FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 4. juli 1996 *

A — Indledning

1. I den foreliggende sag har Tribunal du travail de Bruxelles forelagt Domstolen spørgsmål om fortolkningen af artikel 3 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 [1]. Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag, som en ansat (Claude Rotsart de Hertaing, sagsøgeren) har anlagt mod sin tidligere arbejdsgiver.

2. Sagsøgeren havde været ansat i firmaet Housing Service SA siden den 1. marts 1987. Ifølge Kommissionens oplysninger ændrede Housing Service SA den 19. november 1993 navn til J. Benoidt SA, der siden denne dato har været i likvidation. Aktiviteterne i J. Benoidt SA i likvidation er blevet fortsat af et nystiftet selskab, IGC Housing Service SA, der har til huse i J. Benoidt SA's lokaler. Kontrakten herom blev indgået med virkning fra den 1. december 1993.

3. Allerede den 23. november 1993 modtog sagsøgeren opsigelse med seks måneders varsel fra den 1. december 1993 at regne. Ifølge Kommissionen og den forelæggende rets oplysninger var det firmaet Housing Service, der foretog opsigelsen.

4. Den 22. december 1993 modtog sagsøgeren fra likvidator for selskabet J. Benoidt SA i likvidation meddelelse om, at hun var opsagt uden varsel på grund af grov misligholdelse af arbejdskontrakten. Sagsøgeren gjorde indsigelse mod opsigelsen såvel i henseende til formaliteten som realiteten og anlagde endelig sag mod

1) J. Benoidt SA i likvidation og

2) IGC Housing Service SA,

hvorunder hun bl. a. påstod sagsøgte tilpligtet at betale hende fratrædelsesgodtgørelse, erstatning for uberettiget opsigelse, årsbonus for 1993 og feriegodtgørelse.

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 61, s. 26.

5. Sagsøgeren gjorde gældende, at J. Benoidt SA i likvidation og IGC Housing Service var én og samme virksomhed. Sagsøgeren har anført, at hendes arbejdskontrakt i hvert fald er blevet overført fra en virksomhed til en anden under de forudsætninger, der er nævnt i den kollektive overenskomst nr. 32a. I henhold til denne overenskomst hæfter overdrageren og erhververen solidarisk for gæld til arbejdstagerne. Ved virksomhedsoverførslen som følge af overdragelse blev Housing Service [2] i forening med J. Benoidt SA i likvidation hendes arbejdsgiver.

6. IGC Housing Service gjorde gældende, at selskabet aldrig havde været sagsøgerens arbejdsgiver og heller ikke havde været forpligtet hertil; det var desuden ikke IGC Housing Service, der havde opsagt sagsøgeren.

7. Ifølge den forelæggende ret er det ubestridt, at der i den foreliggende sag er tale om en overførsel af en virksomhed som følge af overdragelse i henhold til direktiv 77/187 samt den kollektive overenskomst nr. 32a. Det forholder sig desuden ubestrideligt således, at sagsøgerens arbejdskontrakt ikke blev overført til erhververen, da overdragelsesaftalen intet indeholder om en sådan overførsel.

8. Den forelæggende ret står nu over for spørgsmålet, om erhververen, IGC Housing Service, var forpligtet til at beskæftige sagsøgeren og, i bekræftende fald, hvilke sanktioner der skal fastsættes som følge af den manglende overholdelse af forpligtelsen. Ifølge den forelæggende ret afhænger svaret på dette spørgsmål af fortolkningen af artikel 3 i direktiv 77/187. Artikel 3 er affattet således:

»1. Overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførselen i henhold til artikel 1, stk. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.

Medlemsstaterne kan bestemme, at overdrageren også efter overførselen i henhold til artikel 1, stk. 1, og sammen med erhververen er ansvarlig for de forpligtelser, som følger af en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold.

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.

...«

2 — Som det fremgår af sagsøgerens indlæg, menes der herved velsagtens det nystiftede selskab, IGC Housing Service.

9. Ovennævnte artikel 1, stk. 1, i direktivet lyder således:

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

10. Artikel 3 i direktiv 77/187 er gennemført i belgisk ret ved artikel 7 i den kollektive overenskomst nr. 32a. Denne er affattet således:

»Overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførselen i henhold til artikel 1, stk. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.«

11. Sagen mod J. Benoidt SA i likvidation kan ifølge den forelæggende ret — om end ikke fuldt ud — antages til realitetsbehandling og er på tilsvarende vis begrundet.

