FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 4 juli 1996 *

A — Inledning

1. I det aktuella målet har Tribunal du travail de Bruxelles begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande avseende frågor om tolkningen av artikel 3 i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter. [1] Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan en anställd (Claude Rotsart de Hertaing, kärande) och hennes tidigare arbetsgivare.

2. Käranden i målet vid den nationella domstolen var sedan den 1 mars 1987 anställd av bolaget Housing Service SA. Enligt kommissionens uppgifter hade bolaget Housing Service SA bytt namn till J. Benoidt SA den 19 november 1993 och bolaget är sedan denna dag i likvidation. Verksamheten i J. Benoidt SA i likvidation övertogs av ett nybildat bolag, IGC Housing Service SA, som fortsatte verksamheten i samma lokaler som J. Benoidt SA tidigare hade. Detta skedde enligt ett avtal som trädde i kraft den 1 december 1993.

3. Den 23 november 1993 sades käranden upp med en uppsägningstid på sex månader som skulle börja löpa den 1 december 1993. Enligt kommissionens och den nationella domstolens uppgifter var det bolaget IGC Housing Service SA som sade upp käranden.

4. Den 22 december 1993 sades käranden upp med omedelbar verkan av likvidatorn för J. Benoidt SA i likvidation på grund av uppsägningsgrundande försenelse. Käranden motsatte sig uppsägningen genom skrivelse av den 8 januari 1994 med åberopande av att den var formellt och sakligt felaktig. Käranden väckte slutligen talan mot

1. J. Benoidt SA i likvidation och

2. IGC Housing Service SA,

med yrkande om förpliktande för svarandena att betala olika belopp bland annat avseende lön under uppsägningstiden, skadestånd för felaktig uppsägning, den trettonde månadslönen för år 1993 samt semesterersättning.

* Originalspråk: tyska.

1 — EGT nr L 61, 1977, s. 26.

5. Käranden har gjort gällande att bolaget J. Benoidt SA i likvidation och bolaget IGC Housing Service SA utgör ett och samma företag. Hon anser hur som helst att hon har överförts från det ena företaget till det andra på det sätt som avses i kollektivavtal nr 32a. Enligt detta kollektivavtal svarar överlåtaren och förvärvaren solidariskt för de belopp som arbetstagarna skall erhålla. Genom den lagenliga överlåtelsen av företaget blev Housing Service [2] hennes arbetsgivare tillsammans med bolaget J. Benoidt SA i likvidation.

6. Bolaget IGC Housing Service har gjort gällande att det aldrig har varit kärandens arbetsgivare och att det inte heller var skyldigt att vara det. För övrigt är det inte det som har sagt upp käranden.

7. Den nationella domstolen anser att det är ostridigt i målet att det rör sig om en lagenlig överlåtelse av företaget i den mening som avses i direktiv 77/187 och kollektivavtal nr 32a. Den anser även att det inte kan ifrågasättas att kärandens anställningsavtal inte har överförts till förvärvaren, eftersom överlåtelseavtalet inte innehöll något om denna överföring.

8. Den fråga som den nationella domstolen vill ha svar på är alltså om förvärvaren, bolaget IGC Housing Service, var skyldig att låta käranden fortsätta arbeta där och, om svaret är jakande, vilken påföljd som skall utdömas för det fall att denna skyldighet inte iakttas. Den nationella domstolen anser att svaret på dessa frågor beror på tolkningen av artikel 3 i direktiv 77/187. I denna artikel föreskrivs:

"1. Överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen enligt artikel 1.1 skall till följd av sådan överlåtelse övergå på förvärvaren.

Medlemsstaterna får föreskriva att efter tidpunkten för överlåtelsen enligt artikel 1.1 — utöver förvärvaren — överlåtaren skall fortsätta att ansvara för förpliktelser som har uppkommit på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande.

2. Efter överlåtelsen enligt artikel 1.1 skall förvärvaren vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden av dessa villkor till dess att avtalets giltighetstid har löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla.

..."

2 — Kärandens uppgifter tyder på att hon förmodligen avser det nybildade bolaget IGC Housing Service.

9. Ovannämnda artikel 1.1 i direktivet har följande lydelse:

"Detta direktiv skall tillämpas vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion."

10. Artikel 3 i direktiv 77/187 har införlivats med belgisk rätt genom artikel 7 i kollektivavtal nr 32a. Där föreskrivs följande:

"De rättigheter och skyldigheter som överlåtaren har på grund av anställningsavtal som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen i den mening som avses i artikel 1.1 övergår genom denna överlåtelse till förvärvaren."

