne anført, at indholdet af reglerne i direktivets artikel 3, stk. 1, kun er ufravigelige for arbejdsgiverne og ikke for arbejdstagerne, der kan udnytte andre muligheder i national ret, såfremt disse er gunstigere for deres interesser.

For det femte har sagsøgerne anført, at Bundesarbeitsgericht har fastslået følgende i sin dom af 6. februar 1980 [AP nr. 21 vedrørende § 613a i BGB, punkt II, stk. 2, litra a)]:

»Det er dog ikke nødvendigt at tage endelig stilling til, hvilket indhold artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187/EØF har. Direktivets artikel 7 giver medlemsstaterne i Det Europæiske Fællesskab mulighed for at anvende eller indføre bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne. Indrømmelsen af en indsigelsesret for arbejdstageren i tysk ret er en bestemmelse, som er gunstigere for arbejdstageren, og strider derfor allerede af denne grund ikke mod fællesskabsretten.«

Endelig udgør ifølge Skreb og Schroll retsinstansernes fortolkning af en retsregel en »administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse« som omhandlet i direktivets artikel 7. De anfører herved, at det er almindeligt antaget, at alle retsnormer i en medlemsstat omfattes af indbyrdes tilnærmelse, der omhandles i EØF-traktatens artikel 100. Dvs. at såvel skreven som uskreven ret, retsgrundsætninger og gennemførelsen af et direktiv i national ret kan ske både ved lovskabt ret og ved ret skabt ved domspraksis. Desuden har sagsøgerne anført, at den indsigelsesret, der er tilkendt de tyske arbejdstagere, ikke er skabt udelukkende ved domspraksis, idet Bundesarbeitsgericht's praksis er baseret på fortolkningen af gældende bestemmelser (§ 415 og § 612, stk. 1, i BGB og artikel 12 i den tyske grundlov), og at indsigelsesretten, selv hvis man antager, at det drejer sig om en egentlig dommerskabt konstruktion, alligevel må anses for at være en »bestemmelse« som omhandlet i direktivets artikel 7, således som Arbeitsgericht Hamburg har fastslået i sin ovennævnte dom af 14. februar 1991 (sag 25b Ca 358/90).

C — *Det tredje og fjerde spørgsmål fra Arbeitsgericht Bamberg*

— *Kommissionen* har gennemgået begge spørgsmål samlet og foreslået dem besvaret således, at de grundsætninger, der er udviklet af domstolenes retspraksis i en medlemsstat, omfattes af begrebet »administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser« som omhandlet i direktivets artikel 7.

Ifølge Kommissionen vedrører de præjudicielle spørgsmål ikke gennemførelsen af de bestemmelser, der er affattet i direktivet, i tysk ret, men en medlemsstats udnyttelse af en mulighed, der indrømmes ved direktivet. De retsgrundsætninger, der er skabt ved fast retspraksis fra højere retsinstanser, kan absolut udgøre »gunstigere bestemmelser« som omhandlet i direktivets artikel 7.

— *Den tyske regering* har besvaret de to spørgsmål separat.

Regeringen har foreslået, at det tredje spørgsmål besvares benægtende. For det første er en snæver fortolkning ikke påbudt i henhold til artikel 7's ordlyd. For det andet ville en sådan fortolkning stride mod direktivets formål.

Regeringen har foreslået, at det fjerde spørgsmål besvares bekræftende.

Retsinstansers fortolkning konkretiserer ifølge regeringen den pågældende norm, og det er retligt set uden betydning, om det »gunstigere« indhold af bestemmelsen fremgår af bestemmelsens ordlyd eller følger af retsinstansernes fortolkning heraf.

F. Grévisse

Refererende dommer