12. Med hensyn til sagen mod IGC Housing Service har den forelæggende ret — idet den har henvist til Domstolens dom af 10. februar 1988, hvorefter den beskyttelse, direktiv 77/187 giver, er præceptiv og som sådan unddraget kontraktparternes dispositionsret [3] — anset det for nødvendigt at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 3 i direktiv 77/187 fortolkes således, at alle arbejdskontrakter, der er i kraft på tidspunktet for overførslen, og som vedrører personale, der er beskæftiget i den virksomhed, der overføres, overføres fra overdrageren til erhververen som følge af overførslen, uden at der levnes overdrageren eller erhververen noget valg?

2) Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, ønskes det oplyst, om

— overførslen af personale sker automatisk, uanset om erhververen nægter at opfylde sin forpligtelse?

— overførslen af personale sker pr. overførselsdatoen, eller om den efter overdragerens eller erhververens valg kan fastsættes til et senere tidspunkt?«

3 — Der er tale om sag 324/86, Daddy's Dance Hall, Sml. 1988, s. 739.

B — Stillingtagen

Det første præjudicielle spørgsmål

13. Ifølge den forelæggende ret er der her ubestridt tale om en overførsel af en virksomhed som følge af overdragelse i henhold til direktiv 77/187 og den kollektive overenskomst nr. 32a. Ifølge Domstolens faste praksis tilkommer det den nationale ret på grundlag af de kriterier, Domstolen har anført, at undersøge, om der i det konkrete tilfælde foreligger en overførsel af en virksomhed som følge af overdragelse i direktivets forstand [4]. I forelæggelsesdommen har den nationale ret nævnt grundene til, at man kom til den konklusion, at der var tale om en virksomhedsoverførsel i direktivets forstand: Den bestående økonomiske enhed blev med øjeblikkelig virkning overført til erhververen, der udøvede samme virksomhed som overdrageren. Overførslen omfattede således »ejendomsmæglervirksomheden«, det vil bl. a. sige dennes navn, logo, kundekreds, driftsmateriel, lejemål og samtlige ejendomsmæglerkontrakter; arbejdskontrakter for tre ansatte blev overført pr. 1. januar 1994.

14. Ifølge den forelæggende ret er sagsøgerens arbejdskontrakt ubestridelig ikke blevet overført, da overdragelsesaftalen intet indeholder om en sådan overførsel. Desuden går erhververen ud fra, at det erhvervende selskab aldrig har været sagsøgerens arbejdsgiver, mens overdrageren har gjort gældende, at alene det overdragende selskab var sagsøgerens arbejdsgiver indtil den dato, pr. hvilken arbejdskontrakten blev ophævet.

15. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører problemet, om overdrager og erhverver har en sådan valgret, eller om *alle* arbejdskontrakter, der bestod på dette tidspunkt, overføres som følge af virksomhedsoverdragelsen.

16. Kommissionen er kommet til den konklusion, at det i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 forholder sig således, at alle arbejdskontrakter eller arbejdsforhold, der på tidspunktet for virksomhedsoverførslen bestod mellem overdrager og arbejdstagerne, automatisk overgår til erhververen alene på grund af overførslen, hvorved erhververen indtræder i overdragerens retsstilling hvad angår de rettigheder og pligter, som følger af disse arbejdsforhold. Kommissionen har herved henholdt sig til Domstolens hidtidige praksis, især dommene Wendelboe m.fl. [5], Berg og Busschers [6], Daddy's Dance Hall [7] og d'Urso m.fl. [8].

17. Kommissionens opfattelse må tiltrædes. Jeg skal i denne forbindelse først referere til

4 — 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.

5 — Dom af 7.2.1985, sag 19/83, Sml. s. 457.

6 — Dom af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Sml. s. 2559.

7 — Nævnt i fodnote 3.