11. Den nationella domstolen anser att talan mot bolaget J. Benoidt SA i likvidation kan upptas till sakprövning och förtjänar bifall, åtminstone delvis.

12. Vad avser talan mot bolaget IGC Housing Service anser den nationella domstolen att det på grund av domstolens dom av den 10 februari 1988, enligt vilken det skydd som säkerställs genom direktiv 77/187 hör till tvingande rätt och därför inte kan förändras av parterna genom avtal,[3] är nödvändigt att ställa följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

"1) Skall artikel 3 i direktiv 77/187 tolkas så, att samtliga anställningsavtal som gällde vid tidpunkten för överlåtelsen och som rörde den personal som arbetade vid det överlåtna företaget genom överlåtelsen, och utan valmöjligheter för överlåtaren eller förvärvaren, övergår från överlåtaren till förvärvaren?

2) Om svaret är jakande:

— Äger personalöverföringen rum fullt ut trots att förvärvaren vägrar att fullgöra sina skyldigheter?

— Sker personalöverföringen vid tidpunkten för överlåtelsen eller kan den genom överlåtarens eller förvärvarens val bestämmas till en senare tidpunkt?"

3 — Det rör sig om domen av den 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall (324/86, Rec. s. 739).

B — Bedömning

Den första frågan för förhandsavgörande

13. Den nationella domstolen anser att det är ostridigt att det rör sig om en lagenlig överlåtelse av ett företag i den mening som avses i direktiv 77/187 och kollektivavtal nr 32a. Enligt domstolens fasta rättspraxis ankommer det på den nationella domstolen att på grundval av kriterier som domstolen anger, avgöra om det i det aktuella fallet föreligger en lagenlig överlåtelse av företag i den mening som avses i direktivet. [4] I beslutet om hänskjutande har den nationella domstolen angett de skäl som har fått den att dra slutsatsen att det är fråga om en företagsöverlåtelse i den mening som avses i direktivet: Den befintliga ekonomiska enheten har överlåtits med omedelbar verkan till förvärvaren, som bedriver samma verksamhet som överlåtaren. Det som överläts var nämligen mäklarbyråns rörelsetillgångar, det vill säga bland annat namnet, firmamärket, kundkretsen, utrustningen, hyresavtalet, alla mäklaruppdrag samt de tre anställdas anställningsavtal. Allt detta överläts den 1 januari 1994.

14. Den nationella domstolen anser att det inte kan ifrågasättas att kärandens anställningsavtal inte har överförts, eftersom överlåtelseavtalet inte innehöll något om en sådan överföring. Dessutom hävdar förvärvaren att denne aldrig har varit arbetsgivare för käranden, medan överlåtaren hävdar att denne varit kärandens enda arbetsgivare till den dag avtalet sades upp.

15. Den första frågan för förhandsavgörande rör således om överlåtaren och förvärvaren har en sådan valmöjlighet eller om, till följd av överlåtelsen, *samtliga* anställningsavtal som gäller vid denna tidpunkt överförs.

16. Kommissionen har kommit till slutsatsen att enligt artikel 3.1 i direktiv 77/187 övergår samtliga anställningsavtal och anställningsförhållanden som gäller mellan överlåtaren och arbetstagarna vid tidpunkten för företagsöverlåtelsen fullt ut till förvärvaren, till följd av själva överlåtelsen, och att förvärvaren träder i överlåtarens ställe vad avser de rättigheter och skyldigheter som härrör från dessa anställningsförhållanden. Kommissionen stöder sig i detta avseende på domstolens hittillsvarande rättspraxis, och särskilt domarna i målen Wendelboe [5], Berg [6], Daddy's Dance Hall [7] och d'Urso m. fl. [8]

17. Kommissionens ståndpunkt förtjänar stöd. Jag vill i detta sammanhang till att börja

4 — Dom av den 18 mars 1986, Spijkers (24/85, Rec. s. 1119), punkt 14, och av den 19 maj 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. s. I-3189), punkterna 23, 24 och 25.

5 — Dom av den 7 februari 1985, Wendelboe (19/83, Rec. s. 457).

6 — Dom av den 5 maj 1988, Berg (144/87, 145/87, Rec. s. 2559).

7 — Se ovan fotnot 3.

