FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 11. juli 1996 *

A — Indledning

1. I den foreliggende sag har Cour du travail de Liège forelagt Domstolen spørgsmål vedrørende anvendelsen og fortolkningen af 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«), herunder navnlig spørgsmålet om, hvorvidt direktivet finder anvendelse på overførsel af en virksomhed i likvidation.

2. Baggrunden for sagen er en tvist mellem på den ene side Jules Dassy og Sovam SPRL, der er førstnævntes tidligere arbejdsgiver, og på den anden side Jules Dethier Équipement SA.

3. Jules Dassy havde siden begyndelsen af 1974 været ansat hos Sovam SPRL som leder af kundetjenesten. I begyndelsen af 90'erne fik virksomheden økonomiske vanskeligheder, og den måtte konstatere en væsentlig nedgang i omsætningen. En revisionsrapport udarbejdet i marts 1991 viste, at virksomhedens nettoaktiver var faldet til under værdien af selskabets kapital. Da selskabsdeltagerne ikke kunne blive enige om det videre forløb, indgav selskabet til slut en anmodning om retslig likvidation. På denne baggrund traf Tribunal de commerce de Huy den 15. maj 1991 afgørelse om indledning af retslig likvidation og udnævnte en likvidator.

4. Den forelæggende ret og Kommissionen har oplyst, at man i belgisk ret ved likvidation af et selskab forstår alle de transaktioner, som efter opløsningen af et erhvervsdrivende selskab har til formål at sikre fyldestgørelsen af kreditorerne ved hjælp af selskabets aktiver og fordelingen af et eventuelt overskud mellem selskabsdeltagerne. Denne fremgangsmåde finder anvendelse på alle erhvervsdrivende selskaber, som er juridiske personer. I den forbindelse er årsagen til selskabets opløsning uden betydning. Under likvidationen handler selskabet gennem likvidator. Han er et selskabsorgan og repræsenterer selskabet over for tredjemand. Ifølge loven udpeges likvidatorerne enten i vedtægterne, eller de udnævnes af selskabets generalforsamling. Hvis der ikke opnås det krævede flertal på generalforsamlingen, udnævnes likvidator af retten. I sidstnævnte tilfælde siges der at foreligge en retslig likvidation, således som det også er tilfældet i

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 61, s. 26.

denne sag. Den eneste forskel mellem retslig og frivillig likvidation består i den forskellige fremgangsmåde ved udnævnelsen af likvidatorerne.

5. Den 5. juni 1991 blev Jules Dassy afskediget af likvidator, som i denne sag var blevet udnævnt af retten.

6. Ved aftale af 27. juni 1991 overdrog likvidator selskabet i likvidation til Jules Dethier Équipement SA. Denne overførsel mellem likvidator og Jules Dethier Équipement SA blev godkendt af Tribunal de commerce den 10. juli 1991. Den forelæggende ret og Kommissionen er enige om, at denne retslige godkendelse ikke var nødvendig. Den er i hvert fald ikke påkrævet i henhold til likvidationsproceduren.

7. Den 22. maj 1992 anlagde Jules Dassy sag mod Jules Dethier Équipement SA, idet han gjorde gældende, at dette selskab var solidarisk ansvarligt for betalingen af de af Sovam SPRL i likvidation skyldige beløb, idet overførslen af virksomheden var sket ved aftale. Tribunal de commerce fastsatte fordringen på virksomheden i likvidation til et beløb på 1 643 726 BEF og fastslog, at Jules Équipement SA hæftede solidarisk for betalingen.

8. Sagen er blevet indanket for den forelæggende ret, Cour du travail de Liège, af Jules Dethier Équipement SA. Ifølge den forelæggende ret er der i denne sag tale om en virksomhedsoverførsel i direktivets forstand. Imidlertid er retten i tvivl om, hvorvidt direktivet finder anvendelse i sagen, da det er usikkert, om overførsel af et selskab i likvidation udgør en overførsel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 1, stk. 1.

9. Det bestemmes i direktivets artikel 1, stk. 1:

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

10. Bestemmelserne om varetagelsen af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse findes i artikel 3, stk. 1:

»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.

...«

11. Med henblik på at undgå, at denne regel omgås, bestemmes det i artikel 4, at en afskedigelse ikke må foretages alene på grund af virksomhedsoverdragelsen. Det hedder i artikel 4, stk. 1:

»Overførsel af en virksomhed, bedrift eller 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.«

12. Endelig foreskriver direktivets artikel 7, at medlemsstaterne kan anvende eller indføre administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.

13. Ifølge den forelæggende ret er direktivet gennemført i belgisk ret ved kollektiv overenskomst nr. 32a, som ændret ved kollektiv overenskomst nr. 32c. Ifølge denne overenskomst opretholdes arbejdstagernes rettigheder i alle tilfælde over for en ny arbejdsgiver som følge af overdragelse af en virksomhed. Den fastlægger endvidere visse rettigheder for fortsat ansatte arbejdstagere i forbindelse med overtagelse af aktiverne efter konkurs eller tvangsakkord eller efter afståelse af aktiverne til kreditorerne. Den kollektive overenskomst nr. 32 fandt ikke anvendelse ved konkurs eller tilsvarende procedurer. Forfatterne til overenskomst nr. 32a fandt imidlertid, at arbejdstagerne i en konkursramt virksomhed eller en virksomhed, som var genstand for tvangsakkordbehandling, befinder sig i en situation svarende til den, som gælder for personalet i en overtaget virksomhed, og at således også de havde krav på et minimum af beskyttelse.

