FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 9. februar 1988 *

Høje Domstol.

1. Ved to domme afsagt den 1. maj 1987 har Nederlandenes Hoge Raad anmodet Domstolen om en fortolkning af en række bestemmelser i Rådets direktiv 77/187 af 14. februar 1977 om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder (EFT L 61, s. 26).

De faktiske omstændigheder. I februar, henholdsvis marts, 1982 ansatte Ivo Besselsen Harry Berg og J. T. M. Busschers til at arbejde i sit diskotek Besi Mill i Ermelo, den første som driftsleder og den anden som deltidsbeskæftiget funktionær. Den 15. februar 1983 overdrog Besselsen, i henhold til en leasingkontrakt, driften til Summerland BV, et interessentskab tilhørende Manshanden og Tweehuijzen. Nogle måneder senere anlagde de to ansatte sag ved Kantonrechter, Harderwijk, der dømte overdrageren og erhververen til *in solidum* at betale den månedsløn, som de havde krav på for perioden fra 15. februar til 25. november 1983. Samme dato ophævede Kantonrechter på Besselsens begæring leasingkontrakten på grund af misligholdelse fra Manshanden og Tweehuijzens side.

Kantonrechters dom blev indanket til Arrondissementsrechtbank, Zwolle, som ophævede den, hvorefter Berg og Busschers indbragte sagen for Hoge Raad. I medfør af EØF-Traktatens artikel 177, stk. 3, har Hoge Raad anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål.

a) Skal artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 fortolkes således, at overdrageren — for så vidt der ikke i direktivet eller af medlemsstaterne er fastsat andre bestemmelser — efter overførselstidspunktet ikke længere er ansvarlig for de forpligtelser, som følger af arbejdskontrakten? Hvis spørgsmålet besvares bekræftende, skal bestemmelsen da fortolkes således, at denne retsvirkning — nemlig at overdrageren ikke længere er ansvarlig — ikke kan indtræde, før arbejdstageren har givet sit samtykke? Hvis ikke, skal bestemmelsen da fortolkes således, at den nævnte retsvirkning ikke indtræder, såfremt arbejdstageren fremsætter protest med den retsvirkning, at han forbliver i overdragerens tjeneste?

b) Indebærer en leasingkontrakt som den ovenfor nævnte en overførsel af en virksomhed, jfr. direktivets artikel 1, stk. 1? Kan en ophævelse af en leasingkontrakt som ovenfor anført indebære en overførsel i ovennævnte betydning med den retsvirkning, at lessee's forpligtelser i henhold til en på tidspunktet for ophævelsen bestående arbejdskontrakt ved overførslen overgår til lessor?

Parterne i hovedsagen, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, den britiske, den nederlandske og den portugisiske regering har indgivet skriftlige indlæg. Alene Kommissionen har afgivet indlæg under den mundtlige forhandling.

* Oversat fra italiensk.

2. Jeg skal erindre om, at direktiv 77/187 i henhold til artikel 1, stk. 1, »finder anvendelse på overførsel af virksomheder... til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.« I disse tilfælde overgår »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt... som bestod på tidspunktet for overførslen... som følge af denne overførsel til erhververen. Medlemsstaterne kan [dog] bestemme, at overdrageren også efter overførslen... og sammen med erhververen er ansvarlig for de forpligtelser, som følger af en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold« (artikel 3, stk. 1).

Vedrørende det første spørgsmål har Berg og Busschers anført, at overdrageren i forbindelse med en overførsel kun løses fra sit ansvar over for de i virksomheden ansatte arbejdstagere, hvis disse samtykker. Ifølge de øvrige indlæg afhænger en sådan frigørelse imidlertid ikke af de pågældende arbejdstageres vilje, og deres eventuelle protest indebærer ikke, at de fortsætter i overdragerens tjeneste.

Jeg kan tilslutte mig det sidste synspunkt. Overdragelsen af en kontrakt betragtes som bekendt ifølge adskillige medlemsstaters retssystem som en multilateral aftale og kræver derfor tredjemands samtykke. Det bemærkes imidlertid, at fællesskabslovgiver ved fastsættelsen af bestemmelserne i direktiv 77/187 har taget hensyn til denne omstændighed, idet medlemsstaterne nemlig kan bestemme, at overdrageren efter virksomhedens overførsel *sammen med erhververen* fortsat er ansvarlig for de forpligtelser, som følger af de overførte arbejdskontrakter (artikel 3, stk. 1, andet afsnit). Den garanti, som overdrageren således skal yde, er i øvrigt ikke en betingelse for overførslens gennemførelse — denne har fuld retsvirkning fra overdragelsestidspunktet — men *supplerer* det ansvar, som pålægges erhververen som følge af overførslen, jfr. artikel 3, stk. 1, første afsnit.

Domstolen har udtalt, at disse bestemmelser »viser, at direktivet har til formål at sikre, at arbejdstagerne bevarer deres rettigheder i tilfælde af arbejdsgiverskifte, idet det gør det muligt for dem at fortsætte i erhververens tjeneste på samme vilkår som dem, der var aftalt med overdrageren. [Således] har direktivet til formål... at sikre, at arbejdsforholdet fortsættes af erhververen uden ændringer...« (dommen af 7. februar 1985, 135/83, Abels, Sml. s. 469, præmis 18, og dommen af 11. juni 1985, 105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, Sml. s. 2639, præmis 15).