8 — Dom av den 25 juli 1991, d'Urso (C-362/89, Rec. s. I-4105).

med nämna domen i målet d'Urso m. fl. Detta mål rörde en företagsöverlåtelse vid vilken, med tillämpning av överlåtelseavtalet och i enlighet med överenskommelser med fackföreningarna, som avtalet hänvisade till, endast 940 personer av totalt 1 458 personer som var anställda av överlåtaren hade fått fortsatt anställning. Domstolen hade då att avgöra om artikel 3.1 i direktivet skulle tolkas så, att alla anställningsförhållanden, som vid tidpunkten för en företagsöverlåtelse föreligger mellan överlåtaren och de arbetstagare som arbetar vid företaget, automatiskt övergår till förvärvaren, på grund av själva överlåtelsen. Domstolen svarade jakande på denna fråga och hänvisade till sin egen rättspraxis. Domstolen konstaterade således på nytt — såsom den redan gjort i domen i målet Berg [9] — att direktivets syfte är att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare så att de skall kunna fortsätta sin anställning hos den nye arbetsgivaren med samma anställningsvillkor som de träffat avtal om med överlåtaren. "De regler som är tillämpliga vid överlåtelse av företag eller verksamheter har till syfte att i de anställdas intresse säkerställa föreliggande anställningsförhållanden som utgör en del av den ekonomiska enhet som överlåts." [10]

18. Domstolen hänvisade sedan till sin dom i målet Daddy's Dance Hall [11], i vilken den slagit fast att det skydd som ges i direktivet hör till tvingande rätt och således inte kan förändras av parterna i anställningsavtalet. I synnerhet de regler i direktivet som rör arbetstagares skydd mot uppsägning på grund av företagsöverlåtelse skall anses som tvingande, i den meningen att det inte är möjligt att avvika från reglerna till nackdel för arbetstagarna.

19. Domstolen drog därav slutsatsen i domen i målet d'Urso m. fl., [12] att bevarande av de rättigheter som arbetstagarna ges i direktivet inte kan bero på överlåtarens eller förvärvarens, och inte heller arbetstagarrepresentanternas eller arbetstagarnas eget samtycke. Anställningsavtalet kan alltså inte fortsätta att gälla med överlåtaren, utan övergår fullt ut till förvärvaren. Arbetstagaren har emellertid rätt, vilket framgår i domen i målet Danmols Inventar, [13] att själv efter överlåtelsen avbryta anställningsförhållandet med det nya företaget.

20. Vilka anställningsförhållanden som förelåg vid tidpunkten för överlåtelsen och som således övergick till förvärvaren skall avgöras enligt den nationella lagstiftningen. Denna skall dock tillämpas med iakttagande av direktivets tvingande regler avseende arbetstagares skydd mot uppsägning till följd av överlåtelsen. Följaktligen skall de arbetstagare som är anställda av företaget och vilkas anställningsavtal eller anställningsförhållan-

9 — Punkterna 12 och 13 (se ovan fotnot 6).

10 — Mål C-362/89, Urso m. fl. (ovan fotnot 8), punkt 9 i domen.

11 — Punkt 14 och följande.

12 — Punkt 11 (se ovan fotnot 8).

13 — Dom av den 11 juli 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. s. 2639), punkt 16.

den har sagts upp med verkan från en tidigare tidpunkt än den för överlåtelsen, i strid med artikel 4.1 i direktivet, fortfarande anses som anställda av företaget vid tidpunkten för överlåtelsen. [14]

21. Av denna anledning skall den första frågan för förhandsavgörande besvaras med att artikel 3 i direktiv 77/187 skall förstås så, att *samtliga* avtal som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen och som rör den personal som arbetar i det överlåtna företaget, på grund av denna överlåtelse, övergår från överlåtaren till förvärvaren, utan valmöjligheter för överlåtaren eller förvärvaren.

Den andra frågan för förhandsavgörande

22. Den första delen i denna fråga rör möjligheten för förvärvaren att genom vägran förhindra automatisk överföring av samtliga anställningsavtal.

23. Som redan har nämnts i svaret på den första frågan har domstolen i domen i målet d'Urso m. fl. slagit fast att bevarande av rättigheter enligt direktivet inte kan bero på överlåtarens eller förvärvarens samtycke. [15] Detta innebär att förvärvarens vägran inte hindrar överföring av anställningsavtal.

24. Om man ser till direktivets skyddssyfte, nämligen att skydda arbetstagarna vid företagsöverlåtelse, är det uppenbart att överföring av anställningsavtal skall ske även om förvärvaren vägrar. Om denne genom sin vägran kunde hindra överföring av anställningsavtal, skulle direktivets skydd vara verkningslöst.