14. Det bestemmes endvidere i den kollektive overenskomst, at overdrageren og erhververen hæfter solidarisk for forpligtelser, som er opstået før overførselstidspunktet, og som følger af arbejdskontrakter, der eksisterede på dette tidspunkt.

15. For det tilfælde, at direktivet skulle finde anvendelse i den foreliggende sag, har den forelæggende ret tillige rejst spørgsmål om, hvorledes man skal forholde sig i henhold til direktivets bestemmelser i den situation, at en arbejdstager er blevet afskediget kort tid før overførslen.

16. På denne baggrund har retten forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Finder Rådets direktiv 77/187 anvendelse ved overførsel af et selskab i frivillig likvidation, som ikke tilsigter virksomhedens fortsættelse, men en likvidation gennem en realisering af aktiverne? Gælder det samme, når overdrager er et selskab i en af retten besluttet likvidation?

2) Når arbejdskontrakterne med alle ansatte er blevet opsagt af likvidator, og kun enkelte ansatte er blevet genansat for at kunne gennemføre likvidationen, kan afskedigelsen af de ikke senere af erhververen genansatte ansatte da betragtes som sket af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, jf. direktivets artikel 4, stk. 1, eller er det kun erhververen, der kan foretage afskedigelse af de nævnte årsager?

Kan de af erhververen ikke genansatte ansatte, blot fordi der foreligger en overførsel af en økonomisk enhed kort tid efter deres afskedigelse af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, over for erhververen gøre gældende, at overdragerens fremgangsmåde i forhold til dem er retsstridig, hvis de i henhold til aftalen om overførslen ikke skal genansættes?«

B — Stillingtagen

Det første spørgsmål

17. Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om direktivet finder anvendelse på en overdragelse foretaget af en virksomhed i likvidation. Af formuleringen af spørgsmålet og fremstillingen i forelæggelseskendelsen fremgår det, at der efter den forelæggende rets opfattelse er tale om en virksomhedsoverførsel i direktivets forstand. I denne forbindelse anfører retten, at Sovam SPRL's likvidator og Jules Dethier Équipement SA har indgået en aftale om overdragelse af selskabsformuen. Aftalen bestemmer bl.a, at likvidator for et beløb på 2 mio. BEF overdrager selskabets aktiver (import, salg af hårde hvidevarer, installationer og bygningsudstyr). Aktiverne omfatter bl.a.:

— kundekreds, firma og logo

— kontorindretning, maskiner, værktøj og køretøjer

— samtlige patenter, tilladelser og enerettigheder tilhørende overdra-geren

— rettigheder ifølge lejemål.

Ud over visse andre bestemmelser foreskriver aftalen også en forpligtelse for erhververen til at overtage tre nærmere angivne arbejdstagere og at underrette overdrageren om yderligere genansættelser. Ifølge den forelæggende ret vedrører aftalen således Sovam SPRL's samlede aktiviteter. Med henvisning til Domstolens praksis er den nået til den konklusion, at der i den foreliggende sag er tale om en overførsel af en virksomhed i direktivets forstand.

18. Det følger af Domstolens faste praksis, at afgørelsen af, om der ud fra de af Domstolen angivne fortolkningsmomenter må antages i direktivets forstand at foreligge en overførsel af en virksomhed ved aftale henhører under den nationale ret [2].

19. Imidlertid ønsker den forelæggende ret oplyst, om overførslen i den foreliggende sag også er sket *ved aftale,* eftersom den overførte virksomhed var i likvidation.

20. I den forbindelse skal jeg henvise til Domstolens dom i Abels-sagen [3]. I denne sag udtalte Domstolen, at rækkevidden af direktivets artikel 1, stk. 1, ikke alene kan bedømmes på grundlag af bestemmelsens ordlyd. De forskellige sproglige versioner af bestemmelsen samt indholdet af begrebet overdragelse i henhold til aftale i medlemsstaternes konkursret er til hinder herfor. Af denne grund må bestemmelsens betydning efter Domstolens opfattelse fastlægges »på baggrund af direktivets opbygning, dets placering i det fællesskabsretlige system i forhold til konkursordningerne samt dets formål« [4].

21. For så vidt angår forholdet mellem direktivet og konkursretten, henviste Domstolen til de særlige procedurer, som kendetegner konkursretten, og som skal sikre en afvejning af de forskellige interesser, herunder de forskellige kreditorgruppers interesser. Disse særtræk, som genfindes i alle medlemsstaternes retsordener, bekræftes ligeledes i fællesskabsretten. Som følge af, at konkursretten i medlemsstaternes retsordener og i fællesskabsretten er underkastet

2 — 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.