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

dommen i sagen d'Urso m.fl. Denne sag vedrørte en virksomhedsoverførsel, hvor det i henhold til kontrakten om overdragelse og i overensstemmelse med fagforeningsaftaler, som kontrakten hvilede på, kun var 940 ud af de i alt 1 458 arbejdstagere, hvis arbejdsforhold fortsatte hos erhververen. Domstolen skulle derefter tage stilling til, om direktivets artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at alle arbejdsforhold, der på tidspunktet for en virksomhedsoverførsel består mellem overdrageren og arbejdstagerne i virksomheden, automatisk overgår til erhververen alene på grund af overførslen. Domstolen besvarede spørgsmålet bekræftende, idet den henviste til sin egen praksis. Domstolen fastslog således — som det allerede var sket i sagen Berg og Busschers [9] — at direktivet har til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet direktivet giver mulighed for, at arbejdstagerne kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der er aftalt med overdrageren. »De regler, der gælder ved overførsel af en virksomhed eller en bedrift til en anden indehaver, skal i de ansattes interesse sikre de allerede eksisterende arbejdsforhold, som udgør en del af hele den overførte økonomiske enhed« [10].

18. Domstolen har desuden henvist til sin dom i sagen Daddy's Dance Hall [11]. I denne sag blev det fastslået, at den beskyttelse, der følger af direktivet, er udtryk for en ufravigelig retsgrundsætning og som sådan unddraget kontraktparternes dispositionsret. Navnlig direktivets regler om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af overførslen, må betragtes som præceptive i den forstand, at de ikke kan fraviges til ugunst for arbejdstagerne.

19. I sagen d'Urso [12] udledte Domstolen heraf, at det for opnåelsen af de rettigheder, direktivet giver arbejdstagerne, er uden betydning, om overdrageren, erhververen, repræsentanter for arbejdstagerne eller arbejdstagerne selv har givet deres samtykke. Herefter kan arbejdskontrakterne ikke opretholdes over for virksomhedsoverdrageren, men overgår automatisk til erhververen. Arbejdstageren har dog, som det allerede blev afgjort i sagen Danmols Inventar [13], ret til efter overførslen af egen fri vilje ikke at fortsætte arbejdsforholdet hos den nye virksomhedsindehaver.

20. Hvilke arbejdsforhold, der består på tidspunktet for overførslen og dermed overgår til erhververen, afhænger af de nationale regler. Der skal dog ske en overholdelse af direktivets præceptive regler om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af virksomhedsoverførslen. Følgelig skal de i virksomheden ansatte arbejdstagere, hvis arbejdskontrakt eller arbejdsforhold i

9 — Nævnt i fodnote 6, præmis 12 og 13.
10 — Ovennævnte dom i d'Urso-sagen.
11 — Jf. fodnote 3, præmis 14 ff.
12 — Jf. fodnote 8, præmis 11.
13 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Sml. s. 2639, præmis 16.

strid med direktivets artikel 4, stk. 1, er blevet bragt til ophør før overførselstidspunktet, betragtes, som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet [14].

21. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 3 i direktiv 77/187 skal forstås således, at *alle* arbejdskontrakter, der er i kraft på tidspunktet for overførslen, og som vedrører personale, der er beskæftiget i den virksomhed, der overføres, overføres fra overdrageren til erhververen som følge af overførslen, uden at der levnes overdrageren eller erhververen noget valg.

Det andet præjudicielle spørgsmål

22. Den første del af dette spørgsmål vedrører erhververens mulighed for ved sin vægring at forhindre, at alle arbejdskontrakter automatisk overføres til ham.

23. Som jeg allerede har nævnt i besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål, fastslog Domstolen i sagen d'Urso, at opnåelsen af de rettigheder, direktivet giver, ikke kræver samtykke fra hverken overdrageren eller erhververen [15]. Selv hvis erhververen modsætter sig overførslen af arbejdskontrakterne, hindres denne derfor ikke.

24. Når henses til direktivets formål, der består i at beskytte arbejdstagerne i forbindelse med virksomhedsoverførslen, så fremgår det tydeligt, at overførslen af arbejdskontrakterne skal ske uafhængigt af, om erhververen modsætter sig den. Hvis erhververen gennem sin vægring kunne forhindre overførslen af arbejdskontrakterne, så ville den beskyttelse, direktivet giver, være uden indhold.

25. Hermed fratages erhververen dog ikke enhver mulighed for at ophæve de arbejdskontrakter, der er overført i forbindelse med virksomhedsoverførslen. Domstolen henviste således allerede i dommen i sagen d'Urso til, at det ganske vist ifølge direktivets artikel 4, stk. 1, er udelukket, at virksomhedsoverførslen i sig selv kan begrunde en afskedigelse, men at der fortsat kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer [16].