25. Förvärvaren saknar inte helt möjlighet att säga upp anställningsavtal som överförts på grund av företagsöverlåtelse. Domstolen angav redan i domen i målet d'Urso m. fl. att även om en uppsägning inte kan grundas på en företagsöverlåtelse i sig själv, skall detta dock, enligt artikel 4.1 i direktivet, inte hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår. [16]

26. Av det ovanstående följer således att förvärvaren inte kan vägra att överta kärandens anställningsavtal.

14 — Dom av den 15 juni 1988, Bork m. fl. (101/87, Rec. s. 3057), punkterna 17 och 18.

15 — Punkt 11 (se ovan fotnot 8).

16 — Punkt 19 (se ovan fotnot 8).

27. Denna slutsats är även förenlig med domstolens rättspraxis, enligt vilken arbetstagaren inte kan tvingas att arbeta för den nye arbetsgivaren. [17] Arbetstagaren befinner sig således vid överlåtelse av företag i en annan situation än den nye arbetsgivaren. Arbetstagaren har inte deltagit i avtalet om överlåtelse av företaget. Han kan således enligt domstolen inte vara tvungen att mot sin vilja arbeta för den nye arbetsgivaren. "En sådan skyldighet skulle strida mot en arbetstagares grundläggande rättigheter. Denne skall vara fri att välja sin arbetsgivare och inte vara skyldig att arbeta för en arbetsgivare som han inte fritt har valt." [18]

28. Dessutom har direktivet till syfte att skydda arbetstagarna och inte arbetsgivarna. Om en anställd vägrar att fortsätta arbeta för den som förvärvat företaget, avstår han endast från det skydd som han tillförsäkras i direktivet. Om han däremot går med på en överföring av anställningsavtalet, kan inte heller han avvika från direktivets tvingande regler. Det vill säga, inte ens om han samtycker kan han fortsätta att vara anställd på andra villkor än hos överlåtaren av företaget. [19]

29. Av denna anledning skall den första delen av den andra frågan således besvaras med att överföringen av personal sker fullt ut, även om förvärvaren vägrar att fullgöra sina skyldigheter. Detta är för övrigt även kommissionens åsikt.

30. I den andra delen av den andra frågan frågar den nationella domstolen om tidpunkten för personalöverföringen och närmare bestämt om denna tidpunkt kan flyttas fram till en annan tidpunkt än den för företagsöverlåtelsen, enligt överlåtarens eller förvärvarens önskemål.

31. Kommissionen anser att det implicit framgår av artikel 3.1 i direktivet, att en sådan framflyttning av tidpunkten inte är möjlig. Eftersom rättigheter och skyldigheter som beror på anställningsförhållandet överförs till förvärvaren på grund av företagsöverlåtelsen, anser kommissionen att förvärvaren vid denna tidpunkt träder i överlåtarens ställe.

32. Domstolen har redan avgjort även denna fråga. Domstolen har i domen i målet Berg slagit fast "att artikel 3.1 i direktiv 77/187 av den 14 februari 1977 skall tolkas så att överlåtaren *efter tidpunkten för överlåtelsen* är befriad från sina skyldigheter enligt anställningsavtalet eller anställningsförhållandet enbart på grund av själva överlåtelsen ...". [20]

17 — Dom av den 16 december 1992 i de förenade målen Katsikas m. fl. (C-132/91, C-138/91 och C-139/91, Rec. s. I-6577).

18 — Punkt 32 (se ovan fotnot 17).

19 — Mål 324/86, Daddy's Dance Hall (se ovan fotnot 3), punkterna 14 och 15 i domen.

20 — Punkt 14 (se ovan fotnot 6).

33. Enligt min mening framgår detta även av lydelsen av artikel 3.1 andra stycket. Eftersom det där anges att medlemsstaterna kan föreskriva att överlåtaren efter tidpunkten för överlåtelsen — utöver förvärvaren — skall fortsätta att ansvara för förpliktelser som har uppkommit på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande, betyder detta att överlåtarens skyldigheter normalt upphör vid tidpunkten för överlåtelsen och att det från och med denna tidpunkt är förvärvaren som övertar dessa skyldigheter. Eftersom domstolen, som redan har angetts i den första delen av detta förslag till avgörande, genom sin dom i målet Daddy's Dance Hall har slagit fast att direktivets bestämmelser hör till tvingande rätt, [21] är det inte möjligt att avvika från reglerna till nackdel för arbetstagarna.