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

4 — Dommen i sag 135/83, jf. note 3, præmis 11, 12 og 13.

særlige regler, og at disse regler er meget forskellige i de forskellige medlemsstater, udtalte Domstolen, at hvis direktivet var bestemt til også at omfatte overførsler af virksomheder, foretaget inden for rammerne af sådanne procedurer, ville der have været indsat en udtrykkelig bestemmelse herom.

22. Ifølge Domstolen følger denne fortolkning også af en gennemgang af direktivets formål, som er at forhindre, at omstruktureringer inden for fællesmarkedet sker på bekostning af arbejdstagerne i de berørte virksomheder. Eftersom virkningerne af anvendelsen af direktivet på konkurs for så vidt angår beskyttelsen af arbejdstagere vurderes meget forskelligt, kan man ikke udelukke en alvorlig risiko for en generel forværring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår i strid med traktatens sociale formål. En udvidelse af direktivets anvendelsesområde til at omfatte konkursbehandling kunne afholde en potentiel erhverver fra at købe virksomheden på betingelser, der er acceptable for samtlige boets kreditorer, som herefter ville være henvist til at sælge virksomhedens aktiver enkeltvis. Dette ville imidlertid indebære, at alle virksomhedens arbejdspladser gik tabt, hvilket er i modstrid med direktivets tilsigtede virkning.

23. Heraf udledte Domstolen, at medlemsstaterne ikke har pligt til at udvide de bestemmelser, som direktivet fastsætter, til at omfatte overførsler af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, som sker inden for rammerne af en konkursbehandling. Derimod kan medlemsstaterne frit på egen hånd og på grundlag af deres egen nationale ret anvende direktivets principper helt eller delvis på disse tilfælde [5].

24. Derefter skulle Domstolen tage stilling til, om direktivet også skulle finde anvendelse på en bestemt form for betalingshenstand. Den foretog en sammenligning mellem den betalingshenstandsprocedure, der var tale om, og en konkursbehandling. Domstolen fastslog for det første, at proceduren også har retslig karakter, men at den af dommeren udøvede kontrol er af mere begrænset omfang end i konkurssituationen. Den indebar således ikke eller kun i ringe omfang en anvendelse af særregler som i en konkurssituation.

25. Domstolen fremhævede endvidere formålet med en sådan procedure, som 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. Domstolen sluttede heraf, at de grunde, som er til hinder for at anvende direktivet på overførsler af virksomheder i forbindelse med en konkursbehandling, ikke kunne gælde for betalingshenstandsproceduren. Det kunne ikke have betydning, at en sådan procedure kan føre til debitors konkurs, idet dette var udtryk for, at proceduren gennemføres på et tidligere trin end konkursen [6].

5 — Sag 135/83, jf. ovenfor i note 3, præmis 23 og 24.
6 — Sag 135/83, jf. ovenfor i note 3, præmis 28 og 29.

26. I en anden betydningsfuld afgørelse, dommen i sagen D'Urso m.fl. [7], skulle Domstolen tage stilling til, om direktivet også skulle finde anvendelse på overførsel af virksomheder, der var sat under særlig administration.

27. Med henblik på at besvare dette spørgsmål henviste Domstolen for det første til omfanget af den kompetente dommers kontrol, et kriterium, som den allerede havde opstillet i Abels-sagen. På grund af forskellene i medlemsstaternes konkursret, som også var blevet omtalt i Abels-sagen, udtalte Domstolen, at anvendelsesområdet for begrebet overdragelse i henhold til aftale ikke kan fastlægges på grundlag af arten af den kontrol med virksomhedsoverførsler, der under en given konkursbehandling udøves af den kompetente administrative eller retslige myndighed. Heraf udledte Domstolen følgende: »På baggrund af disse af Domstolen i Abels-dommen udviklede synspunkter, må det afgørende kriterium for bedømmelsen derfor være det formål, der forfølges med den pågældende procedure« [8].

28. Den pågældende procedure for særlig administration (o.a.: amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi) iværksættes ved afsigelse af et dekret, som har eller kan have to slags virkninger. Dels kan det sidestilles med et dekret om tvungen administrativ likvidation, hvis virkninger i alt væsentligt er identiske med virkningerne af konkurs. Dels kan et dekret også gå ud på, at virksomheden skal fortsætte driften i et tidsrum, der beregnes efter de i loven fastsatte regler, under ledelse af en kommissær. Denne kommissær har bl.a. kompetence til at udforme et program, som skal omfatte en saneringsplan.

29. Ifølge Domstolen måtte det afgørende for, om direktivet fandt anvendelse, være, om det i dekretet bestemmes, at virksomheden skal videreføres eller ej. Er der ikke i dekretet bestemt noget om herom, eller er dekretets gyldighedsperiode udløbet, »kan formålet med, følgerne af og risikoen i forbindelse med en procedure som proceduren for tvungen administrativ likvidation ligestilles med de formål, følger og risici, på baggrund af hvilke Domstolen i førnævnte dom af 7. februar 1985 i Abels-sagen fastslog, at direktivets artikel 1, stk. 1, ikke finder anvendelse på overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift i en situation, hvor overdrageren er erklæret konkurs. Gennem denne procedure skal der ligesom i konkurs ske en realisering af debitors aktiver med henblik på fyldestgørelse af samtlige anmeldte fordringer, og de overførsler, der gennemføres inden for rammerne af den, falder derfor uden for direktivets anvendelsesområde«. Såfremt dette ikke var tilfældet, kunne det ikke udelukkes, at der ville opstå alvorlig risiko for en generel forværring af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår [9].