26. Af det ovenfor anførte følger således, at erhververen ikke kan nægte at overtage sagsøgerens arbejdskontrakt.

14 — Dom af 15.6.1988, sag 101/87, Bork m.fl., Sml. s. 3057, præmis 17 og 18.

15 — Jf. fodnote 8, præmis 11.

16 — Jf. fodnote 8, præmis 19.

27. Dette resultat er også foreneligt med Domstolens praksis, ifølge hvilken en arbejdstager ikke kan forpligtes til at arbejde for den nye arbejdsgiver [17]. Ved en virksomhedsoverførsel er arbejdstageren i en anden situation end den nye arbejdsgiver. Arbejdstageren deltog ikke i kontrakten om overførsel af virksomheden. Han kan derfor — ifølge Domstolen — ikke tvinges til imod sin vilje at arbejde for den nye arbejdsgiver. »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« [18].

28. Direktivet har desuden til formål at beskytte arbejdstagerne og ikke arbejdsgiverne. Såfremt en arbejdstager nægter at arbejde for virksomhedserhververen, så giver han hermed blot afkald på den beskyttelse, direktivet giver ham. Er han derimod indforstået med overførslen af arbejdskontrakten, så er også han forpligtet til at overholde de præceptive regler i direktivet. Selv hvis han giver sit samtykke i overførslen, kan han derfor ikke beskæftiges på andre betingelser, end han blev det hos virksomhedsoverdrageren [19].

29. Den første del af det andet præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at overførslen af personale sker automatisk, uanset om erhververen nægter at opfylde sin forpligtelse. Dette svarer i øvrigt også til Kommissionens opfattelse.

30. Anden del af det andet præjudicielle spørgsmål drejer sig om tidspunktet for overførslen af personale, nærmere bestemt om, hvorvidt dette tidspunkt efter overdragerens eller erhververens valg kan fastsættes til et senere tidspunkt end datoen for virksomhedsoverførslen.

31. Efter Kommissionens opfattelse fremgår det allerede indirekte af direktivets artikel 3, stk. 1, at en sådan ændring af tidspunktet ikke er mulig. Hvis de rettigheder og forpligtelser, der er forbundet med arbejdsforholdet, som følge af virksomhedsoverførslen overgår til erhververen, så indtræder erhververen efter Kommissionens opfattelse pr. denne dato i overdragerens position.

32. Også dette spørgsmål har Domstolen allerede besvaret. Således anførte den i dommen i sagen Berg og Busschers, »at artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 af 14. februar 1977 skal fortolkes således, at overdrageren *efter overførselstidspunktet* er løst fra sine forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold alene på grund af overførslen ...« [20].

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

18 — Ovennævnte dom, jf. fodnote 17, præmis 32.

19 — Ovennævnte dom, jf. fodnote 3, præmis 14 og 15.

20 — Ovennævnte dom, jf. fodnote 6, præmis 14; min fremhævelse.

33. Dette fremgår efter min mening også af formuleringen i artikel 3, stk. 1, andet afsnit. Når det der foreskrives, at medlemsstaterne kan bestemme, at overdrageren også efter overførslen og sammen med erhververen er ansvarlig for de forpligtelser, som følger af en arbejdskontrakt, så betyder det, at overdrageren pr. overførselstidspunktet normalt ikke længere har nogen forpligtelser, og at forpligtelserne pr. dette tidspunkt overgår til erhververen. Da det, som anført under første del af dette forslag til afgørelse, efter dommen i sagen Daddy's Dance Hall står fast, at direktivets bestemmelser er præceptive [21], kan denne bestemmelse ikke fraviges til ugunst for arbejdstagerne.

34. Dommen i sagen Ny Mølle Kro kunne — sådan som Kommissionen har anført — ligeledes indeholde en fastlæggelse af tidspunktet for overførslen af arbejdskontrakterne. I denne sag fastslog Domstolen, at der foreligger en virksomhedsoverdragelse, når der sker en udskiftning af den person, som er ansvarlig over for arbejdstagerne [22]. Det er næppe muligt at definere en virksomhedsoverførsel på grundlag af overførslen af arbejdskontrakterne, uden at der foreligger et sammenfald af de to tidspunkter.