Det kunne ikke udtrykkes klarere. I den foreliggende sag kan det således fastslås, at: a) overdrageren af en virksomhed ifølge fællesskabsretten frigøres fra sine forpligtelser over for de i virksomheden ansatte arbejdstagere, medmindre den nationale lovgivning, der finder anvendelse, indeholder undtagelser fra denne hovedregel, og at b) erhververens overtagelse af disse forpligtelser sker uafhængigt af arbejdstagernes samtykke, og at disse ikke ved deres protest kan hindre overførslen. Hvis det ikke forholdt sig således, ville kravet om alle de berørte arbejdstageres forudgående samtykke vanskeliggøre gennemførelsen af direktivets formål, nemlig at fremme overførslen af virksomheder ved at beskytte de ansattes rettigheder.

3. Det første af de to punkter under spørgsmål 2 kan besvares uden vanskelighed. Den kontrakt, der er genstand for den forelæg-

gende rets spørgsmål, er blot et led i salget, hvorved ejendomsretten overføres til køberen ved betaling af den samlede købesum og ved at overtage risikoen for det solgte på leveringstidspunktet. Der kan således ikke være tvivl om, at kontrakten, såfremt den vedrører en virksomhed, indebærer en overførsel i den i direktiv 77/187 fastsatte betydning.

Det andet punkt under spørgsmål 2, hvorved det ønskes afgjort, om der opstår en sådan situation, når den pågældende kontrakt ophæves ved en *retsafgørelse* på grund af erhververens misligholdelse, har større interesse. Jeg skal her henvise til dommen af 17. december 1987 i sag 287/86 (Ny Mølle Kro, Sml. s. 5465). Domstolen udtalte her, at det forhold, at »ejeren overtager driften af den bortforpagtede virksomhed på grund af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen« ligeledes må betragtes som en »overdragelse«, jfr. direktivets artikel 1, stk. 1, fordi »en sådan overtagelse... også [sker] på grundlag af forpagtningsaftalen« (præmis 14).

Denne betragtning er afgørende for besvarelsen af det forelagte spørgsmål. Det kan nemlig udledes af ordlyden, at Domstolen ifølge en almindelig udbredt opfattelse i den civilretlige teori betragter misligholdelsen som en anomali ved den gensidigt bebyrdende retshandel og netop derved betragter det retsmiddel (ophævelse), som retssystemet tilbyder den part, der opfylder kontrakten, som et uforudseligt led i denne. Men dette indebærer så igen, at det af denne part anvendte middel for at få kontrakten ophævet er uden betydning for det foreliggende problem. Det er her uden betydning, om der, som i Ny Mølle Kro-sagen, er tale om den ensidige erklæring, der skal forkyndes, hvorved man påberåber sig en udtrykkelig hæveklausul, eller, som i den foreliggende sag, om en retsafgørelse: i begge tilfælde hviler tilbageførslen af virksomheden og hermed den egentlige ejers »overtagelse af driften«, som ophævelsen indebærer, på et »aftaleretligt« grundlag.

Men ikke nok med det. De forskellige løsninger på dette område, som de nationale retssystemer indeholder, går også i denne retning. Visse retssystemer — som det franske og det belgiske samt principielt det nederlandske — accepterer kun *retslig* ophævelse, mens andre — eksempelvis det tyske — giver mulighed for en ensidig ophævelse (»Rücktritt«), og atter andre — det italienske — giver den kontraherende part mulighed for enten at gå rettens vej eller opfordre medkontrahenten at opfylde sine forpligtelser inden en vis frist, da kontrakten ellers ved udløbet heraf må anses for hævet. Disse løsninger er valgt af praktiske grunde (den ensidige ophævelse er hurtigere og mere økonomisk, mens en ophævelse ad rettens vej dels giver den misligholdende part mulighed for at tage til genmæle, dels giver den anden part større retssikkerhed). Det er imidlertid givet, at de ikke hviler på en forskellig opfattelse af selve begrebet ophævelse og netop derved bekræfter, for så vidt det er relevant for sagen, at det middel, der anvendes af den *godtroende* medkontrahent, i det væsentlige er uden betydning.

Når dette er sagt, skal jeg henvise til, hvad jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse i Ny Mølle Kro-sagen, nemlig at begreberne overdragelse og fusion i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 blot må anses for eksempler på overførsel. Som Kommissionen har anerkendt under den mundtlige forhandling, lægger bestemmelsen nemlig vægt på det ikke-tekniske udtryk »overførsel«, som, set i lyset af de af lovgiver forfulgte mål, henviser til en hvilken som helst relevant retsakt (aftale, testamente, forvaltningsakt eller retsafgørelse), hvorved ejen-

domsretten til virksomheden ændres. Den eneste betingelse, der gælder for den beskyttelse, som direktivet sikrer arbejdstagerne, er således, at den overførte økonomiske enhed ikke mister sin identitet, det vil sige at den dels stadig er i drift, dels er levedygtig. Det kan endelig med sikkerhed fastslås, at artikel 1 altid finder anvendelse, medmindre der er tale om en virksomhed under konkurs eller likvidation.

4. Jeg skal herefter sammenfattende foreslå, at de spørgsmål, som Hoge Raad har forelagt ved to domme afsagt den 1. maj 1987 i sagerne Berg og Busschers mod Besselsen, besvares således:

»a) Artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at overdrageren efter overførselstidspunktet er løst fra sine forpligtelser over for de i virksomheden ansatte arbejdstagere, idet der dog skal tages hensyn til de undtagelser, der er fastsat i den gældende nationale lovgivning. Det er herved uden betydning, om de pågældende arbejdstagere giver deres samtykke hertil eller direkte modsætter sig overførslen.

b) Artikel 1, stk. 1, i ovennævnte direktiv skal fortolkes således, at det finder anvendelse på overførsel af virksomheder ved leasingkontrakt eller som følge af en retslig ophævelse af denne kontrakt, forudsat at den således overførte økonomiske enhed bevarer sin identitet.«