30. Hvis det derimod bestemmes, at virksomheden skal fortsætte driften under ledelse af en kommissær, er formålet med proceduren i første række at opnå en balance i virksomheden, der kan give sikkerhed for den fremtidige drift. »Det hermed tilstræbte økonomiske og sociale formål kan hverken

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

8 — Sag C-362/89, jf. ovenfor i note 7, præmis 25 og 26.

9 — Sag C-362/89, jf. ovenfor i note 7, præmis 31.

give en forklaring på eller en begrundelse for, at arbejdstagerne i virksomheden, når denne helt eller delvist overføres, skulle miste de rettigheder, som de har ifølge direktivet på de deri fastsatte betingelser« [10].

31. Det væsentligste kriterium for Domstolen er som følge heraf det tilstræbte formål med den pågældende procedure. De øvrige kriterier er direktivets eget formål og den nærmere udformning af den pågældende procedure.

32. Disse kriterier skal jeg herefter overføre på den form for likvidation, som den foreliggende sag drejer sig om. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret skal der ved likvidation forstås alle de transaktioner, som efter opløsningen af et erhvervsdrivende selskab har til formål at sikre fyldestgørelsen af kreditorerne ved hjælp af selskabets aktiver og fordelingen af et eventuelt overskud mellem selskabsdeltagerne. Herom antages det i litteraturen, at likvidation må foretrækkes frem for konkurs, idet en likvidation sikrer den bedst mulige, eller den mindst ufordelagtige realisation af aktiverne, og i givet fald at samtlige eller en del af de endnu levedygtige, økonomiske aktiviteter kan videreføres.

33. Kommissionen har anført, at likvidatorerne har til opgave at realisere aktiverne, at betale gælden og at fordele et eventuelt overskud mellem selskabsdeltagerne. Formålet skulle således være en likvidation af formuegoderne gennem realisation af aktiverne. I tilfælde af likvidation sker dette i selskabets interesse, hvorimod kurator i konkurssituationen udelukkende handler i kreditorernes interesse. Aktiverne skal realiseres så fordelagtigt som muligt. Efter Kommissionens opfattelse har den belgiske lovgiver i denne forbindelse opstillet en fiktion, som er, at det erhvervsdrivende selskabs status som juridisk person ganske vist endeligt ophører ved opløsningen, men antages fortsat at bestå med henblik på likvidationen. Dermed består den juridiske person udelukkende til brug for realisationen af aktiverne, betalingen af gælden og fordelingen af overskuddet. Det er ikke længere tilladt at opfylde det opløste selskabs formål, højst undtagelsesvist i det omfang, det tjener til at virkeliggøre det nye formål — likvidationen — som er trådt i stedet for selskabets tidligere økonomiske virksomhed. Efter Kommissionens opfattelse er et selskab i likvidation derfor kun berettiget til at afslutte allerede påbegyndte transaktioner. Det har således ikke ret til at påbegynde nye aktiviteter, heller ikke inden for rammerne af dets tidligere selskabsformål (medmindre det er nødvendigt for at opfylde likvidationens formål). En sådan foreløbig videreførelse af selskabets virksomhed kan ofte være nødvendig for at undgå en værdiforringelse af den økonomiske enhed, der skal overføres. Denne enhed skal fortsætte sit virke for at lette en senere overførsel. I så fald kan likvidator ligeledes foretage nye transaktioner uden særlig tilladelse. Han skal dog fortsat være klar over, at han kun har tilladelse til en foreløbig videreførelse af selskabsformålet og kun med henblik på en senere realisation af selskabsformuen på de bedst muligt betingelser. Ifølge Kommissionen kan likvidator ifalde et personligt erstatningsansvar for tab, såfremt han viderefører aktiviteterne ubegrænset. I den forbin-

10 — Sag C-362/89, jf. ovenfor i note 7, præmis 32.

delse vil det ikke være nødvendigt at bevise, at disse tab skyldes forsømmelser ved likvidators forvaltning af selskabet.

34. Beslutningen om midlertidig fortsættelse af selskabets virksomhed træffes af generalforsamlingen med det krævede flertal. Den skal ikke godkendes af retten.

35. Det følger endvidere af Kommissionens skriftlige indlæg, at frivillig likvidation aldrig kan udgøre et alternativ til konkurs. Når betingelserne for konkurs er opfyldt, er en likvidation ikke længere mulig. Likvidation kan kun undtagelsesvis indledes, hvis selskabet befinder sig i forbigående vanskeligheder eller i en situation, hvor det foreløbigt ikke med sikkerhed kan afgøres, om aktiverne overstiger passiverne. Kreditorerne har principielt langt større garantier under en konkursbehandling end under en likvidation. Desuden repræsenterer kurator direkte kreditorerne. Heraf kan man således slutte, at fyldestgørelsen af kreditorerne ikke er så fremtrædende et formål under likvidationen som under konkursbehandlingen.