35. Efter min mening er Kommissionens henvisning til dommen i sagen Abels mindre overbevisende. I henhold til denne dom overgår de forpligtelser, der består på overdragelsestidspunktet, til erhververen [23]. Det er ikke dermed udelukket, at arbejdskontrakterne overføres på et senere tidspunkt; dette sker dog således, at kontrakterne bevarer den form, de havde på overførselstidspunktet.

36. Det følger imidlertid allerede af dommen i sagen Berg og Busschers, at anden del af det andet præjudicielle spørgsmål skal besvares således, at overførslen af personale sker på tidspunktet for virksomhedsoverførslen og ikke kan fastsættes til et senere tidspunkt.

37. Til sidst skal jeg fremsætte et par bemærkninger om, hvorvidt direktivet kan anvendes i det foreliggende tilfælde. Det fremgår af såvel det præjudicielle spørgsmål som af Kommissionens indlæg, at virksomheden på overførselstidspunktet tilsyneladende var i likvidation. Det præjudicielle spørgsmål selv viser dog ikke klart, fra hvilket tidspunkt virksomheden var i likvidation. Selskabet Housing Service omtales indtil den 29. november 1993 som handlende. Ifølge den forelæggende rets angivelser handlede likvidator for J. Benoidt SA i likvidation (tidligere selskabet Housing Service) først fra den 13. december 1993. Det vil sige, at virksomheden allerede var i likvidation på dette tidspunkt. Det fremgår af de bemærkninger fra sagsøgeren, som den forelæggende ret har citeret, at virksomhedsoverførslen allerede fandt sted den 1. december 1993. På grundlag heraf ville det ikke fremgå klart, om virksomheden var i likvidation på overførselstidspunktet.

21 — Ovennævnte dom, jf. fodnote 3, præmis 14.

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

23 — Dom af 7.2.1985, sag 135/83, Sml. s. 469, præmis 36.

38. Ifølge Kommissionens oplysninger stammer navneforandringen fra Housing Service til J. Benoidt SA samt likvidationen fra den 19. november 1993. I henhold til den forelæggende rets angivelser handlede selskabet Housing Service imidlertid stadigvæk på dette tidspunkt.

39. Den foreliggende dokumentation viser derfor ikke entydigt, om virksomheden på overførselstidspunktet var i likvidation. Det tilkommer den nationale ret at fastslå, hvorledes dette forholder sig.

40. Men såfremt virksomheden — hvilket noget kunne tyde på — på tidspunktet for overførslen rent faktisk var i likvidation, så er det tvivlsomt, om direktivet overhovedet finder anvendelse på det foreliggende tilfælde.

41. Som Domstolen har fastslået i dommen i sagen Abels [24], finder direktivet ikke anvendelse under konkursbehandling. Hvordan det forholder sig i tilfælde af likvidation, skal Domstolen afgøre i den for indeværende verserende sag C-319/94 (Dethier). Skulle Domstolen komme til det resultat, at direktivet ikke skal anvendes i tilfælde af likvidation, så skal det muligvis heller ikke anvendes i den foreliggende sag, og de allerede omhandlede spørgsmål ville være uden betydning. Det tilkommer dog den nationale ret at tage stilling hertil.

42. I henhold til direktivets artikel 7 kan medlemsstaterne desuden indføre gunstigere nationale bestemmelser, og direktivet ville således derigennem også kunne finde anvendelse, når der er tale om likvidation. Det tilkommer ligeledes den nationale ret at undersøge, om dette er tilfældet her.

C — Forslag til afgørelse

43. På grundlag af ovenstående overvejelser foreslår jeg følgende besvarelse af de præjudicielle spørgsmål:

1) Artikel 3 i direktiv 77/187/EØF skal fortolkes således, at alle arbejdskontrakter, der er i kraft på tidspunktet for overførslen, og som vedrører personale, der er beskæftiget i den virksomhed, der overføres, overføres fra overdrageren

24 — Jf. fodnote 23, præmis 17.

til erhververen som følge af overførslen, uden at der levnes overdrageren eller erhververen noget valg.

2) Overførslen af personale sker automatisk, uanset om erhververen nægter at opfylde sin forpligtelse. Overførslen af personale sker på tidspunktet for virksomhedsoverførslen og kan ikke efter overdragerens eller erhververens valg fastsættes til et senere tidspunkt.