34. Också domen i målet Ny Mølle Kro kan — som kommissionen menar — ge ledning avseende tidpunkten för överföring av anställningsavtal. Domstolen har i denna dom slagit fast att en företagsöverlåtelse sker när den person som har skyldigheter som arbetsgivare gentemot arbetstagarna byts ut. [22] Utan tvekan är det svårt att definiera en överlåtelse av företag med hänvisning till överlåtelsen av anställningsförhållanden om de båda tidpunkterna inte sammanfaller.

35. Kommissionens hänvisning till domen i målet Abels förefaller däremot mindre övertygande. Enligt denna dom träder förvärvaren in i de skyldigheter som föreligger vid tidpunkten för överlåtelsen. [23] Detta utesluter inte att anställningsavtal kan överföras vid en senare tidpunkt, dock i samma form som vid tidpunkten för överlåtelsen.

36. Det framgår emellertid redan av domen i målet Berg att den andra delen av andra frågan skall besvaras med att personalöverföring äger rum vid tidpunkten för företagsöverlåtelsen och att den inte kan flyttas fram till en senare tidpunkt.

37. Jag vill slutligen komma med ytterligare några anmärkningar angående frågan om huruvida direktivet är tillämpligt i det aktuella fallet. Det framgår både av frågan för förhandsavgörande och av kommissionens yttrande att företaget var i likvidation vid tidpunkten för överlåtelsen. Det anges inte klart i frågan för förhandsavgörande sedan när företaget var försatt i likvidation. Till och med den 29 november 1993 var det bolaget Housing Service som nämndes som den agerande. Enligt den nationella domstolens uppgifter var det först den 13 december 1993 som likvidatorn för bolaget J. Benoidt SA i likvidation (tidigare Housing Service) agerade. Detta betyder att bolaget vid denna tidpunkt redan var i likvidation. Det framgår av kärandens uppgifter, som citeras av den nationella domstolen, att företagsöverlåtelsen ägde rum redan den 1 december 1993. Av uppgifterna framgår inte tydligt om företaget var i likvidation eller inte vid tidpunkten för överlåtelsen.

21 — Punkt 14 (se ovan fotnot 3).

22 — Dom av den 17 december 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Rec. s. 5465), punkt 12.

23 — Dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, Rec. s. 469), punkt 36.

38. Enligt kommissionens uppgifter ägde namnbytet från Housing Service SA till J. Benoidt SA och likvidationen rum den 19 november 1993. Enligt den nationella domstolens uppgifter var emellertid bolaget Housing Service fortfarande verksamt vid denna tidpunkt.

39. Det framgår således inte tydligt av handlingarna i målet om företaget var i likvidation vid tidpunkten för överlåtelsen. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra denna fråga.

40. Vissa uppgifter tyder på att företaget var i likvidation vid tidpunkten för överlåtelsen. I så fall kan man fråga sig om direktivet alls är tillämpligt i det aktuella fallet.

41. Som domstolen har slagit fast i sin dom i målet Abels [24] är direktivet inte tillämpligt i konkurser. Domstolen kommer i målet Dethier (C-319/94), som är uppe för prövning, avgöra om så är fallet vad avser likvidation. Om domstolen finner att direktivet inte är tillämpligt vid likvidation, kan det inte vara det i detta fall heller, varför de ovan behandlade frågorna blir utan mening. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att fatta dessa avgöranden.

42. Medlemsstaterna har vidare enligt artikel 7 i direktivet möjlighet att anta gynnsammare regler, varför direktivet på denna grund även kan vara tillämpligt vid likvidation. Även här ankommer det på den nationella domstolen att avgöra om så är fallet.

C — Förslag

43. På grundval av föregående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara frågorna för förhandsavgörande på följande sätt:

1. Artikel 3 i direktiv 77/187/EEG skall tolkas så, att samtliga anställningsavtal som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen och som rör personalen vid det

24 — Punkt 17 (se ovan fotnot 23).

överlåtna företaget genom själva överlåtelsen övergår från överlåtaren till förvärvaren utan valmöjligheter för överlåtaren eller förvärvaren.

2. Personalöverföringen äger rum fullt ut även om förvärvaren vägrar att uppfylla sina förpliktelser. Den äger rum vid tidpunkten för företagsöverlåtelsen och kan inte enligt överlåtarens eller förvärvarens val flyttas fram till en senare tidpunkt.