36. Det må imidlertid konstateres, at også likvidationen har til formål at realisere aktiverne, et formål, som er næsten identisk med konkursens formål. Imidlertid er det min opfattelse, at det under en likvidation er afviklingen af selskabets virksomhed, der står i forgrunden, hvorimod det i forbindelse med konkursen alene er fyldestgørelsen af kreditorerne, der har betydning. Spørgsmålet er imidlertid, om dette er tilstrækkeligt til, at direktivet skal finde anvendelse i den foreliggende sag, således som det foreslås af den belgiske regering.

37. Kommissionen er ganske vist også af den opfattelse, at formålene med både konkursen og likvidationen stort set er identiske, men henviser til støtte for sit løsningsforslag næsten udelukkende til dommen i D'Urso-sagen. Med andre ord fokuserer den kun på spørgsmålet om, hvorvidt der er truffet beslutning om en videreførelse af selskabets virksomhed. I den forbindelse er det efter Kommissionens opfattelse mindre væsentligt, at virksomheden videreføres, ikke for at sikre dens overlevelse, men derimod for bedre at kunne opfylde likvidationens formål. Ifølge Kommissionen er det væsentligt, at virksomheden bevarer sin identitet, og at den i det tidsrum, hvor den videreføres, har mulighed for at fortsætte de samme aktiviteter. Kommissionen henviser endvidere til det med direktivet fulgte formål, som ikke kan forenes med, at generalforsamlingens beslutning om at lade selskabet træde i likvidation skulle føre til en ophævelse af arbejdstagerbeskyttelsen.

38. Efter Kommissionens opfattelse finder direktivet dog ikke anvendelse i de tilfælde, hvor selskabet i likvidation beslutter at indstille virksomhedens aktiviteter med henblik på at sælge aktiverne. Denne endelige afbrydelse af aktiviteterne må være til hinder for anvendelsen af direktivet. Likvidationen har i

så fald udelukkende til formål at sælge aktiverne og ophæve selskabet. I denne situation ville en anvendelse af direktivet udsætte de ansatte for en endnu større risiko. Desuden kan man, hvis virksomheden indstilles i alt for lang tid, ikke længere gå ud fra, at den samme enhed vil bestå, og at aktiviteterne vil blive videreført.

39. Efter min opfattelse kan den sondring, Domstolen har opstillet i D'Urso-sagen, ikke uden videre overføres på likvidationssituationen. I D'Urso-sagen blev virksomheden videreført med henblik på en sanering for derved også for fremtiden at sikre aktiviteterne. Det samme var tilfældet for betalingshenstandsproceduren i Abels-sagen. I den foreliggende sag videreføres aktiviteterne dog udelukkende med henblik på selskabets opløsning. De er ikke orienteret mod fremtiden, men opretholdes kun, indtil selskabet sælges.

40. Ganske vist blev virksomheden også i D'Urso-sagen til sidst overdraget, men denne overdragelse skal under hensyn til beskyttelsesformålet med direktivet eventuelt behandles anderledes end overdragelsen i den foreliggende sag. D'Urso-sagen vedrørte overdragelse af en virksomhed, som var saneret eller under sanering, og som det måske var lettere at finde en køber til end til en virksomhed i likvidation. For så vidt ville en anvendelse af direktivet ikke virke til skade for arbejdstagerne. Det forholder sig — som Domstolen fastslog i Abels-sagen — anderledes i tilfælde af en konkursbehandling. Her ville en anvendelse af direktivet eventuelt få negative konsekvenser for arbejdstagerne.

41. Domstolen selv lagde dog i D'Urso-sagen kun vægt på, at der skete en videreførelse af aktiviteterne. Så længe aktiviteterne videreføres, finder direktivet anvendelse, idet intet — ifølge Domstolen — kan begrunde, at arbejdstagerne ikke skulle være beskyttet af direktivet, når virksomhedens aktiviteter videreføres. Hvis aktiviteterne imidlertid ophører, gælder de samme kriterier som i konkurssituationen, og direktivet findes således ikke anvendelse fra dette tidspunkt. Dette betyder, at direktivet, på trods af, at der anvendes kriterier, som er sammenlignelige med dem, der finder anvendelse i konkurssituationen, udelukkende finder anvendelse på grund af, at selskabets virksomhed videreføres.

42. I den foreliggende sag måtte der således så meget desto mere være grund til at anvende direktivet på en videreførelse af aktiviteterne. Det er ikke en betingelse for likvidationen, at passiverne overstiger aktiverne. Konkursbetingelserne må netop ikke være opfyldt, eftersom likvidationen i modsat fald ikke ville være tilladt. Likvidationen kan ganske vist være en procedure, der går forud for en konkurs, men den kan, som anført af den belgiske regering, også benyttes, når selskabsdeltagerne ikke længere vil samarbejde. Dette betyder, at selskabet ikke nødvendigvis behøver at være i økonomiske vanskeligheder. Herefter måtte direktivet finde anvendelse, når virksomhedens aktiviteter videreføres.

43. Det er i denne forbindelse uden betydning, at likvidation undertiden kan være en etape, der går forud for konkurs. I Abelssagen fastslog Domstolen netop af denne grund, at direktivet fandt anvendelse på betalingshenstand, fordi denne kun udgjorde en etape forud for konkursen [11]. Desuden har Domstolen i dommen i sagen Danmols Inventar fastslået, at direktivet også finder anvendelse på en overførsel, »som sker inden for rammerne af en procedure eller på et stadium, der går forud for åbningen af en eventuel konkursbehandling« [12].

44. Endelig vil jeg henvise til endnu en dom, i hvilken Domstolen har taget stilling til spørgsmålet om direktivets anvendelse på overførsel af en virksomhed, som var konstateret at befinde sig i en krisesituation [13]. Domstolen udtalte følgende:

»En virksomhed, for hvilken der er truffet afgørelse om, at der foreligger en virksomhedskrise, er altså underkastet en procedure, der slet ikke har til formål at afvikle virksomheden, men tværtimod at begunstige en fortsættelse af dens aktiviteter *med henblik på en senere overtagelse*« [14].

Dette er også tilfældet i den foreliggende sag. Når virksomhedens aktiviteter videreføres inden for rammerne af en likvidation, sker det — som anført ovenfor — med henblik på en senere overtagelse. Heraf følger, at der heller ikke i forbindelse med den foreliggende likvidation, hvorved der sker en videreførelse af virksomhedens aktiviteter, kan gives en forklaring på eller en begrundelse for, at arbejdstagerne i virksomheden, »når denne helt eller delvist overføres, skulle miste de rettigheder, som de har ifølge direktivet« [15].

45. Herefter må direktivet finde anvendelse på den pågældende likvidation, når virksomhedens aktiviteter videreføres inden for rammerne af likvidationen.

46. Samme resultat når man frem til, hvis man sammenligner proceduren for henholdsvis likvidation og konkurs. De særlige regler vedrørende konkurs, som fører til, at direktivet ikke finder anvendelse i konkurstilfælde, gælder ifølge de oplysninger, den forelæggende ret har givet, ikke i tilfælde af likvidation. Således er det generalforsamlingen, som træffer beslutning om likvidation, udnævner en likvidator og fastlægger dennes beføjelser. I konkurssituationen kan selskabet ganske vist også selv indgive konkursbegæring, men det kan også erklæres konkurs på begæring af en kreditor eller af en undersøgelseskommission, i hvilket tilfælde retten udnævner en kurator, hvis beføjelser er fastsat ved lov.

11 — Sag 135/83, jf. ovenfor i note 3, præmis 29.

12 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Sml. s. 2639, præmis 10.

13 — Dom af 7.12.1995, sag C-472/93, Spano m.fl., Sml. I, s. 4321.

14 — Sag C-472/93, jf. ovenfor i note 13, præmis 28, min fremhævelse.

15 — Sag C-472/93, jf. ovenfor i note 13, præmis 30, og sag C 362/89, jf. ovenfor i note 7, præmis 32.

47. Der findes i konkurssituationen en særlig procedure for opgørelse af passiverne under rettens kontrol. Dette er ikke tilfældet ved likvidation. Likvidator kan anerkende, at der foreligger en forpligtelse, uden at skulle gøre rede for det over for nogen, og uden at hans beslutning skal stadfæstes ved en retsafgørelse.

48. Hvor kreditor i en konkurs kun kan opnå, at hans fordring bliver opgjort, er dette ikke tilfældet i likvidation, idet kreditor kan få dom over selskabet i likvidation. Det er ligeledes muligt at foretage tvangsfuldbyrdelse over for et selskab i likvidation. Likvidator kan kun modsætte sig dette, hvis et sådant retsskridt vil stride mod andre kreditorers rettigheder. Tvangsfuldbyrdelse er derimod udelukket i konkurs, idet forvaltningen og likvidationen af de formuegoder, som skal tjene til fyldestgørelse af kreditorerne, sker efter de i loven fastsatte bestemmelser.

49. Likvidator er et selskabsorgan, hvorimod kurator, som repræsenterer kreditorerne, er en tredjepart i forhold til selskabet.

50. Kurator foranstalter salget af aktiverne under rettens tilsyn, hvorimod selskabets likvidator løser denne opgave på generalforsamlingens vegne, således at overførslen af virksomheden ikke skal godkendes af retten.

51. Der forekommer således en lang række forskelle i forhold til konkursbehandlingen. Navnlig fremgår det tydeligt, at rettens indflydelse er langt mindre omfattende ved likvidation, og at der ikke, som i konkurs, er tale om en særlig procedure.

52. Det må herefter antages, at direktivet finder anvendelse på en virksomhedsoverførsel, når virksomheden er i likvidation, men generalforsamlingen har truffet beslutning om virksomhedens videreførelse. I denne forbindelse er det uden betydning, om der er tale om en frivillig eller en retslig likvidation. Den eneste forskel mellem de to former for likvidation er, at generalforsamlingen under den retslige likvidation ikke med det krævede flertal kan udnævne likvidatorerne. I dette tilfælde udnævnes de af retten.

53. Uafhængigt heraf skal der tages stilling til, om direktivet eller dets bestemmelser ikke allerede finder anvendelse på likvidationstilfældet i medfør af national ret, dvs. inden for rammerne af kollektiv overenskomst nr. 32a. Som Domstolen udtalte i Abels-dommen [16], kan medlemsstaterne uafhængigt af fællesskabsretsakten, på egen hånd og på grundlag af deres egen nationale ret anvende direktivets principper helt eller delvis på disse tilfælde. Det tilkommer den nationale retsinstans at afgøre, om dette er tilfældet for likvidation.

16 — Sag 135/83, jf. ovenfor i note 3, præmis 24.

Det andet spørgsmål

54. Med den første del af det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om afskedigelser, der foretages af likvidator, kan betragtes som sket af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager i den forstand, hvori begreberne er anvendt i direktivets artikel 4, stk. 1. Med andre ord drejer spørgsmålet sig om, hvorvidt retten til at afskedige af disse grunde udelukkende tilkommer erhververen, eller om den også tilkommer overdrageren.

55. Denne usikkerhed skyldes affattelsen af direktivets artikel 4, stk. 1. Bestemmelsen forbyder afskedigelser, som alene begrundes med overførslen, og den gælder udtrykkeligt for overdrageren og erhververen. Det andet punktum, som tillader afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer, indeholder ingen oplysninger om, hvorvidt denne ret tilkommer overdrageren og/eller erhververen.

56. Såvel Kommissionen som den belgiske regering har — efter min mening med rette — anført, at denne mulighed også bør være åben for overdrageren. Den belgiske regering har til støtte herfor henvist til dommen i Bork-sagen [17]. I denne dom henviste Domstolen til den tidligere afsagte dom i sagen Ny Mølle Kro [18], ifølge hvilken direktivet kun kan påberåbes af arbejdstagere, hvis arbejdskontrakt eller arbejdsforhold består på overførselstidspunktet. Spørgsmålet om, hvorvidt der består en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold på dette tidspunkt, skal bedømmes efter national ret, dog således, at de præceptive regler i direktivet om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af overførslen skal overholdes.

»Som følge heraf skal de i virksomheden ansatte arbejdstagere, hvis arbejdskontrakt eller arbejdsforhold i strid med direktivets artikel 4, stk. 1, er blevet bragt til ophør på et tidligere tidspunkt end overførselstidspunktet, betragtes, som om de stadig var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet, hvilket bl.a. bevirker, at arbejdsgiverens forpligtelser over for arbejdstagerne uden videre overgår fra overdrageren til erhververen i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1. For at kunne afgøre, om afskedigelsen — i strid med direktivets artikel 4, stk. 1 — alene er begrundet i overførslen, må det tages i betragtning, under hvilke objektive omstændigheder afskedigelsen er sket, og navnlig — i et tilfælde som det, der foreligger i denne sag — om den har virkning fra et tidspunkt, der ligger tæt på overførselstidspunktet, og om de pågældende arbejdstagere er blevet genansat af erhververen« [19].

17 — Dom af 15.6.1988, sag 101/87, Sml. s. 3057.

18 — Dom af 17.12.1987, sag 287/86, Sml. s. 5465.

19 — Sag 101/87, jf. ovenfor i note 17, præmis 17 og 18.

57. Heller ikke dommen i Bork-sagen giver noget svar på spørgsmålet, om overdrageren kan foretage afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager. En sådan ret følger imidlertid efter min opfattelse af følgende argumentation: Ifølge den i Bork-sagen valgte formulering er direktivets artikel 4, stk. 1, til hinder for afskedigelser, der alene er begrundet i overførslen. Det fremgår af formuleringen »alene er begrundet i overførslen«, at overdrageren kan foretage afskedigelser af andre grunde. Disse må i det mindste være de årsager, som er nævnt i artikel 4, stk. 1, andet punktum, og som også kan gøres gældende af overdrageren.

58. Hvis man ser på det her foreliggende tilfælde af likvidation, taler også andre — økonomiske — årsager for denne fortolkning. Likvidator får herved mulighed for at gennemføre rationaliseringsforanstaltninger allerede før overdragelsen. En potentiel køber vil herefter snarere være villig til at overtage selskabet i likvidation. Hvis overdrageren gives mulighed for at afskedige af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, vil også selve likvidationen blive lettet, samtidig med at arbejdspladserne i virksomheden i likvidation bevares, og beskyttelsen af arbejdstagerne bliver dermed styrket.

59. For så vidt angår den anden del af det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om de ansatte, som er blevet afskediget af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, over for erhververen kan påberåbe sig, at afskedigelserne er retsstridige, alene med den begrundelse, at en økonomisk enhed er blevet overført kort tid efter deres afskedigelse, også selv om de ifølge overdragelsesaftalen ikke skal genansættes.

60. Dette spørgsmål er — som det med rette er anført af Kommissionen — upræcist. Hvis afskedigelserne er foretaget af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, kan der — som jeg netop har redegjort for — ikke være tale om retsstridige afskedigelser, og en retsstridighed kan således hverken påberåbes over for overdrageren eller erhververen. Den omstændighed, at en økonomisk enhed er blevet overført kort tid efter deres afskedigelse, ændrer intet ved dette resultat. Når afskedigelsen ikke alene er begrundet i overførslen, bliver den ikke ugyldig som følge af denne.

61. Dette sidste spørgsmål kunne også læses og fortolkes på en anden måde. Spørgsmålet henviser klart til de ovenfor nævnte udtalelser i Bork-sagen, idet det indeholder begge kriterier, som er nævnt heri, dvs. henholdsvis den korte tid mellem afskedigelsen og overdragelsen af en økonomisk enhed og genansættelsen efter overførslen. I dommen i Bork-sagen blev disse kriterier nævnt som indicier for, at afskedigelsen alene var begrundet i overførslen, og at den således var i strid med direktivets artikel 4, stk. 1. I den foreliggende sag er kun det ene af disse kriterier opfyldt, dvs. den korte tid mellem overdragerens afskedigelser og overførslen af virksomheden. Der har ikke været tale om genansættelser efter overførslen. På denne baggrund kunne det præjudicielle spørgsmål

forstås således, at det ønskes oplyst, om den omstændighed, at kun det ene af de i Borksagen anvendte kriterier er opfyldt, er tilstrækkeligt til at antage, at afskedigelsen alene er begrundet i overførslen, og at den dermed er retsstridig.

62. For at kunne svare på dette spørgsmål er det nødvendigt endnu en gang at henvise til den nøjagtige formulering i dommen i Borksagen. Ifølge denne skal det, med henblik på at vurdere, om en afskedigelse er retsstridig, for det første tages i betragtning, under hvilke objektive omstændigheder afskedigelsen har fundet sted. Eksempelvis nævnte Domstolen vedrørende den tvist, som var baggrunden for Bork-sagen, de to kriterier, henholdsvis den korte tid mellem afskedigelsen og overdragelsen af en økonomisk enhed og genansættelsen efter overførslen. Eftersom udgangspunktet er anderledes i den foreliggende sag, skal den nationale retsinstans lægge andre holdepunkter til grund for sin bedømmelse. Ganske vist er der i den foreliggende sag også kun gået kort tid mellem afskedigelsen og den senere overdragelse af selskabet. Men den omstændighed, at selskabet på tidspunktet for afskedigelsen var i likvidation, udgør et yderligere, væsentligt moment i sagen. Denne omstændighed leder tanken hen på en afskedigelse af organisatoriske årsager. Også Kommissionen er af den opfattelse, at arbejdsgiveren på denne baggrund lettere vil kunne bevise, at afskedigelsen er foretaget af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager.

63. Det sidste spørgsmål skal således besvares med, at retsstridigheden af en afskedigelse i det foreliggende tilfælde ikke alene kan baseres på den omstændighed, at selskabet blev overdraget kort tid efter afskedigelsen. Derimod skal den nationale retsinstans tage hensyn til samtlige objektive omstændigheder i sagen, som har betydning for afskedigelsen, dvs. i den foreliggende sag navnlig den omstændighed, at selskabet var i likvidation.

64. Jeg skal for fuldstændighedens skyld tilføje, at en af overdrageren retsstridigt foretaget afskedigelse kan gøres gældende over for erhververen, for så vidt som arbejdskontrakten skal betragtes, som om den fortsat var gældende, og den på denne baggrund overgår til erhververen i kraft af overførslen. Arbejdstageren kan derfor over for erhververen påberåbe sig de af arbejdskontrakten følgende rettigheder.

65. Det er i den forbindelse uden betydning, om de enkelte medlemsstater har fastsat sanktioner for sådanne tilfælde. Den belgiske regering har anført, at der ikke i belgisk ret findes regler om, at en afskedigelse er ugyldig, og at arbejdskontrakten således ikke kan fastholdes.

66. Det andet præjudicielle spørgsmål skal herefter besvares med, at overdragerens opsigelse af arbejdskontrakter kan betragtes som afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager i den forstand, hvori

udtrykket er anvendt i direktivets artikel 4, stk. 1, og at denne beføjelse ikke kun tilkommer overdrageren. Afskedigelser, som er foretaget af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, er ikke retsstridige, alene fordi de finder sted kort tid før overførslen af den økonomiske enhed. Derimod skal den nationale retsinstans tage hensyn til samtlige objektive omstændigheder i sagen, som har betydning for afskedigelsen, dvs. i den foreliggende sag navnlig den omstændighed, at selskabet var i likvidation.

C — Forslag til afgørelse

67. Sammenfattende skal jeg foreslå følgende svar på de præjudicielle spørgsmål:

»1) 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 på overførsel af en virksomhed i frivillig likvidation, men kun på betingelse af, at virksomhedens aktiviteter videreføres. Dette gælder uafhængigt af, om likvidator er udnævnt af retten eller af generalforsamlingen.

2) Også likvidator har ret til at afskedige arbejdstagere af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager.

Ansatte, som ikke er blevet genansat af erhververen, kan ikke over for denne påberåbe sig, at disse afskedigelser er retsstridige, alene fordi virksomheden som økonomisk enhed er blevet overført kort tid efter deres afskedigelse.

Dog skal den nationale ret ved bedømmelsen af afskedigelserne ud fra de af Domstolen opstillede kriterier tage hensyn til samtlige objektive omstændigheder i sagen, som har betydning for afskedigelsen, dvs. i den foreliggende sag navnlig den omstændighed, at selskabet var i likvidation.«